



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2012. Recurso 239/2011.
Ponente: Lorenzo Celsa Pico**

En la Villa de Madrid, a 23 de Julio de dos mil doce.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso- administrativo número 239/2011 interpuesto por D. Felicísimo , D. Arsenio y D. Carlos , representados por el Procurador de los Tribunales D. Fernando García de la Cruz Romeral, contra Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de febrero de 2011 por el que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del estado en relación con los perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.2 del Anexo VIII del Estatuto de las Comunidades Europeas, adoptado por el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968. Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la Administración General del Estado, con la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2011, la representación procesal de D. Felicísimo , D. Arsenio y D. Carlos , interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 11 de febrero de 2011 por la que se desestima la reclamación de Responsabilidad Patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.2 del Anexo VIII del Estatuto de las Comunidades Europeas, adoptado por el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, formalizando demanda en la que termina suplicando a la Sala que: 1) Reconozca el derecho de mis representados a ser indemnizados por todos los daños que se les han causado, al no haber adoptado el Estado Español las normas necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la transferencia que el artículo 11.2 del Anexo V del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas reconoce a mis representados por dos conceptos: a. Por no haber podido ejercer el derecho a la transferencia del equivalente actuarial de sus derechos pasivos adquiridos en sus respectivas Mutualidades Profesionales por su actividad privada desarrollada antes de su ingreso en las Comunidades Europeas. b. Por haber ingresado indebidamente cuota ante la falta del desarrollo normativo del derecho a a transferencia, con posterioridad a la fecha de su Ingreso en las Comunidades Europeas, más los correspondientes intereses de demora de dichas cantidades, hasta la efectividad de esta indemnización. 2) Que, en



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

consecuencia, se ordene a la Administración Española que adopte las medidas necesarias para que ingresen en el Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas, en concepto de indemnización por equivalente actuarial, las siguientes cantidades: D. Felicísimo : 63.267,04 Euros D. Arsenio : 136.709,25 Euros D. Carlos : 261.334,29 Euros 3) Que se indemnice directamente a mis representados por las cuotas indebidamente ingresadas en sus correspondientes Mutualidades profesionales, más sus intereses de demora, por haberse realizado dichos ingresos por falta de regulación del Estado Español de su derecho de transferencia, en las siguientes cantidades: D. Felicísimo : 2.011,01 Euros D. Arsenio : 30.118,08 Euros D. Carlos : 36.813,66 Euros 4) Que se indemnice a cada uno de mis representados en el importe de 3.000 Euros cada uno, en concepto de daños morales y 3.000 Euros adicionales para cada uno de mis representados, por cada anualidad que transcurra, desde la fecha de esta petición, sin que mis representados hayan obtenido satisfacción de sus derechos aquí reclamados.

5) Que indemnice D. Arsenio y D. Carlos por los intereses (al tipo del interés legal del dinero), que resulten de la diferencia entre la pensión que están cobrando del Régimen de Previsión Social de las Comunidades Europeas y la que habría cobrado de haberse hecho efectiva la transferencia de sus respectivos derechos pasivos de la Mutualidad General de la Abogacía, por todo el tiempo que transcurra desde la fecha de su jubilación o declaración de invalidez hasta la regularización de sus pensiones. SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración General del Estado formuló contestación a la demanda interpuesta y suplica en su escrito a la Sala que " (...) desestime íntegramente la demanda, confirmando el acto recurrido, con condena en costas ".

TERCERO.- Cumplimentado el trámite de conclusiones por las partes, en providencia de fecha 8 de mayo de 2012 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 12 de junio de 2012, suspendiéndose por necesidades del servicio y volviéndose a señalar para el día 3 de julio de 2012, fecha en que efectivamente tuvo lugar, continuando el 10 de julio siguiente. Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Felicísimo , D. Arsenio y D. Carlos , interpone recurso contencioso administrativo 239/2011 contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de febrero de 2011 que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del estado petitionada por aquellos en relación con los perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.2 del Anexo VIII del Estatuto de las Comunidades Europeas, adoptado por el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968.

