

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. WALTER VAN GERVEN  
presentadas el 28 de abril de 1993 \*

Indice

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 119 del Tratado CEE y la sentencia Barber .....	I - 4894
Hechos de los presentes asuntos .....	I - 4897
Los efectos de la sentencia Barber en el tiempo .....	I - 4901
La sentencia Barber y la limitación en el tiempo que prevé, ¿se aplican a otros. Planes de Pensiones de Empresas aparte del contemplado en dicha sentencia? .....	I - 4911
¿Es contrario al artículo 119 del Tratado utilizar factores de cálculo actuarial distintos según el sexo? .....	I - 4913
¿Está incluido el pago de una pensión de viudo en el artículo 119 del Tratado? .....	I - 4923
Posibilidad de que el cónyuge del trabajador fallecido invoque el artículo 119 .....	I - 4927
Posibilidad de invocar el artículo 119 frente a los fiduciarios de un Plan de Pensiones de Empresa .....	I - 4929
El artículo 119 y los diferentes métodos de financiación de los Planes de Pensiones de Empresa .....	I - 4934
Aplicabilidad del artículo 119 a los Planes de Pensiones con partícipes de un solo sexo ....	I - 4935
Conclusión .....	I - 4936

\* Lengua original: neerlandés.

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

1. En los presentes asuntos, se plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 119 del Tratado CEE, en particular, habida cuenta de la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber.<sup>1</sup> En el asunto Moroni (C-110/91, sentencia de 14 de diciembre de 1993, Rec. p. I-6609), se ha planteado un cierto número de cuestiones de interpretación relativas, por una parte, a la relación entre la disposición y la sentencia citadas y, por otra parte, a la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato entre hombre y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social.<sup>2</sup>

2. Dada la amplitud y la complejidad de las cuestiones planteadas y de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, me propongo proceder del modo siguiente. En primer lugar, examinaré la cuestión que considero más crucial, que constituye de algún modo el hilo conductor de dichos asuntos, a saber, la cuestión del alcance preciso de los efectos de la sentencia Barber en el tiempo. Además, examinaré la cuestión de si dicha sentencia, así como la limitación en el tiempo que establece, también se aplican a otros Planes de Pensiones además del controvertido en dicha sentencia. A continuación, examinaré la cuestión, suscitada en particular en los asuntos Neath (C-152/91, sentencia de 22 de diciembre de 1993, Rec. p. I-6953) y Coloroll (C-200/91, sentencia de 28 de septiembre de 1994, Rec. p. I-4397), relativa a la compatibilidad con el artículo 119 de la utilización, a efectos de calcular las aportaciones y las prestaciones de la pensión, de factores

de cálculo actuarial basados en el sexo. En último lugar, abordaré otras cuestiones suscitadas en los presentes asuntos, a saber i) la cuestión de si el pago de una pensión de viudo está comprendido en el artículo 119 (cuestión planteada en el asunto Ten Oever, C-109/91); ii) la posibilidad de que el cónyuge del trabajador fallecido invoque el artículo 119, y ello frente a los fiduciarios de un Plan de Pensiones (una de las cuestiones esenciales planteadas en el asunto Coloroll), y iii) una serie de cuestiones relativas a las modalidades concretas y a la responsabilidad vinculadas a la aplicación del principio de igualdad de trato, formulado en el artículo 119, en el ámbito de los Planes de Pensiones de Empresa (también en el asunto Coloroll).

Con carácter preliminar, procede, no obstante, recordar sucintamente la sentencia Barber y describir los hechos de los diferentes litigios principales, en la medida en que sean relevantes a efectos de las presentes conclusiones.

### **La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 119 del Tratado CEE y la sentencia Barber**

3. Como es sabido, el artículo 119 del Tratado obliga a los Estados miembros a garantizar el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. El párrafo segundo de dicha disposición define la «retribución» como «el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». A partir de la sentencia Defrenne I, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una amplia interpretación del concepto de retribución así definido: dicho concepto incluye

1 — Sentencia de 17 de mayo de 1990 (C-262/88, Rec. p. I-1889).

2 — DO 1986, L 225, p. 40.

«cualesquiera gratificaciones, en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aun indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». <sup>3</sup>

Además, en la sentencia Defrenne II, el Tribunal de Justicia añadió que el artículo 119

«se aplica directamente y sin necesidad de medidas de aplicación más detalladas por parte de la Comunidad o de los Estados miembros, a todas las formas de discriminaciones directas y abiertas, susceptibles de ser comprobadas con ayuda únicamente de los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribución señalados por el citado artículo». <sup>4</sup>

En cuanto a la interpretación del término «gratificaciones» a los efectos del artículo 119, en la sentencia Defrenne I, el Tribunal de Justicia consideró que aunque en principio no son totalmente ajenos al concepto de retribución, los regímenes o prestaciones de Seguridad Social, especialmente las pensiones de jubilación, no están comprendidos en dicho concepto de «gratificaciones». El Tribunal de Justicia llegó a dicha conclusión basándose en las siguientes características de los regímenes de Seguridad Social: i) están directamente regulados por Ley sin ningún

elemento de concertación en el seno de la empresa o del sector profesional interesado y son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores, y ii) permiten a los trabajadores beneficiarse de un sistema legal a cuya financiación contribuyen los trabajadores, los empresarios y, en su caso, los poderes públicos, no tanto en función de la relación de trabajo entre empresario y trabajador como de consideraciones de política social, de tal manera que la contribución de los empresarios a la financiación de dichos regímenes no puede considerarse como un pago directo o indirecto al trabajador en el sentido del artículo 119. <sup>5</sup> No obstante, en la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka, al aplicar dichos criterios el Tribunal de Justicia declaró que las prestaciones concedidas en virtud de un Plan de Pensiones de Empresa derivado de un acuerdo entre el empresario y el comité de empresa y que forma parte integrante de los contratos de trabajo constituían gratificaciones en el sentido del artículo 119. <sup>6</sup>

4. En la sentencia Barber, el Tribunal de Justicia debía pronunciarse sobre un Plan de Pensiones convencionalmente excluido (contracted-out), aprobado con arreglo a la legislación británica, es decir, un Plan de Pensiones de Empresa establecido a través de una concertación entre interlocutores sociales o por decisión unilateral del empresario, cuya financiación está enteramente a cargo del empresario o a cargo de éste y de los trabajadores, y al que los trabajadores pueden afiliarse para sustituir parcialmente su pensión legal. El Tribunal de Justicia dedujo de los principios anteriores que

3 — Sentencia de 25 de mayo de 1971, Defrenne/Bélgica (80/70, Rec. p. 445), apartado 6; confirmada, entre otras, por la sentencia de 9 de febrero de 1982, Garland (12/81, Rec. p. 359), apartado 5; sentencia Barber, apartado 12; véase también la reciente sentencia de 17 de febrero de 1993, Comisión/Bélgica (C-173/91, Rec. p. I-673), apartado 13.

4 — La cita proviene de la sentencia de 27 de marzo de 1980, MacCarthy (129/79, Rec. p. 1275), apartado 10, el cual remite expresamente sobre esta cuestión a la sentencia Defrenne II; en cuanto a la propia sentencia Defrenne II, véase la sentencia de 8 de abril de 1976 (43/75, Rec. p. 455), y en particular los apartados 18, 21, 24 y 40. Para confirmaciones ulteriores, véase, entre otras, la sentencia de 11 de marzo de 1981, Worringham (69/81, Rec. p. 767), apartado 23; sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), apartado 17; sentencia Barber, apartado 37.

5 — Sentencia Defrenne I, apartados 7 a 9; véase la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartados 17 y 18; véase también la reciente sentencia Comisión/Bélgica citada en la nota 3, apartado 14.

6 — Sentencia Bilka, apartado 22.

«las pensiones pagadas por los Planes convencionalmente excluidos del régimen general constituyen, sin duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y [que], por consiguiente, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado». <sup>7</sup>

Interrogado acerca de la compatibilidad con el artículo 119 de un Plan en el que un hombre despedido por razones económicas sólo puede percibir una pensión con pago diferido, a la edad normal de jubilación, mientras que una mujer en las mismas circunstancias percibe la pensión de jubilación inmediatamente, el Tribunal de Justicia respondió negativamente. El razonamiento del Tribunal de Justicia, en el apartado 32 de su sentencia, es el siguiente:

«El artículo 119 prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad. Por lo tanto, la fijación de un requisito de edad, distinto según el sexo, para las pensiones pagadas en el marco de un Plan convencionalmente excluido del régimen general es contraria al artículo 119, aunque la diferencia entre las edades de jubilación de los hombres y de las mujeres corresponda a la prevista por el régimen legal nacional.»

5. No obstante, el Tribunal de Justicia era consciente de las significativas consecuencias económicas de su sentencia. Además, estimó que, dadas las excepciones al principio de igualdad de trato por lo que respecta a la edad de jubilación, previstas en las Directivas 79/7/CEE <sup>8</sup> y 86/378/CEE, <sup>9</sup> los Estados

miembros pudieron razonablemente considerar que el artículo 119 no se aplicaba a pensiones abonadas por Planes de Pensiones convencionalmente excluidos. Las dos razones por las que el Tribunal de Justicia decidió limitar los efectos en el tiempo de su sentencia son las siguientes:

«En tales circunstancias, consideraciones imperativas de seguridad jurídica se oponen a que se replanteen situaciones jurídicas que han agotado sus efectos en el pasado, ya que, en tal caso, podrían transformar con carácter retroactivo el equilibrio económico de numerosos Planes de Pensiones convencionalmente excluidos del régimen general. Procede, sin embargo, hacer una excepción en favor de las personas que en tiempo hábil hayan iniciado acciones judiciales para salvaguardar sus derechos. Por último, procede señalar que no puede admitirse ninguna limitación de los efectos de dicha interpretación para causar derecho a una pensión a partir de la fecha de la presente sentencia.» <sup>10</sup>

Por consiguiente, el Tribunal decidió que

«el efecto directo del artículo 119 del Tratado no puede ser alegado para invocar un derecho a pensión, con efectos a una fecha anterior a la de la presente sentencia, salvo para los trabajadores o sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable». <sup>11</sup>

Los presentes asuntos tratan la problemática de la limitación de los efectos en el tiempo de

7 — Sentencia Barber, apartado 28.

8 — En particular, el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

9 — En particular, el artículo 9 *in initio* y la letra a) de dicha Directiva.

10 — Sentencia Barber, apartado 44.

11 — Sentencia Barber, apartado 45 de los fundamentos, apartado 5 del fallo.

la sentencia Barber suscitada por las expresiones «situaciones jurídicas que han agotado sus efectos en el pasado», «causar derecho a una pensión a partir de la fecha de la presente sentencia» y «derecho a pensión, con efectos a una fecha anterior a la de la presente sentencia».

### Hechos de los presentes asuntos

6. *Asunto Ten Oever*. El Sr. Ten Oever estaba casado con la Sra. F. Heeren, que había trabajado en el sector de la limpieza. El empresario de la Sra. Heeren la había afiliado a un Plan de Pensiones gestionado por la Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf (en lo sucesivo, «Stichting»). Se trata de un Plan de Pensiones de Empresa colectivo financiado por los empresarios y los trabajadores. Hasta el 1 de enero de 1989, el reglamento en materia de pensiones de la Stichting sólo preveía pensiones de viudas; a partir de dicha fecha prevé también la concesión de pensiones de viudos, pero sin retroactividad. Después de la muerte de su esposa el 13 de octubre de 1988, el Sr. Ten Oever solicitó —según la resolución de remisión, en una fecha anterior al 17 de mayo de 1990— la concesión de una pensión de supervivencia con efectos de 13 de octubre de 1988. La Stichting desestimó dicha solicitud, alegando que en el momento del fallecimiento el reglamento del Plan no preveía tal pensión.

El 8 de junio de 1990, el Sr. Ten Oever interpuso un recurso ante el kantonrechter te Utrecht, con objeto de que éste ordenara que se le concediera una pensión de viudo con efectos del 13 de octubre de 1988. Según el Sr. Ten Oever, dicha pensión forma parte de la retribución en el sentido del artículo

119 del Tratado y la denegación de una pensión de viudo —que, si él fuera una mujer y su esposa un hombre, le sería concedida en concepto de pensión de viuda— es contraria al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres contenido en dicha disposición. Por el contrario, la Stichting invocó la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia Barber, en la que, por primera vez, el Tribunal de Justicia consideró que las pensiones pagadas con arreglo a Planes de Pensiones extralegales tienen el carácter de retribución. Dado que, según la Stichting, en la época de la sentencia Barber, el procedimiento aún no se había iniciado, el Sr. Ten Oever no tiene derecho a pensión.

El kantonrechter consideró que procedía plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales acerca de dichos problemas.<sup>12</sup>

7. *Asunto Moroni*. El Sr. Moroni (nacido en 1948) era un trabajador empleado por Collo GmbH de 1968 a 1983. En 1983, empezó a trabajar para otro empresario. Cuando Collo lo contrató, se comprometió a integrarlo en el Plan de Pensiones de dicha empresa, que preveía, entre otras cosas, que los trabajadores por cuenta ajena que dejaran la empresa y la vida profesional tendrían derecho a pensión a la edad de 65 años (las mujeres, a la edad de 60 años), siempre que hasta ese momento hubieran sido empleados de Collo durante al menos diez años. El 6 de noviembre de 1990 el Sr. Moroni sometió ante el Arbeitsgericht Bonn su litigio con Collo. Alegando el artículo 119 del Tratado CEE y los artículos 5 y 6 de la Directiva 83/378/CEE, pretende que debe pagársele la

<sup>12</sup> — En cuanto a la formulación precisa de las cuestiones planteadas por el kantonrechter, me remito al informe para la vista.

pensión de empresa desde el momento en que cumpla 60 años y que el valor de sus expectativas de pensión debe calcularse como si el pago de la pensión se le hubiera prometido a partir de la edad de 60 años. Por su parte, Collo invoca el artículo 8 de la Directiva antes citada, por estimar que la solución del litigio depende de la interpretación que deba darse a las disposiciones aplicables de Derecho comunitario, el *Arbeitsgericht Bonn* sometió al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales.<sup>13</sup>

Procede describir la legislación alemana aplicable. Con arreglo a dicha legislación, a pesar de haber cesado en la empresa prematuramente, el Sr. Moroni adquirió frente a Collo, sobre la base del compromiso asumido por la empresa en materia de pensiones, antes de causar baja, *expectativas de pensión de jubilación* (*Versorgungsanwartschaft*) no sujetas a caducidad que, en relación con la pensión de vejez de que se trata, generan *derechos a pensión* (*Versorgungsanspruch*) a la edad de 65 años.<sup>14</sup> En caso de cese anticipado en la empresa, el cálculo de dicho derecho se efectúa de la manera siguiente: la pensión de empresa que le correspondería si hubiera cumplido 65 años en la empresa se reduce proporcionalmente en función de la duración real de la relación laboral respecto de la duración que dicha relación laboral habría tenido al cumplir 65 años.<sup>15</sup> Por el contrario, un trabajador femenino que haya adquirido expectativas de pensión no sujetas a caducidad sufre, en caso de cese anticipado, con arreglo al Plan de Pensiones de Collo, una reducción proporcionalmente menor en el cálculo de sus derechos a pensión: en

relación con la posible duración de la relación laboral, sólo se toma en consideración, en este caso, el período que expira a la edad de 60 años (momento en el que la trabajadora puede cesar de trabajar sin que ello implique una disminución de la pensión).

Según la legislación alemana, el Sr. Moroni tiene además la posibilidad de solicitar anticipadamente el derecho a pensión de empresa adquirido en Collo, es decir, antes de cumplir 65 años (y a los 60 años como mínimo).<sup>16</sup> No obstante, el requisito que se impone a los trabajadores masculinos a este respecto es que puedan hacer valer su derecho a la pensión de jubilación en el marco del régimen legal y que efectivamente lo hagan, lo que, además de haber completado ciertos períodos de seguro en el marco del régimen legal de seguro de vejez, supone en general un período de desempleo relativamente largo antes de alcanzar la edad de 60 años. Dicho requisito no se aplica a los trabajadores femeninos.<sup>17</sup> Por otra parte, para obtener anticipadamente sus derechos a pensión, el Sr. Moroni debe además sufrir una *reducción adicional*: aparte de la reducción proporcional a prorrata de la antigüedad anteriormente mencionada, el trabajador masculino debe aceptar lo que se llama una *reducción actuarial* (*versicherungsmathematischer Abschlag*). Por el contrario, un trabajador femenino que haya completado los períodos de seguro requeridos por el régimen legal de jubilación puede obtener el pago de su pensión de vejez anticipadamente sin dificultades: en caso de cese anticipado en la empresa con expectativas de jubilación no

13 — En cuanto a la formulación precisa de las cuestiones, me remito al informe para la vista.