El acuerdo es desestimatorio si bien en los razonamientos figura que tanto la propuesta de resolución como el informe del Consejo de Estado ponen de relieve la extemporaneidad de la reclamación de los Sres. Arsenio y Felicísimo al no haber sido presentada dentro del año siguiente a la desestimación -26 de julio y 29 de agosto de



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

2000- por la Mutualidad General de Previsión Social de la Abogacía de la imposibilidad de efectuar las transferencias recíprocas de derechos en base a que el RD 2072/1999 se refiere únicamente a los regímenes públicos nacionales y la citada Mutualidad tiene el carácter de aseguradora privada. Idéntico argumento aplica respecto al Sr. Carlos respecto a la transferencia solicitada el 22 de noviembre de 2000 a la Hermandad Nacional de Arquitectos superiores de la que no obtuvo respuesta. Piden se reconozca el derecho a ser indemnizados por todos los daños causados, al no haber adoptado el Estado Español las normas necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la transferencia que el artículo 11.2 del Anexo V del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas reconoce por dos conceptos: a) Por no haber podido ejercer el derecho a la transferencia del equivalente actuarial de sus derechos pasivos adquiridos en sus respectivas Mutualidades Profesionales por su actividad privada desarrollada antes de su ingreso en las Comunidades Europeas.

b) Por haber ingresado indebidamente cuota ante la falta del desarrollo normativo del derecho a la transferencia, con posterioridad a la fecha de su Ingreso en las Comunidades Europeas, más los correspondientes intereses de demora de dichas cantidades, hasta la efectividad de esta indemnización. Solicitan se ordene a la Administración Española que adopte las medidas necesarias para que ingresen en el Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas, en concepto de indemnización por equivalente actuarial, las siguientes cantidades: D. Felicísimo : 63.267,04 Euros, D. Arsenio : 136.709,25 Euros, D. Carlos : 261.334,29 Euros. Peticionan que se indemnice directamente por las cuotas indebidamente ingresadas en sus correspondientes Mutualidades profesionales, más sus intereses de demora, por haberse realizado dichos ingresos por falta de regulación del Estado Español de su derecho de transferencia, en las siguientes cantidades: D. Felicísimo : 2.011,01 Euros, D. Arsenio : 30.118,08 Euros D. Carlos 36.813,66 Euros. Añaden una indemnización a cada uno de los recurrentes en el importe de 3.000 Euros cada uno, en concepto de daños morales y 3.000 Euros adicionales para cada uno por cada anualidad que transcurra, desde la fecha de la petición, sin que hayan obtenido satisfacción de los derechos aquí reclamados. Concluyen peticionando que se indemnice a D. Arsenio y D. Carlos por los intereses (al tipo del interés legal del dinero), que resulten de la diferencia entre la pensión que están cobrando del Régimen de Previsión Social de las Comunidades Europeas y la que habría cobrado de haberse hecho efectiva la transferencia de sus respectivos derechos pasivos de la Mutualidad General de la Abogacía, por todo el tiempo que transcurra desde la fecha de su jubilación o declaración de invalidez hasta la regularización de sus pensiones. SEGUNDO .- Los recurrentes relatan que antes de su ingreso como funcionarios de las Comunidades Europeas estuvieron adscritos a las Mutualidades de Previsión Social de sus respectivas profesiones, Mutualidad General de la Abogacía, los Sres. Felicísimo y Arsenio , y Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores, el Sr. Carlos . Tras exponer lo que denominan derechos pasivos en las citadas Mutualidades alegan que El Reino de España ha incumplido de forma notoria el Derecho Comunitario pues no ha adoptado ninguna medida ni ha realizado ninguna actuación dirigida a hacer efectivo el derecho de a la transferencia de los derechos pasivos de los recurrentes al Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas, pese a que fue instado a ello por



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

varios funcionarios comunitarios y pese a que recibió indicaciones en este sentido por la Comisión. Aducen que como consecuencia de esta inactividad, el Reino de España fue condenado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJ de 17 de junio de 1997, Asunto C-52/96), por no haber adoptado las medidas nacionales necesarias para garantizar a los funcionarios de las Instituciones la posibilidad de efectuar la transferencia de sus pasivos al Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas.

Esgrimen que, el Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social, del personal de las comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social (en adelante "Real Decreto 2012/ 1999"). Subraya que la citada norma regula la transferencia de los derechos pasivos de los funcionarios comunitarios que, en España, hubieran estado adscritos a los regímenes de previsión de la Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado, sin efectuar mención expresa a las Mutualidades Profesionales. Indican que contra el citado Real Decreto se interpuso un recurso directo ante el Tribunal Supremo, en el que se invocaba, entre otras cuestiones, la ilegalidad por omisión al no incluir en su ámbito subjetivo a los titulares de derechos pasivos adquiridos en sistemas de previsión social privados, ya fueran de adscripción voluntaria u obligatoria. El citado recurso fue desestimado por Sentencia de 5 de diciembre de 2002 . Recalcan que, en relación con la referida omisión, el Fundamento de Derecho Tercero argumenta la desestimación, no en la negativa del derecho de transferencia de los mutualistas, sino en la potestad del Gobierno de regularlo en una norma diferente y separada. A su entender, el Tribunal Supremo reconoce de forma patente que el Real Decreto 2072/1999 no recoge en su ámbito aplicación a los funcionarios integrados en sistemas privados de previsión, lo cual en modo alguno implica la inexistencia del derecho a la transferencia de éstos, sino la potestad del Gobierno de regular separadamente estos dos supuestos. A continuación explican que, ante su insistencia las correspondientes Instituciones de las Comunidades les entregaron algunas de las respuestas oficiosas de la Mutualidad General de la Abogacía, que habían recibido a título particular. Señalan consta en los folios 82 a 92 del Tomo 1 del expediente administrativo, que la Comisión comunicó de forma oficiosa a D. Felicísimo y D. Arsenio la respuesta de la Mutualidad General de la Abogacía a sus solicitudes, las cuales se fundamentan en la ausencia de regulación de la solicitud en el Real Decreto 2072/1999. Por su parte, la Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores, Mutualidad de Previsión Social, no ha emitido ninguna respuesta al órgano de las Comunidades Europeas encargado de tramitar a solicitud de D. Carlos , pese a que el Comisión Europea ha solicitado en varias ocasiones respuestas de la Hermandad (folios 96 y 97 del Tomo 1 del expediente administrativo). De igual modo, la referida Mutualidad tampoco ha remitido al solicitante respuesta alguna. Combaten la prescripción reseñada en el acto impugnado por no reputar aplicable el plazo previsto en la LRAJPAC. A este respecto, aducen que la construcción jurisprudencial de la responsabilidad del Estado infractor del Derecho comunitario toma como base el paradigma de la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias del artículo 228 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, lo cual implica que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción interna de indemnización por conculcación del Derecho



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Comunitario debe comprender un plazo como mínimo de cinco años, plazo previsto en el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad para el supuesto de vulneración del Derecho comunitario por parte de las Instituciones comunitarias. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia Brasserie du Pecher del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cual de forma clara y patente establece que los requisitos nacionales para exigir la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario no pueden diferir de los previstos para el supuesto de incumplimiento por parte de las Instituciones comunitarias, ni imponer condiciones menos favorables que las condiciones de las reclamaciones semejantes de naturaleza comunitaria. Añaden subsidiariamente, para el supuesto hipotético de que se considerase que el plazo aplicable fuese el previsto en la Ley 30/1992, el plazo anual en ningún caso ha transcurrido, por cuanto no han recibido respuesta oficial por ningún órgano de la Administración Española ni por las Mutualidades de Previsión Social ante las que fueron tramitadas dichas solicitudes. A su entender, el Consejo de Ministros equivocadamente sostiene que ha prescrito el plazo para reclamar, por cuanto entiende que comenzaría a contar para D. Felicísimo y D. Arsenio - desde el momento en que las Instituciones comunitarias les informa de forma inoficiosa la intención de la Mutualidad General de la Abogacía de desestimar sus solicitudes. No reputa, dicha comunicación informal de la intención de desestimación, una notificación de un acto completo, con todas las garantías procesales que ello conlleve, que implique el comienzo del plazo de prescripción aplicable, por cuanto no contiene los elementos exigidos por la Ley 30/1992, entre otros, la expresión de los recursos que procedan y el órgano ante el que hubieran de presentarse, la indicación de si el acto es definitivo o no en vía administrativa, etc. Por su parte, D. Carlos no ha sido informado ni oficial ni extraoficialmente sobre la desestimación de su solicitud. Sin embargo el Consejo de Ministros sostiene, igualmente, que ha prescrito la acción para reclamar la indemnización. Razonan prolijamente sobre que los daños han de reputarse continuados. Exponen luego que concurren los presupuestos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

TERCERO.- El Abogado del Estado reputa erróneo el punto de partida pues el RD 2615/1985, de 4 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social, somete -artículos 4.2 y 26.1 - las relaciones jurídicas entre la Entidad y sus socios, derivada de la condición de éste como tomador del seguro o como asegurado a las normas del contrato de seguro, contenidas en la Ley de Contrato de Seguro, 50/1980, de 8 de octubre. La Ley de Contrato de Seguro prevé la obligatoriedad de rescate en los seguros de vida -aquellos en que el riesgo depende de la existencia de una persona, cuales son todos los de muerte y supervivencia y jubilación en sus artículos 94 y 96 -, según el artículo 83-. Rescate que sería procedente siempre que actuarialmente se tuviera derecho a él. El que fuera un requisito necesario durante un tiempo -luego era alternativo, o bien Mutualidad o bien seguridad social del régimen especial de autónomos- la incorporación a una Mutualidad para el ejercicio de una profesión, no desvirtúa a ese seguro de su carácter privado. Defiende que no había que dictar ninguna disposición, ya que la legislación española ya preveía la posibilidad de rescate en este tipo de seguros. Pero para ejercitarla habrían de dirigirse los tomadores del seguro y