14 — Apartado 1 del artículo 1 de la *Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung* (en lo sucesivo, «*BetrAVG*» — Ley alemana para la mejora de los Planes de Pensiones de jubilación).

15 — Apartado 1 del artículo 2 de la *BetrAVG*.

16 — Artículo 6 de la *BetrAVG*.

17 — El *Arbeitsgericht* se remite, a estos efectos, a los apartados 2 y 3 del artículo 1248 del *Reichsversicherungsordnung* (código alemán de Seguridad Social) y a los apartados 2 y 3 del artículo 25 de la *Angestelltenversicherungsgesetz* (Ley relativa al Seguro de Invalidez y Vejez de los empleados).

sujetas a caducidad, sólo se le aplicará la reducción resultante y no la reducción proporcional, ni la deducción actuarial a causa de su jubilación anticipada.

Dicho trato de los hombres y mujeres en el Plan de Pensiones de Empresa corresponde al régimen legal de la pensión de vejez que le sirvió de modelo.<sup>18</sup>

8. *Asunto Neath*. El Sr. Neath (nacido en 1935) fue empleado desde 1973 de Hugh Steeper Ltd hasta que se le despidió por razones económicas el 29 de junio de 1990, es decir, con posterioridad a la sentencia Barber. En aquel momento tenía 54 años y 11 meses. Durante dicho período, el Sr. Neath estuvo sucesivamente afiliado a dos Planes de Pensiones de Empresa gestionados por Hugh Steeper. Entre diciembre de 1975 y diciembre de 1978, había estado afiliado al Plan de Pensiones n° 5; desde enero de 1979 hasta su despido estuvo afiliado al Plan de Pensiones n° 4, un plan convencionalmente excluido, en el que se integraron los derechos que había consolidado en el marco del primer plan.

Estos dos planes se financian mediante aportaciones del empresario y de los trabajadores, y el importe de las aportaciones abonadas por estos últimos es el mismo tanto para los hombres como para las mujeres. No obstante, ciertas modalidades de los Planes diferirían en función del sexo del trabajador. Así, una mujer podía jubilarse con una pensión de empresa completa a la edad de 60 años, mientras que un hombre sólo podía hacerlo a los 65 años.

En el Plan de Pensiones n° 4 un partícipe podía, con consentimiento del empresario y de los fiduciarios de dicho Plan de Pensiones, jubilarse anticipadamente, con efectos inmediatos, en cualquier momento a partir de los 50 años. En caso de obtener dicho consentimiento, la pensión se calcula en función de la pensión que el partícipe habría recibido en la fecha normal de jubilación, teniendo en cuenta, sin embargo, el período del pago de la pensión anticipada. A este respecto, se aplica una reducción del 6 % por cada año y por cada mes entre la fecha efectiva de jubilación y la edad normal de jubilación. Si el empresario y los fiduciarios no autorizan a un partícipe a jubilarse anticipadamente, el partícipe que deja dicho Plan n° 4 después de cumplir 50 años y antes de la fecha normal de la jubilación sólo tiene derecho a una pensión de pago diferido o a la integración de sus derechos consolidados en otro Plan de Pensiones. Si opta por una pensión de pago diferido, la parte de la pensión causada durante su afiliación al Plan n° 4 debe pagarse con arreglo a dicho Plan. Por el contrario, si el afiliado opta por que se le integren sus derechos consolidados, se le transferirá una cantidad actuarialmente equivalente a la suma de los derechos causados durante su afiliación al Plan de Pensiones n° 4 a otro Plan de Pensiones de su elección. Ello implica que las prestaciones que se abonen a dicha persona ya no corresponden al Plan de Pensiones n° 4.

Cuando el Sr. Neath fue despedido, no se le concedió la autorización necesaria para que percibiera una pensión inmediata; por consiguiente podía elegir entre una pensión de pago diferido y la movilización de sus derechos consolidados. Se le precisó que si optaba por la movilización de sus derechos consolidados, se le transferiría la suma de 30.672,50 UKL. El cálculo de dicho valor de movilización de los derechos consolidados se efectuó suponiendo que la fecha normal de la jubilación del Sr. Neath, a efectos de las

18 — A este respecto, el *Arbeitsgericht Bonn* observa que tanto el *Bundessozialgericht* como el *Bundesverfassungsgericht* declararon que las disposiciones relevantes del régimen legal de pensión de vejez no suscitaban, hasta 1992, ninguna objeción legal desde el punto de vista de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

prestaciones debidas por la actividad efectuada después del 17 de mayo de 1990 (fecha de la sentencia Barber), era de 60 años. Por el contrario, se consideró que la sentencia Barber no se aplicaba a los períodos de empleo anteriores a la fecha de la sentencia. Además, se partió de la base de que el artículo 119 del Tratado no se oponía a la utilización de factores de cálculo actuarial. Se desprende de los cálculos del actuario del Plan n° 4 que si las prestaciones correspondientes al Sr. Neath por *todo el período de empleo* se calcularan basándose en la fecha normal de jubilación de 60 años, el valor de movilización de sus derechos consolidados se elevaría a 39.934,56 UKL utilizando los factores de cálculo actuarial masculinos. Si utilizáramos los factores de cálculo actuarial femeninos, el valor de movilización de sus derechos adquiridos se elevaría a 41.486,25 UKL: la diferencia se explica por el hecho de que estos últimos factores de cálculo se basan en una esperanza de vida más larga para las mujeres, de modo que en el Plan n° 4 los costes de las prestaciones destinadas a las mujeres se consideran más elevados que los relativos a los hombres.

Tras habérsele expuesto las opciones que se le ofrecían, el Sr. Neath demandó a Steeper ante el Industrial Tribunal Leeds, alegando que las condiciones que se le ofrecían eran menos favorables que las que se ofrecerían a una mujer en las mismas circunstancias. En cuanto a la posibilidad de elegir una pensión de pago diferido, para percibirla debería esperar cinco años más que una mujer; si en dicho momento quisiera hacer valer su derecho a cambiar una parte de su pensión por una cantidad en metálico, recibiría una suma inferior (17.193,94 UKL) a la que recibiría una mujer en una situación similar (21.029,02 UKL). De nuevo dicha diferencia se basa en factores actuariales que atribuyen una mayor esperanza de vida a las mujeres.

El Sr. Neath estima que dichas diferencias son contrarias al artículo 119 del Tratado, tal como el Tribunal de Justicia lo interpreta en el asunto Barber. El Industrial Tribunal decidió consultar al Tribunal de Justicia a este respecto.<sup>19</sup>

9. *Asunto Coloroll*. El procedimiento principal en dicho asunto tiene su origen en el colapso económico, a mediados de 1990, de Coloroll Group of Companies y en la subsiguiente necesidad de proceder a la liquidación de algunos de los Planes de Pensiones de dichas empresas. No se trata de un litigio clásico, sino de una acción en representación de terceros (lo que en inglés se denomina «representative action»), que Coloroll Pension Trustees Ltd (en lo sucesivo, «Coloroll Trustees»), que sigue siendo la fiduciaria de ocho Planes de Pensiones de Coloroll Group, interpuso ante la High Court. Desea obtener de la High Court instrucciones sobre cuestiones que dependen de la facultad de control de dicho órgano jurisdiccional en materia de instituciones fiduciarias. Las «partes demandadas» en el procedimiento principal son una serie de personas elegidas por Coloroll Trustees que representan los diferentes intereses y puntos de vista.<sup>20</sup>

Coloroll Trustees se enfrenta a una serie de elementos que pueden influir en sus decisiones relativas a la liquidación de los Planes de Pensiones. Todos estos Planes establecen normas diferentes para los hombres y para las mujeres. La diferencia más importante consiste en que todos los Planes de Pensiones prevén que la edad normal de jubilación

19 — Para la formulación precisa, véase nuevamente el informe para la vista de dicho asunto.

20 — Para una descripción de la situación de las personas, véase el informe para la vista de dicho asunto.

para los hombres es de 65 años y para las mujeres de 60, es decir, las edades a las que se devenga la pensión en el régimen general de pensiones del Reino Unido. En consecuencia, hombres y mujeres de la misma edad y años de servicio tendrán derecho a percibir cantidades diferentes en concepto de pensión. Además, cuando se conceden prestaciones alternativas calculadas según una valoración por capitalización de los derechos a pensión, se aplican factores de cálculo actuarial que producen resultados diferentes en función del sexo porque la esperanza de vida y la edad del devengo de la pensión son distintas para hombres y mujeres. Por último, dos de los Planes de Pensiones tienen la particularidad de no tener partícipes femeninos; pero los mencionados factores de cálculo basados en el sexo siguen afectando a las prestaciones de cierto número de trabajadores de sexo masculino.

A causa de dichas diferencias de trato por razones de sexo, Coloroll Trustees no está en condiciones de determinar de manera definitiva las obligaciones cuya ejecución están obligados a garantizar al liquidar los Planes de Pensiones. Teme, en particular, que las normas de repartición previstas en las escrituras de constitución de las instituciones fiduciarias y las normas relativas a los Planes de jubilación puedan quedar excluidas, en ciertos casos, por el artículo 119 del Tratado CEE. Según Coloroll Trustees, mientras el Tribunal de Justicia no haya precisado en qué medida se aplica dicho artículo en el caso de autos, no podrá decirse con certeza cómo deben repartirse los fondos. Ante estas circunstancias, la Chancery Division de la High Court plantea una serie de cuestiones al Tribunal de Justicia.<sup>21</sup>

Los efectos de la sentencia Barber en el tiempo

10. *Posibles interpretaciones.* Como se ha expuesto, la cuestión clave que se plantea en los presentes asuntos se refiere a los efectos concretos de la sentencia Barber en el tiempo. Se desprende de las observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia que la importancia práctica de la respuesta a dicha cuestión es enorme. Por tanto, me consagraré inmediatamente al examen de la esencia del problema. Aparentemente existen cuatro interpretaciones posibles de la limitación que el Tribunal de Justicia quiso aplicar a los efectos de la sentencia Barber en el tiempo.

Una *primera interpretación* consiste en aplicar el principio de igualdad de trato únicamente a los trabajadores que se hicieron partícipes de un Plan de Pensiones de Empresa y empezaron a efectuar aportaciones a dicho Plan a partir del 17 de mayo de 1990. Esta opinión priva a la sentencia Barber prácticamente de todo efecto retroactivo. En la práctica significa que la sentencia sólo produciría plenos efectos dentro de unos cuarenta años.

Una *segunda interpretación* consiste en aplicar el principio de igualdad de trato únicamente a las prestaciones debidas en relación con períodos de actividad posteriores al 17 de mayo de 1990. Los períodos anteriores a dicha fecha no estarían afectados por el efecto directo del artículo 119.

Según la *tercera interpretación*, el principio de igualdad de trato debe aplicarse a todas las pensiones que son exigibles o que se abonan por primera vez después del 17 de mayo de 1990, tanto si es la totalidad de la pensión como si es una parte que se haya consolidado

21 — Véase el informe para la vista del asunto Coloroll.

durante los períodos de trabajo anteriores a dicha fecha o mediante aportaciones efectuadas antes de dicha fecha. En otros términos, lo decisivo no son los períodos de actividad (anteriores o posteriores a la sentencia Barber) sino la fecha en la que se devenga la pensión.

La *cuarta interpretación* consiste en aplicar la igualdad de trato a todas las pensiones abonadas después del 17 de mayo de 1990, incluidas las pensiones pagaderas antes de dicha fecha y, como en la interpretación anterior, con independencia de la fecha de los períodos de actividad durante los cuales se han consolidado los derechos a pensión. Esta interpretación es, sin lugar a dudas, la que tiene un alcance más radical.<sup>22</sup>

11. Los debates ante el Tribunal de Justicia trataron sobre todo de la segunda y cuarta interpretaciones. La primera concepción no fue defendida por ninguna de las partes en los presentes asuntos. La tercera interpretación fue defendida por la Comisión, cuando presentó sus observaciones escritas en los asuntos Ten Oever, Moroni y Neath. No obstante, en sus observaciones escritas en el asunto Coloroll y en la vista, la Comisión se adhirió a la segunda tesis.

En la actualidad, además de la Comisión, defienden la segunda tesis ante el Tribunal de Justicia todos los fondos de pensión o los fiduciarios que han intervenido y todos los Estados miembros que han presentado

observaciones (Dinamarca, Alemania, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido). En el asunto Coloroll, también fue adoptada por las dos partes demandadas, la Sra. Broughton y Coloroll Group.

En el asunto Coloroll, cuatro partes demandadas en el procedimiento principal (los Sres. Russell, Parker, Sharp y la Sra. Fuller) abogaron en favor de la cuarta tesis.

12. Para situar bien la problemática actual, hay que prestar atención al «Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», anexo al Tratado de la Unión Europea,<sup>23</sup> aunque dicho Tratado, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, aún no esté en vigor. Dicho Protocolo está redactado del modo siguiente:

«A los fines de aplicación del artículo 119, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción ante los Tribunales o presentado una reclamación equivalente según el Derecho nacional de aplicación.»

Volveré más tarde sobre el significado de dicho Protocolo para interpretar los efectos en el tiempo de la sentencia Barber.

22 — Véase también la descripción de dichas posibles interpretaciones efectuada por Honeyball, S. y Shaw, J.: *Sex, law and the retiring man*, Eur. L. Rev., 1991, (47), pp. 56 y 57. Para tener una visión de las posturas de la doctrina al respecto, véase Curtin, D.: *The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces*, C. M. L. Rev., 1993 (17), pp. 50 a 51, con las referencias.

23 — Dicho Tratado se publicó en el DO 1992, C 191.

13. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los efectos de las sentencias en el tiempo.* Antes de pronunciarme sobre los efectos de la sentencia Barber en el tiempo, creo que es importante precisar las *razones* que llevaron al Tribunal de Justicia a introducir dicha limitación en su sentencia. Es innegable que se trata de un procedimiento inhabitual, habida cuenta del carácter declaratorio que se atribuye, en principio, a la interpretación por parte del Tribunal de Justicia del Derecho comunitario con arreglo al artículo 177 del Tratado.<sup>24</sup> El Tribunal de Justicia lo expresó de la manera siguiente en las sentencias Salumi y Denkavit Italiana:

«La interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario, aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelve sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

Únicamente con carácter excepcional podría el Tribunal de Justicia, como reconoció en su sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena (43/75, Rec. p. 455), con arreglo a un principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario y teniendo en cuenta los graves problemas que su sentencia podría crear, por lo que respecta al pasado, en las relaciones

jurídicas establecidas de buena fe, llegar a limitar la posibilidad de que cualquier interesado invoque la disposición así interpretada con el fin de cuestionar esas relaciones jurídicas.

No obstante, tal limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelva sobre la interpretación solicitada. La exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho comunitario implica que compete exclusivamente al Tribunal de Justicia decidir acerca de las limitaciones temporales que hay que poner a la interpretación dada por él.»<sup>25</sup>

14. Del pasaje citado se desprende que, en su decisión de limitar el alcance de una sentencia en el tiempo, el Tribunal de Justicia se guía por dos consideraciones principales, a saber, el *principio general de seguridad jurídica* inherente al ordenamiento jurídico comunitario y el deseo de evitar que ciertas relaciones jurídicas establecidas de *buena fe* se vean *en grave peligro* por una aplicación retroactiva íntegra de la sentencia. No obstante, procede añadir a dicha observación que, como el Tribunal de Justicia ha confirmado reiteradamente, el mero hecho de que una resolución judicial implique consecuencias prácticas importantes no constituye en sí mismo motivo suficiente para cuestionar su aplicación íntegra. El Tribunal de Justicia lo expresó del modo siguiente en la sentencia Blaizot, refiriéndose a la sentencia Defrenne II:

25 — Sentencias de 27 de marzo de 1980, Denkavit Italiana (61/79, Rec. p. 1205), apartados 16 a 18, y Salumi (asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, Rec. p. 1237), apartados 9 a 11; véanse también las sentencias de 10 de julio de 1980, Ariete (811/79, Rec. p. 2545), apartados 6 a 8, y Mireco (826/79, Rec. p. 2559), apartados 7 a 9; sentencias de 2 de febrero de 1988, Barra (309/85, Rec. p. 355), apartados 11 a 13, y Blaizot (24/86, Rec. p. 379), apartados 27 y 28; sentencia de 5 de octubre de 1988, Padovani (210/87, Rec. p. 6177), apartado 12. Recientemente, el Tribunal de Justicia ha vuelto a resumir dichos principios en la sentencia de 16 de julio de 1992, Legros (C-163/90, Rec. p. I-4625), apartado 30.

24 — Véase, a este respecto, Joliet, R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Lieja, Faculté de droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1981, p. 219.