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asegurados a la Mutualidad correspondiente, reclamando el importe del rescate y, en caso de negativa, acudir a la jurisdicción ordinaria en reclamación de sus derechos. Todo ello sin requerir modificación legislativa alguna. Y, por otra parte, para transferir el total de las cantidades de rescate, sería imprescindible que tuviera derecho de rescate de sus seguros. Siendo ésta una cuestión que sólo interesa a la Mutualidad y su asegurado. Si no existiera derecho de rescate, no tiene nada que ver con la actividad legislativa del Estado, porque se trata de una relación entre particulares. Recalca que aquí los actores ni han reclamado personalmente nunca a las Mutualidades respectivas el rescate de sus seguros, ni han acudido -por consiguiente- en defensa de su derecho ante los Tribunales. El que las Mutualidades respondieran negativamente a la petición que hizo la Comisión Europea no significa que no tuvieran derecho de rescate. Además y como señala el acuerdo recurrido, ha prescrito el derecho de los actores a reclamar ante el Estado español, y sin necesidad de acudir como "dies a quo" a fechas tan generosas como hace el acto objeto de recurso. Desde el mismo momento de su incorporación como funcionarios de la Comunidad Europea pudieron reclamar el rescate de sus seguros. Habiendo prescrito su derecho a reclamar el importe del rescate correspondiente a ese tiempo (sin perjuicio del que procediera en un momento posterior) por el transcurso del plazo de cinco años prevenido en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro. Luego el plazo de comienzo de una posible responsabilidad frente al Estado hubiera comenzado, como muy tarde, en 1994 -fecha tope de reclamación frente a la Mutualidad respectiva, al haber ingresado al servicio de la Comunidad Europea en 1988 y 1989-. Y la primera reclamación de responsabilidad fue deducida en 2003. En último lugar objeta el importe de los supuestos daños causados no es correcto, pues no se descuenta el importe de las pensiones causadas en el régimen de aseguramiento en las correspondientes Mutualidades y, lógicamente, su cuantificación en capital actual, siguiendo los mismos parámetros actuariales. Aduce que para la obtención de tales derechos a cargo de las Mutualidades fue necesario no rescatar las pólizas y seguir abonando las primas cuya devolución se reclama, sin embargo, como parte de la indemnización. Tampoco existe daño, o no está acreditado, ya que han existido prestaciones derivadas de otro régimen de aseguramiento. Sin que exista un estudio comparativo que permitiera apreciar la posible diferencia entre unos regímenes de aseguramiento y otros.

CUARTO.- Como antecedente hemos de tener en cuenta la Sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 2005, recurso contencioso administrativo 221/2003 que declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo interpuesto por los aquí recurrentes más un cuarto accionante contra una acto desestimatorio presunto del Consejo de Ministros en razón de la existencia de un acto expreso dictado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, posteriormente, mediante Sentencia de 13 de diciembre de 2007, recurso 3327/2003 anuló la Resolución del Ministerio de Trabajo acordando la retroacción de actuaciones para que por el citado ministro se remitiese la reclamación al Consejo de Ministros

Consta en el FJ segundo de la antedicha sentencia que los recurrentes presentaron ante sus respectivas Instituciones la oportuna solicitud de transferencia de derechos de pensión en las fechas siguientes: D. Felicísimo, el 26 de mayo de 2.000, D. Arsenio el



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

26 de mayo de 2.000, y D. Carlos , el 22 de Mayo de 2.000. Las peticiones se presentaron amparándose en las Informaciones Administrativas Interinstitucionales de fecha 2 de Mayo de 2.000 que fueron publicadas inmediatamente después de la entrada en vigor del Real Decreto 2072/1999, para regular la presentación de solicitudes expresamente reguladas en el mismo. Añaden que ninguno de los actores recibió respuesta oficial de Administración española alguna ante dichas solicitudes, que fueron tramitadas por las correspondientes Instituciones de las Comunidades Europeas. Unicamente en lo que respecta a la Mutualidad General de la Abogacía, esta respondió con respecto a la solicitud formulada por los Sres. Felicísimo , Arsenio en sentido negativo, alegando que la petición deducida ante dicha entidad, no había sido objeto de regulación en el Real Decreto 2072/99. Por su parte, la Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores, Mutualidad de Previsión Social, no emitió ninguna respuesta al órgano de las Comunidades Europeas encargado de tramitar la solicitud de D. Carlos . QUINTO.- Asimismo con carácter previo al examen de los argumentos de la demanda y de la oposición de la administración resulta oportuno dejar constancia de dos pronunciamientos relevantes de este Tribunal respecto al fondo de la materia objeto de debate. En primer lugar la Sentencia de 6 de mayo de 2003, Sección Séptima, recurso contencioso administrativo 427/2000 presentado contra el RD 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social. Se dijo en el FJ Tercero. TERCERO .- A juicio de la Asociación recurrente existe una omisión generadora de infracción y en relación al ámbito subjetivo, supone una grave restricción en relación a lo que el Estado español está obligado, en virtud del Derecho Comunitario, pues quedan fuera los regímenes privados de previsión social de adscripción obligatoria, los regímenes privados de empleados derivados de convenios colectivos por razón de actividades laborales, otros regímenes de previsión social de adscripción obligatoria o voluntaria, o incluso regímenes públicos de previsión social distintos de los de las Clases Pasivas o Seguridad Social, General y Especiales y se subraya que de los regímenes que regula el R.D. 2072/99, excluye injustificadamente del derecho de transferencia, supuestos concretos que están recogidos de forma expresa en el artículo 11.2 del anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas: el supuesto de las situaciones de excedencia y de servicios especiales. Frente a este criterio la Sala estima que el Real Decreto 2072/99 regula las transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las Comunidades Europeas "y los regímenes públicos de previsión social españoles" y como ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional nº 208/1988 , "del artículo 41 de la Constitución Española deriva una necesaria separación entre el régimen público de la Seguridad Social y las prestaciones complementarias libres basadas en una lógica contractual privada".

En el caso examinado, procede destacar, en este punto, que las mutualidades, sean o no obligatorias, no gestionan ni representan regímenes públicos de previsión, pues las mutualidades contempladas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , las mutualidades sustitutorias a que alude la disposición transitoria quinta de la misma ley y las que resultan



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

obligatorias por acuerdo colegial o convenio colectivo son entidades aseguradoras de naturaleza privada que gestionan regímenes de previsión de la misma índole, cuyas relaciones con sus mutualistas, tomadores o aseguradores se rigen por normas contractuales de naturaleza mercantil, por lo que procede rechazar las alegaciones formulada por la parte recurrente. De forma que los regímenes de previsión privados no están incluidos en el Estatuto del personal de las Comunidades Europeas, lo que nada impide a los funcionarios comunitarios que tengan suscrito un seguro con mutualidades de previsión social, hacer valer ante las respectivas mutualidades, y en su caso acudiendo a la jurisdicción competente, los derechos que se deriven de sus relaciones contractuales, solicitando la transferencia de los derechos de rescate que pudiera corresponderles según disposición estatutaria, sin que sea posible que el Real Decreto 2072/1999, al regular transferencias respecto de los regímenes públicos de previsión, incida en el régimen contractual de mutualistas y asociados, imponiendo un régimen de transferencias a entidades de naturaleza privada que solamente a dichas entidades y sus asociados corresponde establecer si fuera aplicable el Estatuto comunitario y lo mismo sucede respecto de planes y fondos de pensiones.

SEXTO .- También es significativa la Sentencia de 14 de octubre de 2004, Sección Tercera, recurso de casación 4967/1996 que declaró haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 5 de marzo de 1996 dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso nº 1511/1994 . La susodicha sentencia del TSJ Madrid había anulado el pronunciamiento primero de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de diciembre de 1993, confirmada por Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 28 de enero de 1994.