«Para decidir si procede o no limitar el alcance temporal de una sentencia, es necesario, según la jurisprudencia de este Tribunal (véase especialmente la mencionada sentencia de 8 de abril de 1976), tener en cuenta que, si bien las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente, no puede llegarse hasta el punto de influir en la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial por lo que respecta al pasado.»<sup>26</sup>

15. Es obvio que el principio de la seguridad jurídica forma parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario.<sup>27</sup> Ello significa que, en atención a circunstancias particulares, el Tribunal de Justicia acepta no cuestionar relaciones jurídicas establecidas en el pasado, aunque haya motivos para ello con arreglo a una interpretación efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia. Se desprende de la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia reconoce la buena fe o la confianza legítima,<sup>28</sup> de las partes interesadas o de los Estados miembros, como una circunstancia particular de dicho tipo cuando la aplicación retroactiva de la resolución judicial lleva consigo graves problemas para dichas partes o para los Estados miembros. Dicha buena fe existe cuando, al establecer relaciones jurídicas, estas partes o Estados miembros «pudie-

ron estimar razonablemente»<sup>29</sup> que la actitud que adoptaron era conforme al Derecho comunitario, como por ejemplo, cuando el alcance de una disposición de Derecho comunitario no era del todo claro. *A fortiori* el Tribunal de Justicia reconoció la buena fe en los casos en que las propias Instituciones comunitarias habían creado una impresión de validez de Derecho comunitario, por dictar una determinada disposición de Derecho comunitario derivado que admitía la existencia de las prácticas en cuestión (sentencias Pinna I,<sup>30</sup> Barber, Legros), por no interponer el recurso del artículo 169 contra el Estado miembro que no respeta sus obligaciones comunitarias (Defrenne II, Legros) o por adoptar una actitud vacilante acerca de la cuestión de la compatibilidad (sentencia Blaizot).

Si, no obstante, consta que las partes o los Estados miembros, en particular, a la luz de la jurisprudencia clara y bien conocida del Tribunal de Justicia, no podían albergar ninguna duda acerca de sus obligaciones comunitarias, el requisito de la buena fe no se cumple. Como se desprende de las sentencias Worringham<sup>31</sup> y Essevi y Salengo,<sup>32</sup> el Tribunal de Justicia no está entonces obligado a limitar su decisión en el tiempo.

16. La buena fe de los interesados o de los Estados miembros constituye por consiguiente una circunstancia particular que puede justificar la limitación del efecto en el tiempo de una sentencia cuando, a falta de limitación en el tiempo, peligraran grave-

26 — Sentencia Blaizot, apartado 30; sentencia Defrenne II, apartado 71; véase también la sentencia Worringham (citada en la nota 4), apartado 31, y la sentencia Legros (citada en la nota anterior), apartado 30.

27 — Para confirmaciones expresas, véase entre otras, la sentencia de 21 de septiembre de 1983, Deutsche Milchkontor (asuntos acumulados 205/82 a 215/82, Rec. p. 2633), apartado 30. Sobre la seguridad jurídica como principio de protección de relaciones jurídicas establecidas de buena fe, véase entre otros, Borchardt, K.-D.: *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Kehl, Schriftenreihe Europa-Forschung, Tomo 15, 1988, pp. 135 a 136, y Schloekermann, M.: *Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung der EuGH*, tesis doctoral, Múnich, 1984, pp. 144 a 151.

28 — El Tribunal de Justicia utiliza dicho término en la sentencia de 27 de mayo de 1981, Essevi y Salengo (asuntos acumulados 142/80 y 143/80, Rec. p. 1413), apartado 34.

29 — Dicha expresión aparece tanto en la sentencia Barber, apartado 43, como en la sentencia Legros, apartado 33.

30 — Sentencia de 15 de enero de 1986 (41/84, Rec. p. 1), apartado 27: dado que el Consejo había aprobado el apartado 2 del artículo 73 del Reglamento n° 1408/71, Francia había creído que podía mantener, durante un período prolongado, prácticas que no encontraban base legal en los artículos 48 y 51 del Tratado.

31 — Sentencia Worringham, apartado 33.

32 — Antes citada en la nota 28, apartado 34.

mente relaciones jurídicas establecidas en el pasado. Según el Tribunal de Justicia, tal problema existe cuando, más allá de los elementos propios del procedimiento, la sentencia de que se trate pueda implicar importantes *consecuencias económicas y financieras de carácter general*. Así, en la sentencia Defrenne II, el Tribunal de Justicia mostró comprensión en relación con el temor expresado por los Gobiernos británico e irlandés a que un gran número de empresas se vieran en graves dificultades financieras a causa de reclamaciones imprevistas en materia de retribución.<sup>33</sup> En atención a la buena fe (antes aludida) de los operadores económicos, el Tribunal de Justicia consideró que

«al ignorar el nivel global al que se establecieron las retribuciones, consideraciones imperiosas de seguridad jurídica relativas al conjunto de los intereses en juego, tanto de carácter público como privado, impiden, en principio, volver a poner en tela de juicio las retribuciones correspondientes a períodos ya transcurridos;

que, en consecuencia, no puede invocarse el efecto directo del artículo 119 en apoyo de reclamaciones referentes a períodos de retribución anteriores a la fecha de la presente sentencia, salvo en lo que se refiere a los trabajadores que, con anterioridad, hayan entablado un recurso o formulado una reclamación equivalente».<sup>34</sup>

La atención del Tribunal de Justicia al «conjunto de los intereses en juego, tanto de

carácter público como privado»,<sup>35</sup> incluidas las graves consecuencias económicas de una sentencia para las partes o las autoridades que hayan actuado de buena fe, también se desprende de un cierto número de sentencias recientes. Así, en la sentencia Blaizot, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta la posibilidad de que su decisión, que declaraba incompatibles con el artículo 7 del Tratado CEE los derechos de inscripción complementarios para estudiantes universitarios extranjeros, «trastornaría retroactivamente el sistema de financiación de la enseñanza universitaria y podría dar lugar a consecuencias imprevisibles para el buen funcionamiento de las instituciones universitarias».<sup>36</sup> También en la sentencia Barber el Tribunal de Justicia mantuvo (véase el pasaje citado anteriormente en el punto 5) que «podrían transformarse con carácter retroactivo el equilibrio económico de numerosos Planes de Pensiones convencionalmente excluidos del régimen general». También recientemente, en la sentencia Legros, en la que el Tribunal de Justicia declaró incompatible con el Tratado un tributo recaudado por los departamentos franceses de ultramar (el denominado «octroi de mer»), se mostró dispuesto a limitar el efecto en el tiempo de su sentencia debido a las repercusiones financieras catastróficas que la devolución de los impuestos indebidamente pagados supondría para los departamentos franceses de ultramar:

«Ante tales circunstancias, consideraciones imperiosas de seguridad jurídica se oponen a que se cuestionen nuevamente relaciones jurídicas que agotaron sus efectos en el

33 — Sentencia Defrenne II, apartado 70. Por el contrario, en la sentencia Worringham, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión según la cual «la cantidad de casos que se verían afectados por el efecto directo de dicha disposición» no era suficientemente relevante para limitar el efecto en el tiempo de la sentencia en interés de la seguridad jurídica: sentencia Worringham, apartado 33.

34 — Sentencia Defrenne II, apartados 74 y 75.

35 — El Tribunal de Justicia ha utilizado también dicha expresión en la sentencia Pinna I, apartado 28; sobre este tema, véase Boulouis, J.: «Quelques observations à propos de la sécurité juridique», en *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, (53), p. 55.

36 — Sentencia Blaizot, apartado 34.

pasado, por cuanto cuestionarlas nuevamente perturbaría retroactivamente el sistema de financiación de las entidades locales de los DOM franceses.»<sup>37</sup>

17. *Explicación de los efectos de la sentencia Barber en el tiempo.* El pasaje de la sentencia Barber relativo a la limitación de sus efectos en el tiempo debe leerse a la luz de la jurisprudencia anteriormente mencionada.

No obstante, formularé previamente las observaciones siguientes: a efectos de la problemática de los casos de autos, es esencial comprender el modo en que se constituyen y gestionan los Planes de Pensiones de Empresa (convencionalmente excluidos o complementarios). Con arreglo a lo que afirman los Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, y según los Planes de Pensiones, la mayoría de dichos Planes se *caracterizan por la consolidación progresiva* de la pensión. Concretamente, el trabajador consolida sus derechos a pensión en función de los períodos de actividad que ha cubierto para el empresario de que se trata. A estos efectos, el trabajador y/o el empresario efectúan aportaciones periódicas a un fondo de pensiones privado

en relación con ciertos períodos de actividad (calculados sobre la base de factores de cálculo actuarial).<sup>38</sup>

Este carácter de consolidación progresiva de la pensión propia de los Planes de Pensiones de Empresa exige distinguir jurídicamente entre el nacimiento de los derechos a pensión, en este caso a causa de la *consolidación progresiva* de la pensión en función de los períodos de actividad cubiertos, y el momento en que dichos derechos son exigibles, en este caso cuando *se devenga* la pensión.

Desde el punto de vista financiero y económico, el equilibrio de dichos Planes de Pensiones de Empresa se basa, entre otras cosas, en un cierto número de premisas, entre las que figuran elementos relativos a la edad de jubilación y a las posibilidades de supervivencia de los hombres y de las mujeres (véanse los puntos 34 a 39).

37 — Sentencia Legros, apartado 34. Otra reciente limitación en el tiempo por las considerables consecuencias financieras de una Decisión, esta vez en relación con la nulidad de un Reglamento comunitario en el ámbito de la política agrícola (en particular, la percepción de un «clawback» sobre los productos que se habían beneficiado de una prima variable por sacrificio), véase la sentencia de 10 de marzo de 1992, Lomas (asuntos acumulados C-38/90 y C-151/90, Rec. p. I-1781), apartados 27 a 30.

38 — A este respecto, procede distinguir entre los denominados Planes de Aportación Definida (también denominados «defined contribution plans» o «money purchase schemes») y los denominados Planes de Prestación Definida (también denominados «defined benefit plans»). En los primeros, la prestación se constituye por la suma capitalizada de las aportaciones que los partícipes han abonado periódicamente con anterioridad y, por consiguiente, la prestación depende de dichas aportaciones. En los Planes de Prestación Definida, por el contrario, el importe de la prestación se fija con anterioridad (en la escritura de constitución de la institución fiduciaria, los estatutos, las condiciones de la póliza u otras condiciones generales) en función del número de años de actividad, tanto en forma de suma fija o de porcentaje de la última retribución del trabajador. Hay que señalar, con carácter incidental, que los Planes de Pensiones de que se trata en el asunto Coloroll corresponden a este segundo tipo y que, con arreglo a los autos, la mayor parte de los Planes de Pensiones de Empresa en Dinamarca, Países Bajos y Reino Unido también corresponden a esta categoría. En cuanto a la mencionada distinción entre los Planes de Pensiones de Empresa, véase, entre otros, d'Herbais, P.-G.: *Mémento des retraités dans la C. E. E. Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et des fonctionnaires*, París, CERR, 1990, pp. 17 y 18; véase también, conjuntamente con el establecimiento de otras categorías, Tamburi, G. y Mouton, P.: «Problèmes de frontières entre régimes privés et régimes publics de pensions», *Revue internationale du Travail*, 1986, (143), pp. 145 y 146.

18. Creo que en la sentencia Barber el propio Tribunal de Justicia reconoce, aunque sea implícitamente, la diferencia entre la consolidación y el devengo de la pensión de empresa. En este sentido hay que entender la conclusión del Tribunal de Justicia según la cual las prestaciones de pensión de un plan convencionalmente excluido «constituyen, sin duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». <sup>39</sup> En efecto, en la óptica del artículo 119 del Tratado CEE, procede considerar las prestaciones en el marco de una pensión de empresa como una forma de remuneración «diferida» que el trabajador ha *consolidado* en razón de la actividad que ha ejercido para uno o varios empresarios durante un período de actividad determinado.

Además, la distinción mencionada anteriormente hace comprender lo que, en el apartado 44 de la sentencia Barber, el Tribunal de Justicia entiende por «causar derecho a una pensión a partir de la fecha de la presente sentencia». Dado que es el propio trabajo y, en su caso, las aportaciones correspondientes, lo que genera los derechos a pensión del trabajador y las consiguientes obligaciones del empresario y/o de los Planes de Pensiones (o de sus fiduciarios), el Tribunal se refiere claramente, en este caso, a los períodos de actividad posteriores al 17 de mayo de 1990. Toda discriminación basada en el sexo, que tenga lugar en este ámbito después de dicha fecha —en particular, tomando en consideración una edad de jubilación diferente a efectos de calcular las aportaciones y/o las prestaciones debidas por dichas aportaciones— está comprendida en la prohibición del artículo 119.

19. En mi opinión, la distinción entre la consolidación de la pensión (o el nacimiento de los derechos a pensión) y el devengo de la pensión (o el momento de la exigibilidad de

los derechos a pensión) también es importante a efectos de comprender bien lo que el Tribunal de Justicia se propone precisar en el apartado 44 de la sentencia Barber, cuando afirma que «situaciones jurídicas que han agotado sus efectos en el pasado» no deben ser replanteadas. Hay que evitar, sobre todo, interpretar dicho pasaje literalmente, como hacen algunas de las partes en el procedimiento principal del asunto Coloroll (en particular, los Sres. Russell, Parker y Sharp). Si se interpreta dicho pasaje literalmente, puede efectivamente afirmarse que los efectos de una pensión de empresa no se agotan totalmente hasta que la pensión haya sido pagada en su totalidad al trabajador (jubilado). De dicha interpretación se desprende que la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia, decidida por el Tribunal de Justicia, no adquiriría prácticamente ninguna importancia y que la eficacia de la limitación aportada por el Tribunal de Justicia desaparecería en gran medida. <sup>40</sup>

La distinción entre la consolidación y el devengo de la pensión también permite precisar en este caso. Dado que es la propia actividad y, en su caso, las aportaciones correspondientes, las que generan los derechos y las obligaciones del trabajador y del empresario (y/o de los administradores del Plan de Pensiones), cabe admitir razonablemente que, mediante la expresión «situaciones jurídicas que han agotado sus efectos en el pasado», el Tribunal de Justicia se refiere a situaciones en las que el derecho a pensión *ya se había adquirido* en virtud de los períodos de actividad anteriores a la sentencia Barber. En efecto, el nacimiento del derecho a pensión sobre la base de un período de actividad ya terminado da lugar a una situación jurídica

<sup>40</sup> — El Tribunal de Justicia ha confirmado que no pueden interpretarse las sentencias del Tribunal de Justicia de manera que se les prive de todo efecto útil en la sentencia de 2 de marzo de 1989, Pinna II (359/87, Rec. p. 585), apartado 16, entre otras; véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en dicho asunto, en particular, en las páginas 605 y 606, punto 29, que cita la jurisprudencia de la que se desprende que la interpretación teleológica de las sentencias del Tribunal de Justicia es habitual.

<sup>39</sup> — Sentencia Barber, apartado 28; véase el apartado 4 *supra*.

cuyos efectos están agotados, en el sentido de que el trabajador ha adquirido definitivamente el derecho a pensión relativo a dicho período de trabajo.

20. La razón por la que el Tribunal de Justicia optó por limitar su sentencia a los derechos a pensión tal como ha quedado expuesto, puede vincularse directamente al deseo explícitamente expresado por el Tribunal de Justicia de no trastocar retroactivamente el equilibrio económico de los Planes de Pensiones convencionalmente excluidos. La seguridad jurídica implica, en este contexto, que la cuantía de dichos derechos se determine sobre la base de la norma comunitaria que se aplicaba en el momento del período de actividad en cuya virtud se *adquirieron* dichos derechos, es decir, el artículo 119 como se interpretaba antes de la sentencia Barber.