Tras ello desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores contra la Resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de diciembre de 1993, frente a la que dedujo recurso ordinario con fecha 28 de enero de 1994, siendo confirmada por el Subsecretario de Economía y Hacienda mediante Resolución dictada con facultades delegadas del Ministro de Economía y Hacienda con fecha 30 de junio de 1994, actos administrativos que fueron declarados conformes con el ordenamiento jurídico. Y en fecha 22 de diciembre de 1993 la Dirección General de Seguros había acordado : "1º.- Entender estimada la reclamación en el sentido expresado en el fundamento de derecho número 2 (en el que se transcriben los artículos 1 y 2 del Reglamento nº 571/92 del Consejo de las Comunidades Europeas de 2 de marzo de 1992 y se afirma lo siguiente: "Por lo tanto, además de los supuestos de baja comprendidos en los Estatutos hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento antes mencionado, que es vigente en España desde sus publicación, y la Entidad habrá de atender la pretensión del reclamante por considerarse ésta ajustada a Derecho". 2º.- Requerir a la entidad para que de cuenta a este Centro Directivo, en el plazo de un mes, de la decisión adoptada por la misma a la vista de la presente resolución; y ello a los efectos del ejercicio de potestades de vigilancia y control (incluso, en su caso, de sanción administrativa) que competen a este Departamento Ministerial. 3º.- Poner de manifiesto, tanto al reclamante como a la Entidad, el derecho que les asiste de acudir a



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

los Tribunales de Justicia para resolver las diferencias que puedan plantearse entre ellos sobre interpretación y cumplimiento de los contratos, conforme al art. 34.1 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado . Al anterior pronunciamiento llega tras haber dicho en el FJ tercero. El Abogado del Estado, al amparo del art. 95.1.4 de la L.J ., interpone recurso de casación contra la referida sentencia, invocando, en un único motivo, la infracción de los arts. 1 apartado 2 y 2 del Reglamento Europeo nº 571/1992 . Ha lugar al recurso. Los preceptos que la sentencia confronta no son susceptibles de la interpretación armónica que la resolución lleva a cabo. Entre unos y otros hay una contradicción insalvable. En tanto que los arts. de los Estatutos subordinan el nacimiento de los derechos de rescate a la formalización de la solicitud de baja, el Reglamento Europeo dispone, con carácter incondicional, que el funcionario que entre al servicio de las Comunidades tras haber ejercido una actividad por cuenta propia o ajena, tiene la facultad, en el mismo momento de su nombramiento definitivo, de hacer transferir a dichas Comunidades las cantidades que la norma establece, precisando, en relación con aquellos funcionarios cuyo nombramiento definitivo se haya producido después de la entrada en vigor del Reglamento, como aquí acontece, que la solicitud de transferencia deberá presentarse en el plazo de doce meses a partir de la vigencia de dicho Reglamento. Se trata del ejercicio de una facultad no subordinado a la presentación de una baja formal en la Entidad a la que se hubiera pertenecido cuando se realizaban las actividades (anteriores al nombramiento definitivo como funcionario al servicio de las Comunidades) durante las que se han generado los derechos que han de transferirse. Es decir, la procedencia de la transferencia deriva del hecho del nombramiento definitivo y de la solicitud de hacer la transferencia. No hay ningún otro condicionamiento. Así interpretados los preceptos confrontados, resulta evidente su radical incompatibilidad por contradicción insalvable. En tal supuesto, debemos declarar la prevalencia de las normas contenidas en el Reglamento Europeo. Para satisfacer las exigencias del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el interno, (sentencias del Tribunal de Justicia Comunitario Van Gend en Loos de 1963, Simmenthal de 1978, y Comisión contra Países Bajos de 20 de marzo de 1986) se ha reconocido la competencia de los jueces ordinarios para decidir la inaplicación de las normas internas, cualquiera que sea su rango, contrarias a cualquier tipo de disposición comunitaria europea. La doctrina del Tribunal Constitucional español es conforme con la jurisprudencia comunitaria (entre otras, SSTC 28/1991, de 14 de febrero , y 264/1991, de 22 de marzo), habiendo encontrado el fundamento de tal primacía tanto en el art. 93 de la C.E ., como en la Doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario recogida, entre otras, en la sentencia Simmenthal. El Tribunal Supremo (SSTS de 3 de noviembre de 1997 , 15 de marzo de 1999 y 26 de enero de 2000 , entre otras) ha declarado que, en los casos en que el juez ordinario se encuentre con normas de valor reglamentario contrarias al Derecho Comunitario, no sólo puede inaplicarlas, sino también anularlas. Más recientemente, por su oposición al Derecho Comunitario hemos declarado la nulidad de determinados preceptos contenidos en reglamentos estatales. Así, en las SSTS de 16 de octubre de 2001 , 10 de diciembre de 2002 , 4 de diciembre de 2003 , 29 de marzo de 2004 y 8 de junio de 2004 . Pues bien, en un supuesto como éste, en el que no ofrece dudas la incompatibilidad de las normas contenidas en los



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Estatutos de la Hermandad con el Reglamento Comunitario, lo que procede es resolver la cuestión controvertida dando prioridad a la norma comunitaria y decidir en términos que garanticen la efectividad de lo establecido en el derecho europeo. Así lo vino a entender la Administración en el pronunciamiento de los actos administrativos que el Tribunal "a quo" indebidamente ha anulado. Por ello, ha lugar al recurso de casación. Y resolviendo lo que corresponde dentro de los términos en que fue planteado el debate en la instancia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Hermandad contra la resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de diciembre de 1993 y contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 30 de junio de 1994 que la confirmó, actos administrativos que declaramos conformes con el ordenamiento jurídico.

SEPTIMO .- Existe, pues, criterio de esta Sala acerca de la efectividad del derecho comunitario y el plazo para ejercitar la solicitud de transferencia , conforme al art. 1. 2.) del Reglamento 571/1992, del Consejo de 2 de marzo de 1992 por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las comunidades Europeas. También lo hay respecto a que las Mutualidades de Previsión Social a que se refiere el recurso (Hermandad Nacional de Arquitectos y, por analogía, Mutualidad General de la Abogacía) constituyen aseguradoras de carácter privado a tenor de lo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, concretamente en su art. 64.1 . Las Administraciones Públicas (en su caso Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el ámbito nacional o el órgano correspondiente en las mutualidades territoriales autonómicas) se limitan a ejercer las funciones de control y supervisión de la labor aseguradora. Queda claro de la primera de las Sentencias más arriba mencionadas, la de 6 de mayo de 2003 , el carácter privado de las aseguradoras bajo la forma de mutualidades contempladas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados . También que las relaciones con sus mutualistas se rigen por normas contractuales de naturaleza mercantil por lo que los derechos que consideren tengan que hacer valer se ejercitan acudiendo ante la jurisdicción competente. Y, por ende, el Estado no debía dictar norma alguna para dar eficacia a la transferencia aquí petitionada en razón de que las Mutualidades de Previsión Social como las aquí concernidas (Hermandad Nacional de Arquitectos y Mutualidad General de la Abogacía) constituyen una modalidad de entidades aseguradoras de carácter privado a tenor de lo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

Otro tanto acontece con la Sentencia, de 14 de octubre de 2004 , que hace hincapié en las facultades de vigilancia, control e incluso de sanción administrativa respecto a las decisiones adoptadas por las antedichas mutualidades. Asimismo la confirmación del acto administrativo de origen sobre que puede acudir a los tribunales para resolver las diferencias que puedan plantearse entre mutualista y mutualidad sobre la interpretación del contrato, conforme la Ley de Ordenación del Seguro Privado. E insiste en la directa aplicación del Reglamento del Consejo 571/1992, de 2 de marzo, lo que conlleva la confirmación de la resolución administrativa que declaraba que la Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores había de atender la pretensión del allí reclamante.



Nada expresan las sentencias acerca de cuál es la jurisdicción competente pero el carácter mercantil de la contratación comporta lo sea la jurisdicción civil, sin género de dudas, art. 9.2. LOPJ .

OCTAVO.- A la vista de lo expuesto queda claro que los aquí demandantes no agotaron el ejercicio de sus derechos ya que se limitaron a pedir a las Mutualidades la transferencia, procediendo luego ante su silencio, en el caso de la Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores o negativa en el supuesto de la Mutualidad General de la Abogacía, a interesar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo no acudieron a la jurisdicción ordinaria, es decir la civil, o a la Dirección General de Seguros para que hiciera el oportuno requerimiento que, caso de incumplirse, podría dar lugar a sanción. Hay, pues, actos susceptibles de control por la Administración que no han ejercitado las partes.

NOVENO.- Sentado todo lo anterior debemos resolver si la acción está o no prescrita. Lo primero es descartar la pretendida aplicación del art. 46 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad respecto al plazo prescriptivo de 5 años para el supuesto de vulneración del derecho comunitario por parte de las instituciones comunitarias que pretende engarzarse con el art. 228 del Tratado constitutivo, actual art. 260 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . Obviamente el Reino de España no integra ninguna de las Instituciones comunitarias reflejadas en el Tratado ni el antiguo art. 228 estatuye el plazo prescriptivo pretendido ya que se limita a regular la posible multa a un Estado miembro por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados. Ya hemos reflejado en párrafos precedentes que existen en España mecanismos para el reconocimiento de la transferencia pretendida por lo que no cabe hablar de incumplimiento de derecho comunitario, cuestión distinta es que los reclamantes no hubieren utilizado la vía adecuada. Las consecuencias de la notificación no oficiosa practicada por la Mutualidad General de la Abogacía o la ausencia de notificación realizada por la Hermandad de Arquitectos no pueden ser imputadas a la Administración General del Estado en razón de que las mismas no se integran en la Administración por lo que ante su silencio incumbía a los reclamantes reaccionar frente a las mismas. No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha insistido en que la negligencia, error técnico o impericia de la parte perjudicada no goza de amparo constitucional (STC 104/2001, de 23 de abril , con cita de otras muchas).