Esto no constituye ninguna novedad en Derecho comunitario. Puede mencionarse un precedente en el ámbito de la jurisprudencia comunitaria en materia de regímenes de Seguridad Social, a saber, la sentencia de 12 de octubre de 1978, Belbouab. Dicho asunto se refería al Reglamento n° 1408/71. Se trataba de un trabajador argelino que había tenido nacionalidad francesa antes de la independencia de Argelia y que había ejercido una actividad en Francia y en Alemania como nacional francés. Cuando solicitó una pensión de minero en Alemania, se le denegó el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en Francia, porque ya no cumplía el requisito de nacionalidad de un Estado miembro establecido en el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento. El Tribunal de Justicia refutó del modo siguiente la premisa del órgano jurisdiccional de remisión, según la cual el requisito de nacionalidad establecido en el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento se refería a la nacionalidad en el

momento de *presentar la solicitud de la concesión de pensión*:

«que [el requisito de nacionalidad del apartado 1 del artículo 2] debe interpretarse —para respetar el principio de seguridad jurídica, uno de cuyos imperativos exige que toda situación de hecho sea apreciada normalmente, salvo indicación expresa en contrario, a la luz de las normas de derecho coetáneas— en el sentido de que la condición de nacional de uno de los Estados miembros debe existir en la época del ejercicio del trabajo, del pago de las cotizaciones relativas a los períodos de afiliación *y de la adquisición de los derechos correspondientes*». <sup>41</sup>

Por consiguiente, lo decisivo a efectos de aplicar el Reglamento n° 1408/71 y, en particular el requisito de nacionalidad que establece, no es el momento en el que se presenta la solicitud de pensión, sino *los períodos de actividad o los períodos de seguro*: durante estos períodos se pagan las cotizaciones y, como el Tribunal de Justicia declara explícitamente en la sentencia Belbouab, se adquieren los derechos correspondientes, incluido el derecho a una pensión legal. <sup>42</sup>

La sentencia Pinna I ofrece una aplicación análoga del principio de seguridad jurídica, esta vez, en el ámbito de las asignaciones familiares. Tras declarar la nulidad del apartado 2 del artículo 73 del Reglamento

41 — Sentencia de 12 de octubre de 1978, Belbouab (10/78, Rec. p. 1915), apartado 7, el subrayado es mío; véase además la sentencia de 14 de noviembre de 1990, Buhari Haji (C-105/89, Rec. p. I-4211), apartado 17. En las sentencias Henek de 14 de julio de 1971, el Tribunal de Justicia ya había considerado que el principio de la seguridad jurídica exige referirse al estado del derecho en vigor en el momento de la aplicación de la disposición controvertida [...]: sentencias, respectivamente, 12/71, Rec. 1971, p. 743, apartado 5; 13/71, Rec. 1971, p. 767, apartado 5, y 14/71, Rec. 1971, p. 779, apartado 5.

42 — Dicho principio ya sirve de base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al Reglamento n° 3: véase en particular la sentencia de 26 de junio de 1975, Horst (6/75, Rec. p. 823), apartado 8.

nº 1408/71, en la versión vigente en la época, que, en materia de asignaciones familiares, establecía para los trabajadores empleados en Francia un régimen que constituyó una excepción al contenido en el apartado 1 de dicha disposición para los demás Estados miembros, el Tribunal de Justicia limitó el efecto en el tiempo de su decisión. Según el Tribunal de Justicia «imperiosas consideraciones de seguridad jurídica que afectan a todos los intereses en juego, tanto públicos como privados, impiden, en principio, poner en cuestión la percepción de prestaciones familiares correspondientes a períodos anteriores al pronunciamiento de esta sentencia». <sup>43</sup> Concretamente, el Tribunal de Justicia consideró que la invalidez de la disposición de que se trata sólo podía alegarse «en apoyo de reivindicaciones relativas a prestaciones correspondientes a períodos anteriores a la fecha de la presente sentencia». <sup>44</sup>

21. *La interpretación propuesta.* Habida cuenta de lo anterior, el apartado 45 de los fundamentos y el apartado 5 del fallo de la sentencia Barber, en los que el Tribunal de Justicia declara que el artículo 119 no puede ser alegado para «invocar un derecho a pensión, con efectos a una fecha anterior a la de la presente sentencia» (véase el punto 5 *supra*) deben interpretarse en el sentido de que se refieren a un derecho a pensión adquirido en virtud de períodos de actividad anteriores a la sentencia Barber. En otras palabras, me decanto por la segunda interpretación antes mencionada (en el punto 10).

43 — Sentencia Pinna I, apartado 28.

44 — Sentencia Pinna I, apartado 30; salvo, añade el Tribunal de Justicia, en el caso de trabajadores que, antes de dicha fecha, hayan formulado un recurso o una reclamación equivalente. El Tribunal de Justicia reiteró su punto de vista en la materia en la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Yáñez-Campoy (C-99/89, Rec. p. I-4097), apartado 18.

Dicha interpretación es la que mejor corresponde a la *buena fe* de los empresarios y de los Planes de Pensiones de Empresa. En efecto, hay que tener en cuenta su convencimiento de que estaban admitidos diferentes requisitos en materia de edad de jubilación según el sexo. El Tribunal de Justicia lo reconoció expresamente en la sentencia Barber: a la luz de las excepciones al principio de igualdad de trato contenidas en las Directivas 79/7 y 86/378, los Estados miembros y los «círculos interesados» pudieron estimar «razonablemente» «que el artículo 119 no se aplicaba a las pensiones pagadas por Planes convencionalmente excluidos del régimen general y que en esta materia seguían admitiéndose excepciones al principio de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos». <sup>45</sup>

El hecho de que haya que tener en cuenta la buena fe de las partes y, en particular, de los empresarios y de los Planes de Pensiones de Empresa, implica que, antes de la sentencia Barber, habida cuenta del convencimiento de que el artículo 119 no era aplicable, dichas partes podían prometer pensiones y abonar prestaciones basadas en una edad de jubilación diferente para los hombres y para las mujeres. El *equilibrio económico* de los Planes de Pensiones de que se trata podían pues, antes de la sentencia, apoyarse en dicho fundamento. Los empresarios sabían que debían tener en cuenta la misma edad de jubilación para hombres y mujeres a efectos de gestionar los Planes de Pensiones de Empresa sólo en relación con los períodos de actividad *posteriores a la sentencia Barber*. Si no se tuviera en cuenta su buena fe y la de los administradores de los Planes de Pensiones, éstos tropezarían con graves problemas económicos. Todo esto aboga por que las obligaciones

45 — Sentencia Barber, apartado 43.

contraídas y los pagos efectuados antes de la fecha de la sentencia Barber no se vean afectados.<sup>46</sup>

22. Quisiera señalar con carácter incidental que, en mi opinión, no puede en ningún caso mantenerse la *tercera interpretación*, según la cual el criterio decisivo es que la pensión se devengue después del 17 de mayo de 1990 (y ello con independencia del momento en el que transcurran los períodos de actividad relativos a la pensión). Creo que no sería deseable defender tal interpretación, no sólo por la manera, anteriormente indicada, en que se consolidan los derechos a pensión, sino además por la *injusticia manifiesta* a que dicha interpretación daría lugar para muchos trabajadores: ningún trabajador cuya pensión de empresa no hubiera sido exigible o abonada por primera vez antes de dicha fecha podría alegar el principio de igualdad de retribución. En tal caso, situaciones enteramente idénticas, sólo distintas por devengarse el derecho a prestación antes o después del 17 de mayo de 1990, recibirían un trato muy diferente.

Por último, en mi opinión, la *cuarta interpretación* va demasiado lejos. En efecto, no tiene en cuenta en absoluto el equilibrio económico de los Planes de Pensiones de Empresas constituidos de buena fe sobre la base de factores de cálculo basados en una edad de jubilación distinta para los hombres y para las mujeres.

46 — El Tribunal de Justicia ha adoptado reiteradamente un punto de vista análogo al anular actos de las Instituciones. Ha declarado que, por importantes motivos de seguridad jurídica, la anulación del acto de que se trataba no podía cuestionar la validez de los pagos efectuados ni de los compromisos contraídos en ejecución de dicho acto hasta el día en que se dicte la correspondiente sentencia: véanse las sentencias de 3 de julio de 1986, Consejo/Parlamento (34/86, Rec. p. 2155), apartado 48, y de 31 de marzo de 1992, Consejo/Parlamento (C-284/90, Rec. p. I-2277), apartado 37.

23. La interpretación que aquí propongo de la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia Barber corresponde en buena parte a la mantenida en el Protocolo sobre el artículo 119 anexo al Tratado de la Unión Europea. Además, hay que destacar que, en caso de que el Tribunal de Justicia adoptara una opinión diferente, su punto de vista quedaría en todo caso caduco en cuanto el Tratado de la Unión Europea entre en vigor.

En efecto, lo dispuesto en el artículo 239 del Tratado es aplicable al Protocolo que constituirá un anexo al Tratado CEE: en cuanto el Tratado de la Unión Europea entre en vigor, dicho Protocolo formará parte integrante del Tratado CEE. En otros términos, tendrá el mismo valor jurídico que las disposiciones del Tratado.<sup>47</sup> No obstante, debo insistir en que el Protocolo no modifica el artículo 119 y tampoco parece cuestionar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, el quinto guión del artículo B del Tratado de la Unión se propone «mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo», es decir, el conjunto de las normas comunitarias existentes, como el Tribunal de Justicia las interpreta y aplica.<sup>48</sup> Por consiguiente tan sólo veo en el Protocolo una *definición declaratoria* del alcance que se atribuye al artículo

47 — Vedder, C.: «Artikel 239», en Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Munich, Beck, p. 2, n° 5. De este modo, la violación de un Protocolo equivale a una violación del Tratado: Hilf, M.: «Artikel 239», en Groeben-Thiesing-Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, IV, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 5947, apartados 7 y 8. Además, en Derecho internacional de los Tratados, los Protocolos se consideran de manera general como parte integrante del Tratado al que se añaden: Myers, «The name and scope of Treaties», *Am. J. Int. L.*, 1957 (574), 587; véase, entre otras, la definición del Tratado en la letra a) del apartado 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 21 de mayo de 1969: «un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

48 — Véase también el artículo C del Tratado de la Unión Europea, que dispone que el marco institucional de la Unión garantizará la coherencia dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario.

119 y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.<sup>49</sup>

La sentencia Barber y la limitación en el tiempo que prevé, ¿se aplican a otros Planes de Pensiones de Empresas aparte del contemplado en dicha sentencia?

24. En el asunto Coloroll, la High Court pregunta al Tribunal de Justicia si la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia Barber se extiende a otros Planes de Pensiones además de los Planes de Pensiones convencionalmente excluidos de que se trataba en dicha sentencia (tercera cuestión), en otras palabras, si dicha limitación también se extiende a pensiones complementarias o extralegales o únicamente a pensiones de Planes convencionalmente excluidos. Dicha cuestión también se suscitó en el asunto Moroni, aunque las cuestiones planteadas por el Arbeitsgericht Bonn pretenden dilucidar, en primer lugar, si la sentencia Barber también es aplicable al Plan de Pensiones de que se trata en dicho asunto, en particular, en lo que respecta a la cuestión de la incompatibilidad con el artículo 119 de una edad diferente, según el sexo, a la que puede percibirse una pensión (véase el punto 4 *supra*).

25. Ambas cuestiones están relacionadas y, en mi opinión, se refieren sobre todo al alcance que debe darse a la sentencia Bilka de 1986. Recordemos que, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia decidió que las prestaciones concedidas en el marco de un Plan de Pensiones aplicable en una empresa alemana constituían gratificaciones con arreglo al artículo 119 (véase el punto 3 *supra*).

Según las partes demandadas en el litigio principal del asunto Coloroll, excepto la Sra. Broughton y el Coloroll Group, en la sentencia Bilka, que se refería a un Plan de Pensiones de Empresa no excluido convencionalmente, el Tribunal de Justicia se refirió a la situación global de este tipo de Planes de Pensiones. En otras palabras, según dichas partes, la mencionada sentencia no afectaba sólo a la cuestión de la *exclusión* de los trabajadores afiliados a Planes de Pensiones no excluidos convencionalmente —que constituía el objeto específico de dicho asunto— sino también a la cuestión de la *fecha del devengo* de la pensión en el marco de este tipo de Planes de Pensiones de Empresa. Dado que, al tratarse de Planes de Pensiones de Empresa no excluidos convencionalmente, la cuestión de la fecha del devengo ya se había tratado en la sentencia Bilka, es decir, mucho antes de la sentencia Barber, según dichas partes, la limitación en el tiempo establecida en la sentencia Barber no debe aplicarse a los Planes de Pensiones de Empresa no convencionalmente excluidos.

La Sra. Broughton, el Coloroll Group, el Gobierno británico y, en el asunto Moroni, el Gobierno alemán, estiman por el contrario que el alcance de la sentencia Bilka se limita efectivamente a la cuestión de la exclusión de los trabajadores afiliados a Planes de Pensiones de Empresa no excluidos convencionalmente. Contrariamente al Gobierno alemán, las otras tres partes estiman que, en cuanto a la fecha del devengo de la pensión, cuestión suscitada de manera específica en dicho asunto, la sentencia Barber, incluida la limitación en el tiempo que establece, es aplicable a todos los Planes de Pensiones de Empresa, tanto a los Planes convencionalmente excluidos como a los Planes no convencionalmente excluidos.

49 — Véase, en este sentido, Prechal, S.: «Bommen ruimen in Maastricht», *Nederlands Juristenblad*, 1992 (349), p. 354.

26. Al igual que la Sra. Broughton, el Colroll Group y el Gobierno británico, creo que la sentencia Barber, incluida la limitación en el tiempo que establece, es aplicable a *todos los Planes de Pensiones de Empresa*, con independencia del tipo a que correspondan.

En mi opinión, en la sentencia Bilka el Tribunal de Justicia sólo se pronunció sobre la cuestión de si un Plan de Pensiones de Empresa como el que se debatía —un Plan de Pensiones de Empresa concebido contractualmente, financiado exclusivamente por el empresario y establecido tras concertación en el seno de la empresa de que se trataba— estaba comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 119, y sobre la cuestión de si la exclusión de dicho Plan de los trabajadores a tiempo parcial (principalmente mujeres) constituía una discriminación contraria a dicha disposición. El Tribunal de Justicia respondió a ambas cuestiones afirmativamente. Sólo en la sentencia Barber abordó también el Tribunal de Justicia la cuestión de la legalidad de una edad distinta según el sexo, a efectos del devengo de la pensión, en el marco de los Planes de Pensiones de Empresa (en este caso, convencionalmente excluidos) (véase el punto 4 *supra*).

Aunque dicha sentencia se refería a un Plan de Pensiones de Empresa convencionalmente excluido, creo que el Tribunal de Justicia trató la cuestión de la fecha del devengo de la pensión, suscitada en dicho asunto, resolviendo de una manera general válida para todos los Planes de Pensiones de Empresa y que, por consiguiente, la limitación en el

tiempo establecida en dicha sentencia también es aplicable a Planes de Pensiones no convencionalmente excluidos. En efecto, en el fallo de la sentencia Barber, no hay nada que dé pie a distinguir entre los Planes de Pensiones convencionalmente excluidos y los Planes de Pensiones no convencionalmente excluidos ya que, en los apartados 3 y 5 de dicho fallo no se recoge limitación alguna que afecte únicamente a los Planes de Pensiones de Empresa convencionalmente excluidos. Además, económicamente, tal distinción produciría distorsiones arbitrarias entre los Planes de Pensiones respectivos. Además, si en la sentencia Bilka el Tribunal de Justicia se hubiera pronunciado también acerca de la fecha del devengo de la pensión en el marco de Planes de Pensiones no convencionalmente excluidos, en mi opinión, también habría limitado los efectos en el tiempo de dicha sentencia en lugar de, como hizo, atribuirle un efecto retroactivo al [...] 8 de abril de 1976, es decir, la fecha en que el Tribunal de Justicia, en la sentencia Defrenne II, reconoció efecto directo al artículo 119.<sup>50</sup> Se desprende de todo lo anterior que, por lo que respecta a la fecha del devengo de la pensión el artículo 119 se aplicaría con o sin retroactividad de más de catorce años, según el Plan de Pensiones de Empresa de que se trate sea un Plan no convencionalmente excluido o convencionalmente excluido. Las consecuencias económicas en tal interpretación serían catastróficas para los Estados miembros en los que son frecuentes los Planes de Pensiones de Empresa complementarios, es decir, no convencionalmente excluidos. Esta no puede haber sido la intención del Tribunal de Justicia.

50 — En efecto, con arreglo a su propia jurisprudencia (véase el punto 13 *supra*), el Tribunal de Justicia no puede limitar ahora los efectos de la sentencia Bilka en el tiempo. Para ver un caso en el que el Tribunal de Justicia se negó a imponer dicho límite en el tiempo en relación con una sentencia anterior, véase la sentencia Barra, apartado 14, citada en la nota 25.

¿Es contrario al artículo 119 del Tratado utilizar factores de cálculo actuarial distintos según el sexo?

por lo demás iguales, los hombres perciben una suma inferior a la que perciben las mujeres.

27. *Posturas de las partes.* Los asuntos Neath [letra b) de la tercera cuestión] y Coloroll (cuarta cuestión) plantean si es compatible con el artículo 119 del Tratado CEE el hecho de que las prestaciones abonadas con arreglo a un Plan de Pensiones se calculen con arreglo a factores de cálculo actuarial relativos a la distinta esperanza de vida de los hombres y de las mujeres, que producen resultados diferentes para los hombres y para las mujeres.

28. Por el contrario, la Comisión estima que el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres debe aplicarse individualmente y no por categorías. El hecho de que, en general, las mujeres vivan más que los hombres no tiene ninguna importancia a efectos de la esperanza de vida de una persona determinada y no puede admitirse que una persona se vea perjudicada por unas hipótesis que no es seguro que sean exactas en su caso concreto. Además, existen numerosos factores de riesgo que no se toman en cuenta: riesgos vinculados al ejercicio de una profesión, al hábito de fumar, a la salud, etc. Por último, en cuanto a los Planes de Pensiones, no hay ninguna necesidad técnica de establecer una distinción basada en la esperanza de vida: ciertos Planes de Pensiones, y todos los regímenes públicos de pensiones, recurren a un sistema de compensación de los riesgos que cubre las diferencias de la supuesta duración de la vida de los hombres y de las mujeres.<sup>51</sup> El Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró que una discriminación análoga en los Planes de Pensiones era incompatible con la Civil Rights Act 1964. La Comisión concluye que, habida cuenta de su incompatibilidad con el artículo 119 del Tratado, ni los empresarios ni los administradores pueden invocar factores de cálculo actuarial diferentes para justificar una reducción proporcionalmente superior de la pensión de un hombre en relación con la de una mujer en caso de una jubilación anticipada, para justificar un importe en metálico inferior para los hombres y para las mujeres, en

Los Fondos de Pensiones y sus administradores, al igual que la mayor parte de los Estados miembros que han presentado observaciones, sostienen que esto es totalmente normal. Tales factores de cálculo actuarial se basan en datos estadísticos fiables y objetivos relativos a la esperanza de vida a partir de la edad de jubilación. Dado que dichos datos varían de un sexo a otro —por término medio las mujeres viven más y por tanto perciben durante más tiempo su pensión que los hombres— los factores actuariales tienen un interés esencial a efectos de apreciar los compromisos asumidos por un Plan de Pensiones y, por consiguiente, para estructurar la financiación del conjunto del Plan de Pensiones. El hecho de tomar en consideración los datos actuariales —lo que, por lo demás, constituye una práctica generalmente admitida en los sistemas (contractuales) de seguros— ejerce, pues, una influencia directa y plenamente legítima sobre el importe de los derechos transmisibles a otro plan, así como sobre los importes de las prestaciones sustitutorias (es decir, las previstas en el caso de que un partícipe opte por un capital en lugar de una pensión periódica); en este último caso, en circunstancias

51 — La Comisión ya formuló dichos argumentos en la exposición de motivos de 29 de abril de 1983, relativa a la proposición que se convertirá en la Directiva 86/378/CEE: COM(83) 217 final, pp. 7 y 8.

caso de optar por dicha posibilidad, o para justificar un grado diferente de reducción de la pensión necesaria para abonar una pensión de viuda o de viudo a un derechohabiente. Lo mismo ocurriría con el pago de una cantidad en metálico a los fiduciarios de otro Plan de Pensiones después de que un trabajador cambie de empleo, ya que dichos fiduciarios también están obligados a respetar el principio de igualdad de retribución respecto a dicho trabajador. Sólo en el caso de que el importe en metálico se pague a una compañía de seguros o a otro tercero, totalmente ajeno a la relación laboral y que, por tanto, no esté obligado a respetar el artículo 119, dicha empresa o dicho tercero podría utilizar tablas de mortalidad distintas para hombres y para mujeres.

29. *Legislación y jurisprudencia comunitarias.* Antes de exponer mi punto de vista, situaré la cuestión de los factores de cálculo actuarial en el contexto del Derecho comunitario. En cuanto a la *legislación comunitaria*, está la Directiva 86/378. Contrariamente a la Propuesta inicial de Directiva de la Comisión, que prohibía expresamente fijar el importe de las prestaciones o de los tipos de cotización tomando en cuenta «factores de cálculo actuarial diferentes en relación con los fenómenos de morbilidad, mortalidad o esperanza de vida»,<sup>52</sup> la Directiva contiene varias excepciones a la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de Seguridad Social de empresa y sectoriales, excepciones que se refieren a la utilización de factores de cálculo actuarial distintos según el sexo. En aras de la claridad

de la exposición, mencionaré dichas excepciones a continuación:

- la letra c) del artículo 9 prevé una excepción a la prohibición de establecer niveles diferentes en función del sexo para las *cotizaciones de los trabajadores* impuesta por la primera frase de la letra i) del apartado 1 del artículo 6, al disponer que los Estados miembros podrán aplazar la aplicación del principio de igualdad de trato «para tener en cuenta los factores de cálculos actuariales diferentes», a más tardar hasta la expiración de un plazo de trece años a partir de la notificación de la Directiva, es decir, hasta el 30 de julio de 1999;
- la letra h) del apartado 1 del artículo 6 permite establecer niveles diferentes según el sexo para las *prestaciones* en la medida necesaria para tener en cuenta factores de cálculo actuarial que sean diferentes para los dos sexos en el caso de prestaciones definidas como basadas en las cotizaciones;<sup>53</sup>
- según la segunda frase de la letra i) del apartado 1 del artículo 6, se podrán establecer niveles diferentes para las *cotizaciones de los empresarios* en el caso de prestaciones definidas como basadas en las cotizaciones<sup>54</sup> «si se tratare de aproximar los importes de dichas prestaciones»;
- según la letra d) del apartado 1 del artículo 6, podrán preverse normas diferentes

52 — Letras h) e i) del apartado 1 del artículo 6 de la Propuesta de la Comisión de 5 de mayo de 1983 (DO C 134, p. 7). Esta concepción de la Comisión fue apoyada por el Parlamento, entre otros: véase el informe del Sr. H. Peeters en nombre de la Comisión de asuntos sociales y de empleo de 12 de marzo de 1984, Parlamento Europeo, Documentos de sesiones, 1983-1984, doc. 1-1502/8 (PE 87/755/def.), p. 10.

53 — La expresión «definidas como basadas en las cotizaciones» remite a los llamados Planes de Aportación Definida; a este respecto, véase la nota 38 *supra*.

54 — Véase la nota precedente.

según el sexo, en la medida prevista en las letras h) e i), para el reembolso de las cotizaciones cuando el trabajador abandone el régimen sin haber cumplido las condiciones que le garanticen un derecho aplazado a las prestaciones a largo plazo;

- por último, la letra j) del apartado 1 del artículo 6 permite prever normas diferentes o normas aplicables solamente a los trabajadores de un sexo determinado, en la medida prevista en las letras h) e i), en lo que se refiera a la garantía o al mantenimiento del derecho a prestaciones aplazadas cuando el trabajador abandone el régimen.

Así pues, la legislación comunitaria contiene cinco restricciones importantes a la aplicación del principio de igualdad de trato, referidas a factores de cálculo actuarial, de las que cuatro no están limitadas en el tiempo.<sup>55</sup> Se refieren tanto a las aportaciones de trabajadores o de empresarios, como al pago de prestaciones o a la devolución de las aportaciones.

30. En cuanto a la relación entre los factores de cálculo actuarial y el principio de igualdad de trato, aún no existe *jurisprudencia* comu-

nitaria.<sup>56</sup> Una vez más, hay que tomar en consideración la sentencia Barber, en la que el Tribunal de Justicia, en aras de un control jurisdiccional eficaz del respeto del principio de igualdad de trato,<sup>57</sup> confirmó expresamente que

«el principio de igualdad de retribución debe garantizarse en cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores».<sup>58</sup>

Precisamente la Comisión invoca dicho pasaje para mantener que el principio de no discriminación formulado en el artículo 119 se extiende a todos los aspectos de un Plan de Pensiones de Empresa, incluidos los factores de cálculo actuarial.<sup>59</sup> Además, según la Comisión, no hay que tomar en consideración las citadas excepciones de la Directiva 86/378/CEE, dado que en las sentencias Bilka y Barber, el Tribunal de Justicia confirmó que por lo que se refiere al trabajador, el artículo 119 es directamente aplicable a los requisitos de un Plan de Pensiones de Empresa.

56 — En este caso, podemos no tomar en consideración la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal de Primera Instancia en asuntos de funcionarios, relativos a la consideración de derechos a pensión adquiridos en otra parte y, en particular del contravalor actuarial de dichos derechos, por miembros del personal de las Instituciones comunitarias: véanse, entre otras, las sentencias de 6 de octubre de 1983, Celant y otros/Comisión (asuntos acumulados 118/82 a 123/82, Rec. p. 2995); de 9 de noviembre de 1989, Bonazzi-Bertottilli y otros/Comisión (asuntos acumulados 75/88, 146/88 y 147/88, Rec. p. 3599), y de 14 de febrero de 1990, Schneemann y otros/Comisión (C-137/88, Rec. p. I-369).

57 — Véanse los apartados 33 y 34 de la sentencia Barber.

58 — Sentencia Barber, apartado 35 de los fundamentos y apartado 3 del fallo.

59 — En este caso, no me pronunciaré sobre la cuestión de si efectivamente hay que atribuir a dicho pasaje un alcance tan significativo. En efecto, el pasaje citado se refería a gratificaciones de distintas naturalezas que, según las circunstancias, se concedían a trabajadores masculinos o femeninos. Se pidió al Juez que apreciara globalmente todas estas gratificaciones, tarea difícil. En este caso, no se trata, sin embargo, de distintos elementos de la retribución, sino del método de cálculo actuarial de un solo elemento de la remuneración.

31. *Aplicabilidad del principio de prohibición de discriminación.* De este modo, nos encontramos directamente frente a la cuestión de la norma de Derecho comunitario aplicable a la problemática de que se trata en el caso de autos, bien el artículo 119 del Tratado bien la Directiva 86/378/CEE. La delimitación del ámbito de aplicación de la primera disposición y del de las Directivas del Consejo destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato siempre ha sido una operación delicada. Dicho brevemente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera que cuando un litigio puede resolverse mediante la interpretación del artículo 119, únicamente dicha disposición es relevante en Derecho comunitario.<sup>60</sup> En otras palabras, las Directivas de aplicación del principio de igualdad de trato sólo se aplican en la medida en que *completan* o *extiendan* el efecto del artículo 119;<sup>61</sup> no obstante, de ningún modo pueden modificar o limitar el contenido o el alcance de dicho artículo.<sup>62</sup> El hecho de que la Directiva 86/387/CEE establezca excepciones al principio de igualdad de trato (véase el punto 29 *supra*) en relación con la consideración de factores de cálculo actuarial diferentes según el sexo, no constituye, pues, un motivo para considerar que dichas excepciones también serían aplicables por analogía al principio de igualdad de trato establecido en el artículo 119. Las excepciones al alcance del artículo 119 deben desprenderse del propio artículo.

60 — En la sentencia *Macarthy* se contiene un ejemplo claro de dicho principio; aunque el Juez de remisión había planteado al Tribunal de Justicia cuestiones relativas al alcance de la Directiva 75/117/CEE, el Tribunal de Justicia consideró que el litigio podía resolverse en su totalidad interpretando el artículo 119; véase el apartado 17 de dicha sentencia.

61 — Así pues, hay que señalar que la Directiva 83/378/CEE tiene un ámbito de aplicación personal más amplio que el artículo 119 dado que, con arreglo a su artículo 3, también se aplica a los trabajadores independientes. El ámbito de aplicación material de la Directiva comprende, entre otros, todos los regímenes profesionales que aseguren una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo [letra a) del artículo 4].

62 — En cuanto a la Directiva 75/117/CEE, véase la sentencia *Jenkins*, citada en la nota 4, apartado 22; la sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Newstead* (192/85, Rec. p. 4753), apartado 20. El Tribunal de Justicia lo confirmó expresamente en la sentencia *Barber*, apartado 11.

32. En cuanto a este último extremo, es decir, el alcance que hay que atribuir a la prohibición de discriminación del artículo 119, a partir de la sentencia *Defrenne II* el Tribunal de Justicia se reitera en su jurisprudencia, igualmente confirmada en la sentencia *Barber*:

«[...] procede establecer una distinción dentro del campo de aplicación global del artículo 119, entre, por una parte, las discriminaciones directas y abiertas, que pueden observarse únicamente con el empleo de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución referidos en el citado artículo y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional».<sup>63</sup>

Por tanto, la aplicabilidad directa del artículo 119 sólo es válida para las formas de discriminación que *el órgano jurisdiccional nacional*<sup>64</sup> pueda ya apreciar como tales con ayuda de los criterios «de identidad de trabajo» y «de igualdad de retribución» señalados en dicho artículo.<sup>65</sup> En la sentencia *Defrenne II*, el Tribunal de Justicia precisó que ése es el caso de las discriminaciones

63 — Sentencia *Defrenne II*, apartado 18.

64 — La referencia a las discriminaciones susceptibles de ser comprobadas «judicialmente» aparece por primera vez en la sentencia *Macarthy*, apartado 10; véase igualmente la sentencia *Worringham*, apartado 23, y la sentencia *Jenkins*, apartado 17. En el apartado 38 de la sentencia *Barber* el Tribunal de Justicia habla de «el órgano jurisdiccional nacional».

65 — Sentencias *Macarthy*, apartado 10; *Worringham*, apartado 23; *Jenkins*, apartado 17, y *Barber*, apartado 37.

detectables por el Juez sobre la base de *análisis meramente jurídicos*, en aquel caso, las derivadas de disposiciones legislativas o de convenios colectivos<sup>66</sup> y de las discriminaciones en situaciones en las que el Juez está en condiciones de *apreciar todos los elementos fácticos* para decidir si existe discriminación en materia de retribución, en aquel caso ante retribuciones desiguales a trabajadores masculinos y a trabajadores femeninos por un mismo trabajo, realizado en una misma empresa o servicio (público o privado).<sup>67</sup>

Aunque, según el Tribunal de Justicia, la plena consecución de los objetivos económicos y sociales del artículo 119<sup>68</sup> exige además que se supriman todas las demás discriminaciones por razón de sexo, considera que hacen falta disposiciones legales más explícitas, de carácter comunitario o nacional:

«que no se puede ignorar, en efecto, que un desarrollo completo del objetivo a que apunta el artículo 119, a través de la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores femeninos y masculinos, directas o indirectas, en la perspectiva no sólo de las empresas individuales, sino también de sectores completos de la industria e incluso de la economía en general, en ciertos casos, puede suponer, la determinación de criterios cuya puesta en práctica requiere la adopción de

medidas comunitarias y nacionales adecuadas». <sup>69</sup>

33. La aplicación de dicha jurisprudencia a la problemática de los factores de cálculo actuarial implica las consecuencias siguientes. En ciertos casos, como en el asunto Moroni (véase el punto 7 *supra*), la desigualdad de trato por utilizar factores diferentes en el ámbito de las prestaciones (en este caso, en relación con un derecho a una pensión anticipada) deriva de un régimen *legal*. En otros casos, como en los asuntos Neath (véase el punto 8 *supra*) y Coloroll (véase el punto 9 *supra*), las diferencias basadas en factores de cálculo actuarial se dan en el marco de movilización de derechos o de prestaciones en dinero en razón de las condiciones *contractuales* de los Planes de Pensiones de Empresa de que se trata, y ello incluso en Planes de Pensiones cuyos partícipes son sólo del sexo masculino (asunto Coloroll, punto 9).

No obstante, en todos estos casos, el órgano jurisdiccional nacional tiene la posibilidad de detectar la existencia de una desigualdad de trato sobre la base de un análisis meramente jurídico: en efecto, los factores de cálculo actuarial figuran en una norma legal o resultan de las condiciones de un Plan de Pensiones de Empresa (tal como constan en la escritura de constitución de la institución fiduciaria, en los estatutos o en las condiciones generales) y está claro que se basan únicamente en la diferencia entre hombres y

66 — Sentencia Defrenne II, apartado 21.

67 — Sentencias Defrenne II, apartados 22 y 23; Macarthy, apartado 10; Worringham, apartado 23, y Jenkins, apartado 17.

68 — Acerca de esos objetivos, véase la sentencia Defrenne II, apartados 8 a 12.

69 — Sentencia Defrenne II, apartado 19. En sus conclusiones en el asunto Burton (Rec. 1982, p. 582), punto 2.6, refiriéndose a la sentencia Jenkins, el Abogado General Sr. VerLoren van Themaat mantuvo convincentemente que la cuestión del alcance del efecto directo del artículo 119 depende esencialmente de si la desigualdad de trato puede comprobarse sobre la base de un análisis meramente jurídico de las circunstancias del caso, y que no depende tanto de si existen discriminaciones directas o indirectas, manifiestas o encubiertas.

mujeres.<sup>70</sup> Además, el Juez puede detectar la discriminación en función de los criterios de la identidad de trabajo y de la igualdad de retribución recogidos en el artículo 119: cuando la prestación de pensión, la prestación en dinero o la movilización de los derechos que corresponde a un trabajador masculino (o femenino) es inferior a los que corresponde a un trabajador femenino (o masculino), con arreglo a la norma adoptada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe desigualdad de retribución de los trabajadores de un sexo en relación con los del otro sexo.<sup>71</sup> Por consiguiente, procede concluir que el hecho de tomar en consideración factores de cálculo actuarial diferentes según el sexo constituye, *al menos en la medida en que* den lugar a aportaciones o a prestaciones diferentes para los trabajadores masculinos y femeninos (véase el punto 34 *infra*), una desigualdad de trato por razón del sexo que *en principio* está prohibida por el artículo 119.<sup>72</sup>

34. *Motivos de justificación posibles.* No obstante, se plantea la cuestión de si puede alegarse que dicha desigualdad de trato responde a un motivo objetivo justificable con arreglo al Derecho comunitario. Se afirma que cabría encontrar dicho motivo de justificación en las diferencias objetivamente determinables de esperanza media de vida entre hombres y mujeres.