En consecuencia el ejercicio de una acción de responsabilidad amparada en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, 30/1992, de 26 de noviembre, de atender al párrafo quinto del art. 142 que señala que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho. En tal sentido informó no sólo el Consejo de Estado sino también fue declarado por la propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración elevada al Consejo de Ministros. Todo ello en razón de que las solicitudes de transferencia a las Mutualidades fueron presentadas en el año 2000, tal cual refleja el FJ cuarto, mientras la primera reclamación de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial del Estado tuvo entrada ante el Ministerio de la Presidencia en fecha 9 de enero de 2003 mediante escrito dirigido al Consejo de Ministros solicitando ser indemnizados por los daños causados por el incumplimiento de los arts. 11.2 del Anexo VII del Estatuto de los Funcionarios de la Comunidad Europea al no haberse establecido los cauces para el



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

ejercicio de sus derecho a la transferencia al Régimen de Pensiones de las comunidades Europeas de los Derechos pasivos adquiridos en sus respectivas mutualidades profesionales.

DECIMO.- Sostienen los recurrentes que los daños son continuados por lo que debemos recordar que en la Sentencia de 5 de abril de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 96/2009 , se reitera lo dicho en la Sentencia de 30 de marzo de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 103/2008, ambas de la Sección 4^a, en el sentido de que el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozca definitivamente los efectos del quebranto" (FJ5º), es decir en términos de la STS de 27 de abril de 2010, recurso de casación 5477/2005, Sección Sexta , "cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión" (FJ 2º). En la precitada Sentencia de 27 de abril de 2010 se recuerda la jurisprudencia que declara que " la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello." Parece indiscutible que la doctrina sobre la cuestión se encuentra plenamente consolidada desde hace tiempo. Hallamos un recordatorio en el FJ 12 de la Sentencia de 9 de diciembre de 2010, recurso casación 1824/2009, Sección 4^o, donde se reproduce lo vertido en la Sentencia de 15 de setiembre de 2008, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 238/2007 donde se hace mención, FJ 4º, a otras sentencias anteriores que, " defienden que la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992 , tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud. Esta merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el periodo de prescripción se inicia cuando se producen, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el «alcance de las secuelas". De la doctrina precedente cita la Sentencia de 11 de mayo de 2004 , en que se pone de relieve que: por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismo se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. Daños continuados , en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos. En la antes mencionada Sentencia de 9 de diciembre de 2010 se incorpora una nueva situación a la retahíla de ejemplos de la sentencia anterior limitada al ámbito sanitario donde mayoritariamente se han producido discusiones. Se refiere a retribuciones dejadas de percibir por un Magistrado que había sido separado del servicio tras sanción impuesta por el CGPJ posteriormente reducida a un año de suspensión tras estimación parcial del recurso contencioso administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. " Los daños esgrimidos por el recurrente (abono de emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que estuvo privado de la condición de Magistrado) han de calificarse como permanentes por lo que el plazo para ejercitar la pretensión nació desde el momento de notificación de la sentencia de 11 de diciembre de 1998 , tal cual declara la Sala de instancia. Criterio asumido también por la Sala de lo Civil al interpretar los mencionados preceptos del Código Civil como se evidencia de la sentencia de 14 de julio de 2010 , que tomo también en cuenta como referencia la fecha de notificación de una sentencia que era la base para ejercitar una acción de indemnización." Con arreglo a lo vertido no cabe aceptar que los daños fueren continuados como pretenden los reclamantes ya que quedaron fijados en el momento en que las Mutualidades no atendieron a la pretensión lo que comporta su calificación como permanentes.

UNDECIMO.- No hay méritos para un imposición de costas, a tenor art. 139 LJCA .
Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Se desestima el recurso contencioso administrativo 239/2011 interpuesto por la representación procesal de D. Felicísimo , D. Arsenio y D. Carlos , contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de febrero de 2011 que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del estado petitionada por aquellos en relación con los perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.2 del Anexo VIII del Estatuto de las Comunidades Europeas, adoptado por el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968. En cuanto a las costas estése al ultimo fundamento de derecho. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.