Antes de abordar este extremo, quisiera llamar la atención sobre la salvedad formulada

al final del punto precedente. Al igual que los Gobiernos británico y neerlandés, creo que la utilización de factores de cálculo actuarial vinculados al sexo a efectos de estimar los compromisos económicos de un Plan de Pensiones no está prohibida en sí por el artículo 119. En otras palabras, el artículo 119 no interfiere en el modo de financiación de un Plan de Pensiones de Empresa, en la medida en que éste no dé lugar a desigualdades de retribución de los trabajadores de un sexo en relación con los del otro. A diferencia del Gobierno británico —cuyo parecer en la materia también se aparta del Gobierno neerlandés— creo, no obstante, que si el uso de este tipo de factores de cálculo actuarial da lugar a diferencias en las aportaciones de los trabajadores y/o a diferencias en las prestaciones<sup>73</sup> —tanto en forma de movilización de derechos, como de prestaciones en metálico o de pensiones reducidas en el marco de una jubilación anticipada—, el artículo 119 se aplica íntegramente (véase el punto 33 *supra*).

35. Llegamos, pues, a la cuestión de si la distinta esperanza media de vida para hombres y mujeres puede justificar la utilización de factores de cálculo actuarial basados en el sexo a efectos de calcular las aportaciones de los trabajadores y las prestaciones que perciben de los Planes de Pensiones de Empresa. Es cierto que las mujeres, como grupo, viven de hecho más que los hombres. No obstante, también es cierto que, considerados individualmente, no todos los hombres y las

70 — Sobre este tema, véanse, en relación con la discriminación por razón de sexo relativa a las condiciones de acceso de que se trataba en la sentencia Barber, en particular, el requisito de edad establecido en el Plan de Pensiones de Guardian, mis conclusiones en dicho asunto, Rec. 1990, pp. I-1934 y I-1935, punto 47.

71 — Véase la sentencia Barber, apartado 38.

72 — Para ejemplos de otras discriminaciones, más indirectas, en los Planes de Pensiones de Empresa, véase Curtin, D.: *art. cit.*, C. M. L. Rev., 1987, p. 216.

73 — Si el Plan de Pensiones también está financiado por contribuciones de los empresarios y/o por contribuciones públicas, en mi opinión, para calcular dichas contribuciones, cabe tomar en consideración factores de cálculo actuarial vinculados al sexo en la medida en que las diferencias que ello implique no den lugar en absoluto a diferencias en las aportaciones de los trabajadores masculinos y femeninos y en la medida en que las prestaciones abonadas a los hombres y a las mujeres en razón de dichas aportaciones tampoco tengan carácter discriminatorio.

mujeres responden a las mismas características medias del grupo de su sexo: la vida de muchas mujeres es más corta que la vida media masculina y la vida de muchos hombres es más larga que la vida media femenina. La cuestión esencial que se plantea es, por tanto, si existe discriminación en el sentido del artículo 119 cuando no se toma en consideración a los trabajadores masculinos y femeninos como individuos, sino como *grupo* y de ello resulta una desigualdad de trato para los trabajadores masculinos o femeninos *individualmente considerados*.

En mi opinión, debe responderse afirmativamente a dicha cuestión: aunque —a diferencia de la disposición americana correspondiente, la Civil Rights Act 1964, explícitamente orientada a la igualdad de trato del *individuo*, con independencia del grupo de personas de un mismo sexo al que pertenezca—<sup>74</sup> el artículo 119 exige aplicar el principio de igualdad de trato en términos generales a «los trabajadores masculinos y femeninos», dicha regla también tiende a considerar al trabajador como *individuo* en lo referente a su derecho a una misma retribución por un mismo trabajo y no sólo como miembro de uno u otro de los grupos de personas del mismo sexo.<sup>75</sup> En efecto, como el Tribunal de Justicia confirmó en la sentencia Murphy, el artículo 119 se basa en el principio que prohíbe que los trabajadores de determinado sexo empleados en una tarea de igual valor que la de los trabajadores del sexo opuesto reciban una retribución menor

que la de los otros por razón de sexo.<sup>76</sup> Por consiguiente, el mero hecho de que, en general, las mujeres vivan por término medio más que los hombres no puede constituir una referencia suficiente para dispensar un trato diferente en el ámbito de las aportaciones y de las prestaciones en materia de pensiones de empresa.

36. También puedo expresar lo anterior de otro modo. Una desigualdad de trato entre hombres y mujeres puede estar justificada y, por consiguiente, no constituir una discriminación ilícita, cuando la diferencia de trato se basa en diferencias objetivas que son pertinentes, es decir, efectivamente relacionadas con el objeto del Plan que implica una desigualdad de trato. En este sentido, cabe pensar, por ejemplo, que factores que influyen directamente en la esperanza de vida de un individuo determinado, como los riesgos vinculados al ejercicio de una profesión determinada, los hábitos en relación con el tabaco, la alimentación y la bebida etc., deberían tomarse en consideración si fuera técnicamente posible a efectos de justificar diferencias individuales en materia de aportaciones y/o de prestaciones. No obstante, no es éste el caso de las diferencias de esperanza media de vida entre hombres y mujeres. Dichas diferencias no están vinculadas a la esperanza de vida de un individuo determinado y, por tanto, no son pertinentes para calcular las aportaciones y/o las prestaciones que corresponden a dicho individuo.

37. El hecho de que, como observa el Gobierno danés, de lo anterior se desprenda

74 — La Civil Rights Act prohíbe, entre otras cosas, «to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's [...] sex» (discriminar a un individuo en relación con su retribución, condiciones, situación o ventajas vinculadas al trabajo, en razón de su sexo): 42 USC § 2000e(a)(1).

75 — Véase, en este sentido, Curtin, D.: «Scalping the Community legislator: occupational pensions and 'Barber'», *C. M. L. Rev.*, 1990, (475), p. 495.

76 — Sentencia de 4 de febrero de 1988 (157/86, Rec. p. 673), apartado 9; véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en dicho asunto, Rec. p. 684, punto 12.

que es necesaria una redistribución entre ambos sexos, de modo que un sexo «subvencione» de hecho las prestaciones de jubilación abonadas al otro, no constituye, en mi opinión, una objeción convincente. Con el fin de enervar dicha objeción me referiré a la sentencia *City of Los Angeles, Department of Water and Power v Manhart* del Tribunal Supremo americano, en el que éste rechaza un argumento análogo del modo siguiente:

«[...] when insurance risks are grouped, the better risks always subsidize the poorer risks. Healthy persons subsidize medical benefits for the less healthy; unmarried workers subsidize the pensions of married workers; persons who eat, drink, or smoke to excess may subsidize pension benefits for persons whose habits are more temperate. Treating different classes of risks as though they were the same for purposes of group insurance is a common practice which has never been considered inherently unfair. To insure the flabby and the fit as though they were equivalent risks may be more common than treating men and women alike; but nothing more than habit makes one "subsidy" seem less fair than the other.»<sup>77</sup>

El Gobierno danés también teme que los trabajadores que se den cuenta de que sus aportaciones benefician en parte a trabajadores del sexo opuesto no quieran afiliarse a dichos

planes; ese temor tampoco me parece fundado, al menos en la medida en que se admita que la prohibición del artículo 119 se extiende a *todos* los Planes de Pensiones de Empresa, con independencia de la forma jurídica que adopten (véanse los puntos 62 y 63 *infra*).

38. Para justificar la utilización de factores de cálculo actuarial distintos según el sexo a efectos de determinar las aportaciones de los trabajadores o las prestaciones de pensión, algunas de las partes invocan la necesidad de mantener *el equilibrio financiero* de los Planes de Pensiones de Empresa. Es sobre todo el Gobierno británico quien intenta convencer al Tribunal de Justicia de dicha necesidad. Su argumentación es la siguiente: el hecho de que las mujeres vivan por término medio más que los hombres constituye un elemento esencial de la estimación del pasivo financiero de dicho plan, dado que se supone que las mujeres percibirán su pensión durante un período más largo que sus compañeros masculinos. Ello implica necesariamente, para un plan, costes desiguales según se trate de hombres o de mujeres, lo que acarrea inevitablemente consecuencias en relación con el nivel de las aportaciones. Además, el hecho de imponer un método neutro respecto del sexo a efectos de calcular la financiación requerida para el plan se opondría a la realidad y afectaría a la capacidad de los actuarios para elaborar un dictamen fiable respecto de los compromisos de un Plan de Pensiones, así como del nivel apropiado de las futuras aportaciones.

39. Aunque no se puede excluir *a priori*, habida cuenta de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, que la necesidad del equilibrio financiero pueda, en ciertos casos,

77 — 435 US 677, en particular, p. 710; 55 L Ed 2d 657, p. 666.

justificar un trato discriminatorio,<sup>78</sup> dichos argumentos no me convencen. Difícilmente puedo admitir que sea necesario, desde un punto de vista técnico, tomar en consideración factores actuariales distintos según el sexo (en particular, la distinta esperanza de vida para hombres y mujeres) a efectos de determinar las aportaciones y las prestaciones correspondientes, ya que ningún régimen público de pensiones efectúa dicha distinción<sup>79</sup> y que ciertos Planes de Pensiones de Empresa, en particular, en los países en que está prohibido establecer tal distinción, tampoco lo hacen.<sup>80</sup> Está claro que es importante forjarse una idea exacta de la esperanza de vida de los partícipes de un Plan de Pensiones a efectos de estimar los compromisos presentes y futuros. No obstante, esta observación sólo afecta a los métodos internos de gestión actuarial que los actuarios utilizan con el objeto de verificar los medios que son

necesarios para mantener el equilibrio financiero entre aportaciones y prestaciones, teniendo en cuenta la duración de la vida de los beneficiarios de las pensiones. Nada impide que los actuarios tengan en cuenta factores actuariales distintos según el sexo a efectos de definir dicho equilibrio (véase el punto 34 *supra*). No obstante, lo que el artículo 119 exige es que la determinación del importe de las aportaciones y de las prestaciones que se exigen o se abonan a los trabajadores beneficiarios de las pensiones —que constituyen relaciones externas del plan con sus partícipes— se efectúe, para los hombres y para las mujeres, con arreglo a los mismos criterios.

Si bien estimo, por consiguiente, que la necesidad de mantener el equilibrio financiero de los Planes de Pensiones de Empresa no constituye un motivo que justifique el trato discriminatorio para hombres y mujeres en materia de aportaciones y de prestaciones, creo, no obstante, que dicha necesidad constituye una razón que justifica la concepción amplia de la limitación en el tiempo de la interpretación propuesta, que examinaré a continuación y que creo acertada. En los apartados siguientes trataré dicha cuestión.

78 — Véase, en particular, la sentencia Equal Opportunities, sobre la interpretación de una excepción al principio de igualdad de trato de los hombres y de las mujeres previsto en la letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/77/CEE: sentencia de 7 de julio de 1992 (C-9/91, Rec. p. I-4297), en particular, apartados 15 a 18. Dicha jurisprudencia ha sido confirmada y precisada recientemente por el Tribunal de Justicia: véase la sentencia de 30 de marzo de 1993, Thomas (C-328/91, Rec. p. I-1247), en particular, apartados 9 a 12. Igualmente, en la reciente sentencia Poucet, consagrada esencialmente a la cuestión de si un organismo encargado de la gestión de un régimen particular de Seguridad Social debe considerarse una empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, el Tribunal de Justicia insistió en la necesidad del equilibrio financiero de dicho plan: sentencia de 17 de febrero de 1993 (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), en particular, apartado 13. También puede mencionarse la sentencia Celant, que trataba de la consideración de períodos de seguro cubiertos al amparo de un régimen nacional de pensiones en el marco de un régimen de pensiones comunitario, el Tribunal de Justicia también subrayó la necesidad de una gestión económica sana de dicho régimen: sentencia Celant, citada en la nota 56, apartado 27.

79 — Véase Laurent, A.: *ibidem*, p. 760.

80 — Me refiero, en particular, a Estados Unidos, donde está establecido que el uso de factores actuariales distintos según el sexo a efectos de calcular las aportaciones de los Planes de Pensiones es contrario a la Civil Rights Act 1964 desde la sentencia del Tribunal Supremo americano en el asunto Los Angeles Department of Water and Power v Manhart, 435 U. S. 702, 55 L. Ed. 2d 657, 98 S. Ct. 1370 (1978). En 1983, el Tribunal Supremo consideró que el uso de tales factores para las prestaciones en el marco de sistemas similares también estaba afectado por el principio de no discriminación: Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v Norris, 463 U. S. 1073, 77 L. Ed. 2d 1236, 103 S. Ct. 3492 (1983); véase igualmente Florida v Long, 487 U. S. 223, 101 L. Ed. 2d 206, 108 S. Ct. 2354 (1988).

40. *Limitación de los efectos en el tiempo de la interpretación aquí propuesta.* En caso de que el Tribunal de Justicia aceptara la opinión aquí expresada, habría que limitar los efectos de dicha interpretación en el tiempo e indicar de una manera lo más precisa posible las modalidades de dicha limitación.

De hecho, esto es lo que la High Court plantea en la letra c) de su cuarta cuestión en el

asunto Coloroll, en la que la High Court pregunta en qué medida (y, en particular, respecto de qué períodos) puede exigirse a los fiduciarios de un Plan de Pensiones que revisen y calculen de nuevo los elementos determinados sobre una base actuarial en relación con hechos anteriores al 17 de mayo de 1990.

Prácticamente todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia se han pronunciado acerca de los efectos en el tiempo de una decisión en la que, hipotéticamente, el Tribunal de Justicia declarara que el artículo 119 es aplicable a la utilización de factores de cálculo actuarial distintos según el sexo. Sus posturas pueden resumirse del modo siguiente.

41. Los Gobiernos alemán y británico mantienen que hay que aplicar a los efectos en el tiempo los mismos principios que en la propia sentencia Barber. El Gobierno británico deduce de ello que las prestaciones sólo deben revisarse o calcularse de nuevo en la medida en que correspondan a períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990.

El Gobierno neerlandés no propone ninguna fecha, pero mantiene que las diferencias actualmente aplicables en materia de prestaciones periódicas vitalicias en caso de jubilación anticipada o en materia de conversión en un solo importe en metálico de una parte de la pensión deberían seguir existiendo, en la medida en que se hayan consolidado durante períodos de actividad anteriores a una fecha que el Tribunal de Justicia debe precisar o, al menos, al 17 de mayo de 1990.

El punto de vista adoptado por la Comisión es menos claro. En el asunto Neath, par-

tiendo manifiestamente de que la sentencia Barber no contemplaba el problema de los factores actuariales, sugirió que si el Tribunal de Justicia aceptara la interpretación anteriormente propuesta, debería limitar los efectos en el tiempo de su decisión en el asunto objeto de examen. Por el contrario, en las observaciones en el asunto Coloroll, la Comisión estima que el razonamiento seguido en la sentencia Barber en cuanto a los efectos en el tiempo de dicha sentencia, también debe aplicarse a las acciones que impugnen una discriminación aparentemente permitida sobre la base de la Directiva 86/378/CEE. Si el Tribunal de Justicia adoptara otra postura, la Comisión sugiere que inste a las partes a que presenten observaciones proponiendo la limitación en el tiempo de su decisión que consideren más apropiada.

42. Al igual que las partes antes mencionadas, creo que, como he precisado anteriormente (apartados 17 a 20), deben aplicarse los *principios* indicados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Barber en cuanto a los efectos en el tiempo. Ello significa que creo necesario, limitar los efectos en el tiempo de la interpretación aquí propuesta también en cuanto a la problemática de los factores de cálculo actuarial, habida cuenta de los motivos imperativos de seguridad jurídica y dada la buena fe de los operadores económicos y de los Estados miembros. En efecto, tanto los operadores económicos como los Estados miembros podían confiar en la procedencia en Derecho comunitario de las diferencias en materia de cálculo actuarial establecidos por los Planes de Pensiones de Empresa, habida cuenta en particular de las significativas excepciones que preveía al respecto la Directiva 86/378/CEE (véase el punto 29 *supra*) en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de trato que recoge dicha Directiva. Confianza en ello, los administradores de los

Planes de Pensiones fijaron las aportaciones exigidas a los trabajadores masculinos y femeninos y las prestaciones que se les abonaban en relación con períodos pasados, tomando en cuenta dichas diferencias actuariales. Cambiar esta situación por lo que respecta al pasado podría hacer peligrar gravemente el equilibrio financiero de los sistemas.

Más concretamente, en cuanto a la *fecha* de la limitación en el tiempo que debe determinarse, contrariamente al Gobierno británico y, al parecer, contrariamente a las observaciones de la Comisión en el asunto Coloroll, creo que el Tribunal de Justicia no puede tomar la sentencia Barber como punto de referencia, sino la fecha de la *sentencia que dicte en los presentes asuntos*. En efecto, la decisión adoptada en la sentencia Barber se refería a otro problema, es decir, a si el artículo 119 permitía que hubiera una edad diferente según el sexo para tener derecho a una pensión de empresa. Únicamente en los presentes asuntos y, en particular, en los asuntos Neath y Coloroll se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la problemática relativa a los factores de cálculo actuarial utilizados en el marco de dichas pensiones.

43. Ello me lleva a la conclusión siguiente. Dadas las excepciones establecidas por la Directiva 86/378/CEE, los interesados podían razonablemente suponer que el uso de factores actuariales distintos según el sexo a efectos de fijar las aportaciones exigidas a los trabajadores y las prestaciones que se les abonaban, podía estar autorizado con arreglo al artículo 119. Con el fin de evitar que los Planes de Pensiones constituidos en el pasado sobre la base de tales factores, puedan

cuestionarse, con todas las considerables repercusiones económicas que ello puede implicar, procede que el Tribunal de Justicia limite los efectos de su interpretación a los derechos a pensión correspondientes a períodos de actividad *posteriores a la fecha de su sentencia* en los asuntos Neath y Coloroll objeto de examen. La única excepción que creo deseable en la materia se refiere a la situación de las personas —trabajadores o sus derechohabientes— que, antes de la fecha de sentencia del Tribunal de Justicia hayan iniciado una acción judicial o formulado una reclamación equivalente con arreglo al Derecho nacional aplicable.

¿Está incluido el pago de una pensión de viudo en el artículo 119 del Tratado?

44. En el asunto Ten Oever, el kantonrechter te Utrecht solicita al Tribunal de Justicia que dilucide si las prestaciones extralegales abonadas a parientes supérstites —en este caso, el pago de una pensión de viudo— deben considerarse una retribución o una gratificación en el sentido del artículo 119.

El Sr. Ten Oever, el Gobierno británico y la Comisión estiman que hay que responder a dicha cuestión afirmativamente. La Stichting y los Gobiernos alemán y neerlandés abogan, por el contrario, por una respuesta negativa.

45. Antes de pronunciarme, debo describir las características precisas de la pensión de viudo de que se trata. Según el reglamento sobre pensiones de la Stichting, se trata de una pensión que se abona al hombre con quien el partícipe de sexo femenino o el antiguo partícipe de sexo femenino estaba casado

en el momento de su fallecimiento, si la mujer de que se trata hubiese contraído matrimonio antes de cumplir 65 años.<sup>81</sup>

Además, se desprende de las observaciones del Gobierno neerlandés y de la Stichting que en dicho caso se trata de un Plan de Pensiones de un fondo de jubilación sectorial que se hizo obligatorio en los Países Bajos para el conjunto del sector profesional del lavado de cristales y de la limpieza, con arreglo a la *Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds* (Ley neerlandesa sobre la afiliación obligatoria a un Fondo de Pensiones de Empresa).<sup>82</sup> Para que la participación en un Fondo de Pensiones sea obligatoria —lo que se hizo mediante Orden Ministerial— la citada Ley exige que las organizaciones que se consideran representativas de empresarios y de trabajadores de un sector profesional que haya constituido un Fondo de Pensiones lo soliciten específicamente.<sup>83</sup> El Gobierno neerlandés precisa que el contenido del Plan de Pensiones se determina mediante las negociaciones colectivas entre las organizaciones de trabajadores y las de empresarios; el plan se financia generalmente mediante una aportación media pagada, como también ocurre en el caso de autos (véase el punto 6 *supra*), tanto por los empresarios como por los trabajadores. Por último, las modificaciones de la decisión mediante la que se declara obligatorio el régimen, de los estatutos y del reglamento del Fondo de Pensiones de Empresa, requieren la aprobación previa del Ministro competente.

46. ¿Constituye dicha pensión de viudo una forma de retribución con arreglo al artículo 119 del Tratado? Según el Gobierno neerlandés, es dudoso o, al menos, no es evidente: por una parte la sentencia Barber —que, de todos modos, no trataba de prestaciones en favor de sobrevivientes— parece indicar que los Planes de Pensiones de Empresa están efectivamente comprendidos en el artículo 119; por otra parte, las prestaciones en favor de parientes supervivientes ocupan un lugar específico en el Derecho comunitario derivado. El Gobierno neerlandés remite al respecto al apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 79/7/CEE, que expresamente excluye las prestaciones de los supervivientes de la igualdad de trato en el régimen legal de Seguridad Social, y también a la letra b) del artículo 9 de la Directiva 86/378/CEE, que permite a los Estados miembros aplazar la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a «las pensiones de sobrevivientes hasta que una Directiva imponga el principio de igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social al respecto». Según el Gobierno neerlandés, esta situación particular de las prestaciones en favor del cónyuge superviviente también se vio confirmada por la Propuesta de Directiva por la que se completa la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales y profesionales de Seguridad Social, que la Comisión presentó al Consejo el 27 de octubre de 1987.<sup>84</sup> El artículo 4 de dicha Propuesta aplica el principio de igualdad de trato en lo relativo a las prestaciones en favor del cónyuge superviviente.<sup>85</sup>

81 — Según la letra c) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento sobre pensiones de la Stichting, vigente a partir del 1 de enero de 1989.

82 — Ley de 17 de marzo de 1949, *Staatsblad* J 121.

83 — Apartado 1 del artículo 3 de la Ley sobre la afiliación obligatoria a un Fondo de Pensiones de Empresa.

84 — DO 1987, C 309, p. 10. El quinto considerando de dicha Propuesta remite expresamente a la letra b) del artículo 9 de la Directiva 86/378/CEE.

85 — Hay que observar que el artículo 4 forma parte del Título I de la Propuesta de Directiva, «Prestaciones en favor de los supervivientes» y, en dicho Título, está acompañado por las disposiciones que tienen por objeto aplicar el principio de igualdad de trato en el ámbito de las prestaciones de orfandad (artículo 5) y de las prestaciones en favor de otros sobrevivientes (artículo 6).

Por último, el Gobierno neerlandés encuentra una confirmación de la situación específica en Derecho comunitario de las prestaciones en favor del cónyuge superviviente en la sentencia *Newstead* del Tribunal de Justicia. Según la *Stichting*, en esta última sentencia el Tribunal de Justicia parte del principio de que una pensión de viuda no constituye un elemento de la retribución con arreglo al artículo 119.

47. Examinaré en primer lugar el argumento que las partes antes citadas consideran que se desprende de la sentencia *Newstead*. Dicho asunto se refería a la compatibilidad con el Derecho comunitario de un Plan de Pensiones de Empresa británico (de nuevo, del tipo convencionalmente excluido) que obligaba únicamente a los funcionarios masculinos a pagar el 1,5 % de su sueldo bruto a un Fondo de Pensiones para viudas. Aunque el sueldo bruto de los funcionarios masculinos y femeninos era el mismo, las aportaciones controvertidas suponían un sueldo neto inferior para los hombres. No obstante, a los funcionarios solteros, como el Sr. *Newstead*, se les devolvían sus aportaciones con el interés compuesto, en caso de cese en sus funciones o de fallecimiento.

El Tribunal de Justicia estimó que el artículo 119, en relación con la Directiva 75/117/CEE, no se oponía a dicho Plan.<sup>86</sup> El Tribunal de Justicia añadió que la controvertida disparidad del sueldo neto resultaba, por el contrario, de la exacción de una aportación a un Plan de Pensiones de Empresa de jubilación. Dado que dicho plan sustituye a un régimen legal, el Tribunal de Justicia concluyó que dicha aportación debía «igual que toda cotización a un régimen legal de Seguridad Social, ser considerada como incluida en el ámbito de aplicación del artículo 118 del Tratado y no en el del artículo 119».<sup>87</sup>

En segundo lugar, acerca de la compatibilidad del régimen con la Directiva 76/207/CEE del Consejo,<sup>88</sup> el Tribunal de Justicia declaró, refiriéndose al apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 79/7/CEE y letra b) del artículo 9 de la Directiva 86/378/CEE, mencionados anteriormente (en el punto 46), que ninguna de las Directivas adoptadas por el Consejo con objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social se aplica a las pensiones en favor del superviviente.<sup>89</sup> El Tribunal de Justicia concluyó que tampoco había infracción de la Directiva 76/207/CEE: según el Tribunal de Justicia, el caso contemplado por el órgano jurisdiccional nacional estaba comprendido en la excepción a la aplicación del principio de igualdad de trato establecido en el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE.<sup>90</sup>

48. No deben extraerse consecuencias extremas de dicha sentencia. En efecto, el Tribunal de Justicia se enfrentaba sobre todo a la cuestión de si la diferencia de sueldo neto entre hombres y mujeres, a causa de la participación obligatoria de los primeros en un Fondo de Pensiones para viudas constituía una discriminación contraria al artículo 119; la cuestión de si una pensión de viuda debe considerarse en sí misma como una retribución con arreglo a dicha disposición no se suscitaba como tal. No obstante, considero determinante que en la sentencia *Barber* el Tribunal de Justicia se apartara explícitamente del punto de vista que mantuvo en la sentencia

88 — Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

89 — Sentencia *Newstead*, apartados 25 a 27.

90 — Sentencia *Newstead*, apartado 28. Con el objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, el apartado 2 del artículo 1 de dicha Directiva se remite a las disposiciones que el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, y que precisarán específicamente su contenido, alcance y modalidades de aplicación.

86 — Sentencia *Newstead*, citada en la nota 62, apartado 21.

87 — Apartado 15 de la sentencia *Newstead*.

Newstead, según el cual el Plan de Pensiones complementarias en cuestión no estaba comprendido en el artículo 119, sino en el artículo 118. En efecto, en la sentencia Barber, el Tribunal de Justicia consideró que «las pensiones pagadas por un Plan de Pensiones de Empresa convencionalmente excluido del régimen general están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado». <sup>91</sup>

49. En la sentencia Barber, el Tribunal de Justicia llegó a dicha conclusión basándose en un análisis del Plan de Pensiones de Empresa convencionalmente excluido controvertido en dicho asunto, que sigue los criterios de las sentencias Defrenne I y Bilka (véase el punto 3 *supra*) y que yo aplicaré a continuación también a la pensión de viudo de que se trata en el asunto Ten Oever. No obstante, procede observar en primer lugar lo siguiente: de la propia naturaleza de una pensión de viudo como la debatida en el caso de autos se desprende que dicha pensión no se concede al trabajador, sino a su cónyuge superviviente. No obstante, a pesar de los términos de la definición de «retribución» con arreglo al artículo 119 elaborada por el Tribunal de Justicia (véase el punto 3 *supra*), a saber, las gratificaciones pagadas «por el empresario *al trabajador* en razón de la relación de trabajo», dicha circunstancia no me parece una objeción convincente en contra de la aplicabilidad del artículo 119 a dicha pensión de viudo. Por el contrario, es esencial que, según el reglamento sobre pensiones de la Stichting, la *participación* en el Fondo da derecho a la pensión de viudo: <sup>92</sup> en otras palabras, como acertadamente observa el Gobierno británico, dicha pensión se adquiere en virtud de la relación laboral entre el trabajador y el empresario y por

tanto, se abona al cónyuge superviviente *en razón de la relación de trabajo* de su fallecida esposa, es decir, según los términos del reglamento de pensiones, el «partícipe femenino o el antiguo partícipe femenino».

50. Queda la cuestión de si un Plan de Pensiones como el que aquí se examina tiene más bien, como mantienen el Gobierno neerlandés y la Stichting, las características de una pensión de vejez, como era el caso en la sentencia Defrenne I y, si por este motivo, está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 119. Si aplicamos a la pensión de viudo de que se trata en el asunto Ten Oever los criterios seguidos en las sentencias Defrenne I, Bilka y Barber (véase el punto 3 *supra*), habrá que responder negativamente a dicha cuestión. En efecto, en primer lugar, está claro que, aunque la ley lo haya declarado obligatorio, dicho Plan de Pensiones es el resultado de una *concertación colectiva* en el seno del sector profesional de que se trata y no fue establecido como tal directamente por la ley. Los poderes públicos se limitan a declarar dicho plan obligatorio para el conjunto de un sector profesional, a petición de las organizaciones patronales y sindicales consideradas representativas que fijaron inicialmente el contenido del Plan de Pensiones mediante negociaciones colectivas. El plan resulta por tanto «de una concertación entre interlocutores sociales». <sup>93</sup>

Además, no se discute que el Plan de Pensiones de que se trata está financiado exclusivamente por los empresarios y los trabajadores *sin ninguna participación de los poderes públicos*. <sup>94</sup>

91 — Sentencia Barber, apartado 30 de los fundamentos y apartado 2 del fallo.

92 — Primera frase del apartado 1 del artículo 2 del reglamento sobre pensiones en la versión aplicable a partir del 1 de enero de 1989.

93 — Sentencia Barber, apartado 25.

94 — La misma situación se presentó en la sentencia Barber: véase el apartado 25 de dicha sentencia.

Por último, dicho plan no es aplicable obligatoriamente a categorías generales de trabajadores, sino sólo a los *trabajadores empleados en determinadas empresas*, a saber, los trabajadores del sector del lavado de cristales y de la limpieza. Según la sentencia Barber, hay que admitir por tanto que la afiliación a dicho plan resulta necesariamente de la relación de trabajo con un determinado empresario y que el plan en cuestión, aunque los poderes públicos lo hayan reconocido y declarado obligatorio, se rige por sus propias normas.<sup>95</sup>

51. De todo ello se desprende que una pensión de viudo, como la del asunto Ten Oever, está comprendida el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. Aunque creo que, estrictamente hablando, podía haberse llegado a esta conclusión sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia incluso antes de la sentencia Barber, y en particular, a partir de la sentencia Bilka, creo, al igual que los Gobiernos neerlandés, británico y alemán, que también es necesaria al respecto una limitación en el tiempo de la decisión del Tribunal de Justicia. En efecto, una vez más, habida cuenta de la excepción prevista en la letra b) del artículo 9 de la Directiva 86/378/CEE (véase el punto 46 *supra*), los Estados miembros y los interesados podían estimar que, con arreglo al Derecho comunitario, aún eran lícitas las discriminaciones en los Planes de Pensiones de Empresa relativas a la concesión de pensiones de viudo.

Por tanto, creo que una vez más el Tribunal de Justicia debe limitar en el tiempo su decisión relativa a la aplicabilidad del artículo 119 a las pensiones de viudo, y ello, de

conformidad con los principios que he indicado anteriormente en relación con los efectos en el tiempo de la sentencia Barber.<sup>96</sup> En cuanto a la fecha de referencia, no creo que la fecha de la sentencia Barber sea la apropiada, sino que debería serlo la de la sentencia que recaiga en el asunto Ten Oever, dado que solamente en él se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre dicha problemática.

Concretamente, el punto de vista que aquí propongo significa, a diferencia del punto de vista mantenido en particular por el Gobierno británico, que el Sr. Ten Oever tiene derecho a la pensión de viudo que reclama, dado que en su condición de derechohabiente, tomó la iniciativa de garantizar sus derechos en tiempo apropiado, en particular, mediante un recurso interpuesto el 8 de octubre de 1990 ante el kantonrechter te Utrecht.

**Posibilidad de que el cónyuge del trabajador fallecido invoque el artículo 119**

52. El asunto Coloroll (en la primera cuestión) y en parte también el asunto Ten Oever suscitan la cuestión de si, además del propio trabajador, las personas que dependan de él, en este caso, su viuda o su viudo, pueden invocar el efecto directo del artículo 119 del Tratado CEE en relación con derechos y prestaciones derivados de un Plan de Pensiones.

96 — Además, la Comisión plantea una orientación similar en la Propuesta de Directiva, de 27 de octubre de 1987, anteriormente mencionada, cuyo artículo 13 dispone en el apartado 2 que, en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de trato a las prestaciones en favor del cónyuge superviviente, no podrá invocarse la Directiva respecto a las solicitudes presentadas antes de su fecha de aplicación.

95 — Sentencia Barber, apartado 26.

Cinco de las partes demandadas en el procedimiento principal del asunto Coloroll (Sres. Russell, Parker, Sharp, Sras. Fuller y Broughton), los Gobiernos británico e irlandés y la Comisión responden afirmativamente a dicha cuestión. Por el contrario, el Gobierno neerlandés mantiene que el artículo 119 se refiere exclusivamente a la relación entre empresario y trabajador. Dado que los supervivientes de este último son ajenos a dicha relación, no pueden invocar por sí mismos dicha disposición. No obstante, el Gobierno neerlandés añade inmediatamente que la importancia práctica de dicho aspecto del ámbito de aplicación personal del artículo 119 no es muy grande, en la medida en que, normalmente, los supervivientes tienen la posibilidad de alegar el artículo 119 en calidad de herederos ya que, al menos en Derecho de sucesiones nacional, pueden ser causahabientes en lo que se refiere a los posibles derechos del trabajador fallecido frente a su antiguo empresario.

53. No comparto este último punto de vista. Ya he concluido anteriormente (en el punto 51) que una pensión de viudo como la que se debate en el asunto Ten Oever está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CEE. En cuanto a dicho Plan de Pensiones, al igual que otras pensiones de empresa, la cuestión relativa a la posibilidad de que el cónyuge supérstite del trabajador alegue el artículo 119 sólo se plantea concretamente, en la mayoría de los casos, cuando fallece el propio trabajador y el cónyuge supérstite reclama las prestaciones al Plan de Pensiones al que el trabajador estaba afiliado. Si dicho cónyuge no tuviera derecho a alegar el artículo 119 en tal situación, se privaría de efecto útil al principio de igualdad de retribución.

Además, el Tribunal de Justicia ya ha admitido dicha actitud en el marco de la aplicación de la Directiva 79/7/CEE, en particular, en la sentencia Verholen. En dicho asunto se suscitaba la cuestión de si el *cónyuge* de una trabajadora comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva antes citada (pero que no es parte en el procedimiento) puede alegar lo dispuesto en dicha Directiva cuando padece los efectos de una disposición nacional discriminatoria. El Tribunal de Justicia reconoció expresamente que

«el derecho a invocar las disposiciones de la Directiva 79/7/CEE no es exclusivo de los justiciables comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva, por cuanto no puede excluirse que otras personas puedan tener un interés directo en que se respete el principio de no discriminación en nombre de las personas protegidas». <sup>97</sup>

Aunque el Tribunal de Justicia reconoce que incumbe al Derecho nacional determinar la condición y la legitimación de un justiciable para ejercitar una acción judicial, recordó su reiterada jurisprudencia, según la cual el Derecho comunitario exige que la normativa nacional no atente contra el derecho a una protección jurisdiccional efectiva y la aplicación de la normativa nacional no debe conducir a impedir en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. <sup>98</sup> Concretamente, el Tribunal de Justicia respondió a la cuestión planteada que el justiciable que sufre los efectos de una disposición nacional de carácter discriminatorio sólo puede invocar la Directiva 79/7/CEE en el supuesto de que su esposa, víctima de la discriminación, esté

97 — Sentencia de 11 de julio de 1991 (asuntos acumulados C-87/90, C-88/90 y C-89/90, Rec. p. I-3757), apartado 23.

98 — Sentencia Verholen, apartado 24.

comprendida por sí misma dentro del ámbito de aplicación de aquélla.<sup>99</sup>

54. Por tanto, el cónyuge superviviente también puede invocar el efecto directo del artículo 119 en relación con los derechos a prestaciones cuya titularidad ostentaba el trabajador fallecido con arreglo a un Plan de Pensiones de Empresa, aunque, por supuesto, también se aplican en la materia las limitaciones en el tiempo que he expuesto en relación con la sentencia Barber y la problemática de los factores de cálculo actuarial.

#### Posibilidad de invocar el artículo 119 frente a los fiduciarios de un Plan de Pensiones de Empresa

55. La cuestión que se plantea el Tribunal de Justicia en el asunto Coloroll (primera cuestión) es distinta; consiste en determinar si, en relación con derechos a prestaciones en materia de pensión, el trabajador o sus derechohabientes también pueden invocar el efecto directo del artículo 119 *frente* a una persona que no sea el empresario, en este caso, los fiduciarios de un Plan de Pensiones Empresa. Examinaré en primer lugar la cuestión de principio en sí, relativa a la posibilidad de invocar en dichas circunstancias el efecto directo de la mencionada disposición, antes de estudiar los demás problemas planteados por las cuestiones de la High Court.

La mayoría de las partes demandadas en el procedimiento principal en el asunto Coloroll —salvo la Sra. Broughton y Coloroll Group—, el Gobierno británico y la Comisión estiman que el artículo 119 también puede alegarse frente a los fiduciarios de un

Plan de Pensiones de Empresa. No puedo sino adherirme a sus argumentos: el interés práctico y el efecto útil del artículo 119 se verían considerablemente restringidos y la protección jurídica necesaria a efectos de dicho artículo se vería seriamente obstaculizada si un trabajador o sus derechohabientes sólo pudieran alegarla frente al *empresario*. Ello es particularmente cierto para países como el Reino Unido, en los que es práctica habitual el recurso a fiduciarios en los Planes de Pensiones de Empresa.

56. Además, este punto de vista se ve apoyado tanto por el tenor del artículo 119 como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En cuanto al *tenor* del artículo 119, la Comisión observa precedentemente que deben entenderse por «retribución» todas las gratificaciones satisfechas *directa o indirectamente* por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. A la luz, en particular, de dicha formulación, el Tribunal de Justicia consideró en la sentencia Barber que el hecho de que las pensiones de empresa convencionalmente excluidas no sean satisfechas al trabajador por el propio empresario, sino por los fiduciarios de un Plan de Pensiones era irrelevante a efectos de aplicar el artículo 119:

«Esta interpretación del artículo 119 no se ve desvirtuada por el hecho de que el Plan de Pensiones de Empresa de que se trata esté constituido en forma de institución fiduciaria y gestionado por fiduciarios formalmente independientes del empresario, dado que el artículo 119 se refiere también a las gratificaciones satisfechas indirectamente por el empresario.»<sup>100</sup>

<sup>99</sup> — Sentencia Verholen, apartado 26 de los fundamentos y apartado 3 del fallo.

<sup>100</sup> — Sentencia Barber, apartado 29.

Además, en *jurisprudencia* reiterada a partir de la sentencia Defrenne II, el Tribunal de Justicia ha confirmado el carácter imperativo y aplicable *erga omnes* de la prohibición de discriminación del artículo 119:

«En cuanto a esta última disposición, hay que recordar que, al tener un carácter imperativo la prohibición de discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos, no se impone sólo a la actuación de las autoridades públicas, sino que también afecta a la totalidad de los convenios que regulen, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos celebrados entre particulares.»<sup>101</sup>

Se desprende de dicha jurisprudencia que el Tribunal de Justicia no limita el efecto directo del artículo 119 a situaciones verticales (autoridades públicas-particular) y a las cláusulas pactadas colectiva o individualmente entre el empresario y el trabajador, sino que se extiende a *todos los contratos entre particulares*. Innegablemente, éstos incluyen los acuerdos celebrados contractualmente entre un empresario con personas, administradores incluidos, con independencia del modo en que éstos se designen para gestionar los derechos a pensión que se derivan para un trabajador de su relación de trabajo con dicho empresario.

57. En mi opinión, no procede alegar, como hace la Sra. Broughton, contra dicho efecto del artículo 119 en relación con los fiduciarios de un Plan de Pensiones de Empresa, el

hecho de que los fiduciarios pudieran estar obligados a actuar en contra de lo dispuesto en la escritura de constitución de la institución fiduciaria y se vieran en su caso en la imposibilidad de aplicarla. El carácter fundamental del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, consagrado en el artículo 119, que constituye una aplicación de la prohibición de las discriminaciones por razón del sexo y, por tanto, un derecho fundamental,<sup>102</sup> hace que toda disposición contraria a dicho principio, con independencia de que figure en una norma legislativa o administrativa nacional, en un contrato o en una escritura (constitutiva de institución fiduciaria) de Derecho privado, quede relegada por dicha norma. Otra cosa permitiría eludir fácilmente el principio de igualdad de trato recurriendo a terceros ajenos a la relación de trabajo.

Contrariamente a lo mantenido por el Gobierno neerlandés, en mi opinión, dicho punto de vista tampoco se ve refutado por el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 86/378/CEE. Esta disposición obliga a los órganos de gestión de un Plan de Pensiones de Empresa complementario o convencionalmente excluido a tomar en consideración el principio de igualdad de trato, cuando la concesión de las prestaciones se deja a su discreción. No puedo sino ver en dicha disposición la confirmación de la voluntad del legislador comunitario de dar al principio de igualdad de trato un efecto lo más eficaz

101 — Sentencia de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartado 12, referencia a la sentencia Defrenne II, apartado 39; en cuanto a los convenios colectivos de trabajo, véase también la sentencia de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), apartado 17.

102 — Véanse las sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne III (149/77, Rec. p. 1365), apartado 27, y de 20 de marzo de 1984, Razzouk y Beydoun/Comisión (asuntos acumulados 75/82 y 117/82, Rec. p. 1509), apartado 16. Es precisamente el carácter fundamental del principio de igualdad de trato en el ordenamiento jurídico comunitario lo que lleva al Tribunal de Justicia a dar reiteradamente una interpretación estricta de las excepciones a dicho principio autorizadas por el órgano judicial comunitario. Véanse las sentencias de 26 de febrero de 1986, Roberts (151/84, Rec. p. 703), apartado 35; Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 54, y Beets-Propser (262/84, Rec. p. 773), apartado 38.

posible y no un argumento *a contrario* del que se desprenda que en relación con discriminaciones en materia de retribución directamente comprendidas en el artículo 119, el trabajador o sus derechohabientes no pueden invocar también esta última disposición frente a los fiduciarios. Además, la mencionada Directiva no puede excluir el efecto del artículo 119 (véase el punto 31 *supra*).

58. En aras de la claridad, aún quisiera examinar otro extremo planteado por el Gobierno neerlandés. En efecto, el Gobierno neerlandés se refiere a las complicaciones a que daría lugar la extensión del efecto directo horizontal del artículo 119 en caso de que un trabajador hubiera estado sucesivamente afiliado a distintos Planes de Pensiones de Empresa, debido a un cambio de empresario la mayor parte de las veces, aunque no necesariamente. Dicha cuestión también la plantea la High Court en el apartado 2 de su quinta cuestión. Ante tales circunstancias, ocurre muy a menudo (véase la posibilidad de que el trabajador opte por una pensión de pago diferido y una movilización de derechos, de que se trata en la sentencia Neath; punto 8 *supra*) que el Plan de Pensiones más reciente, a raíz de la movilización, asuma la obligación de abonar las prestaciones del plan anterior. En tal caso, ¿puede enfrentarse el último Plan de Pensiones con los derechos de un trabajador basados en la desigualdad de trato de la que fue objeto en un Plan de Pensiones anterior, cuando trabajaba para otro empresario?

Al igual que las partes que preconizan en sus observaciones la segunda interpretación de los efectos en el tiempo de la sentencia

Barber, creo que el temido «efecto dominó» queda casi enteramente neutralizado por las limitaciones relativas a los efectos en el tiempo de las decisiones del Tribunal de Justicia que propuse anteriormente y, en particular, de la propia sentencia Barber (véase el punto 21 *supra*), así como de la sentencia que se dicte en los asuntos Neath y Coloroll, en los que se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre los factores de cálculo actuarial (punto 43 *supra*). La cuestión de la determinación de los períodos de trabajo respecto de los que un trabajador puede invocar válidamente el principio de igualdad de trato estará entonces clara para todas las partes, de modo que, en principio, tampoco habrá más problemas en relación con la movilización de derechos de un Plan de Pensiones a otro.

59. *Efectos del artículo 119 en cuanto a la intervención de los fiduciarios.* En caso de que el artículo 119 también pueda invocarse frente a los fiduciarios de un Plan de Pensiones, la High Court plantea en el asunto Coloroll una serie de subcuestiones relativas al modo en que deben intervenir los fiduciarios o el empresario a efectos de aplicar el principio de igualdad de trato [incisos i), ii) y iii) del apartado 2 de la primera cuestión].<sup>103</sup> Se trata esencialmente de dos cuestiones, a saber i) la influencia del Derecho comunitario sobre el modo en que los fiduciarios o el empresario deben ejercer sus atribuciones y ii) la forma que debe adoptar el principio de igualdad de trato a nivel económico, a saber, si debe aplicarse aumentando las prestaciones abonadas a los trabajadores perjudicados en razón de su sexo o si dicha aplicación también puede hacerse reduciendo las prestaciones a los trabajadores favorecidos por razón de su sexo.

103 — Para la formulación exacta, véase el informe para la vista.

En cuanto al primer extremo, el efecto del Derecho comunitario en relación con el *ejercicio de las atribuciones de los fiduciarios o de los empresarios*, será breve. Está claro que dichas personas están obligadas a hacer todo lo que esté dentro de sus atribuciones para garantizar que las prestaciones que deban abonarse a los trabajadores o a sus derechohabientes satisfacen el principio de igualdad de trato, teniendo en cuenta las limitaciones de los efectos en el tiempo de dicho principio, antes expuestas. Para ello, pueden estar obligados a cooperar, cooperación que, según la resolución de remisión de la High Court, en la mayoría de los casos se requiere para aportar modificaciones a la escritura de constitución de la institución fiduciaria y a las disposiciones del Plan de Pensiones. Es evidente que, a estos efectos, se reserva una importante función de control al órgano jurisdiccional nacional que debe asegurar la plena eficacia del Derecho comunitario y la protección jurídica necesaria al efecto;<sup>104</sup> para ello, el órgano jurisdiccional debe dar a las disposiciones nacionales (legales y *a fortiori*, convencionales o estatutarias) conforme a la libertad de apreciación que le otorga su Derecho nacional, una interpretación y aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario y, cuando ello no sea posible, debe declarar inaplicable, por su propia autoridad, toda disposición contraria, legal, convencional o estatutaria.<sup>105</sup>

60. La segunda cuestión, es decir, el *resultado económico* que debe alcanzarse en cuanto a los trabajadores se refiere, me parece más delicada. Ciertas partes demandadas en el procedimiento principal en el asunto Coloroll (Sres. Russell, Parker, Sharp y la Sra. Fuller) se refieren pertinentemente a este respecto a la sentencia Defrenne II. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia consideró, habida cuenta de la finalidad social que fundamenta el artículo 119 —expresada en la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra, prescrita en el artículo 117— que hay que «rechazar la objeción consistente en argumentar que puede respetarse dicho artículo sin que sea necesario aumentar las retribuciones más bajas».<sup>106</sup> No obstante, hay que leer dicho considerando en su contexto: el procedimiento principal trataba sobre una demanda de indemnización interpuesta por la Sra. Defrenne contra su antiguo empresario, Sabena, por discriminaciones en materia de salarios relativas a una actividad que se había llevado a cabo durante la década anterior. Por tanto, hay que entender que dicho considerando sólo puede referirse a discriminaciones ocurridas *en el pasado*. La jurisprudencia más reciente ha confirmado que, tratándose de tales discriminaciones y en espera de una medida que las neutralice, es necesario un *aumento* de los salarios más bajos: en particular, a partir de la sentencia Razzouk y Beydoun,<sup>107</sup> el Tribunal de Justicia indicó que el «único sistema de referencia válido» para aplicar inmediatamente el principio de igualdad de trato, *mientras* no se haya adaptado el plan a dicho principio, debe encontrarse en los Planes de Pensiones vigentes.

104 — Es reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia: véanse, entre otras, las sentencias de 19 de junio de 1990, *Factortame I* (C-213/89, Rec. p. I-2433), apartado 19, y de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci* (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 32.

105 — Véanse las sentencias *Murphy*, citada en la nota 76, apartado 11; *Nimz*, citada en la nota 101, apartado 19, y de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629), apartado 21.

106 — Sentencia *Defrenne II*, apartado 15.

107 — Sentencia *Razzouk y Beydoun*, citada en la nota 102, apartado 19; véase en relación con el criterio del «único sistema de referencia válido» utilizado en dicha sentencia, *Mertens de Wilmars, J.*: «Le système communautaire de contrôle des sanctions dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes», en *Egalité de traitement entre les hommes et les femmes*, *Revue du Travail*, abril-mayo-junio 1990 (731), p. 735.

Ello implica que, en espera de un nuevo plan adaptado, la norma aplicable en el plan existente a los miembros del grupo de sexo más favorecido también debe aplicarse a los miembros del grupo de sexo menos favorecido.<sup>108</sup> En relación con el pasado o, expresado de manera más precisa, en relación con las prestaciones de pensión relativas a períodos de trabajo pasados, el principio de igualdad de trato exige, pues, que las prestaciones de que disfrutaban el grupo del sexo desfavorecido se aumenten para alcanzar el nivel de las que percibe el grupo del sexo favorecido.

No obstante, el caso es distinto por lo que se refiere a las prestaciones que se basan en un nuevo plan, adaptado al principio de igualdad de trato, que se refiere a los períodos de actividad *futuros*. Al igual que en la Comisión, creo que el Derecho comunitario no se opone a que se reduzcan tales prestaciones, en la medida en se fijen al mismo nivel para los trabajadores masculinos y femeninos. Defender otro punto de vista daría lugar a intrusiones poco deseables del Derecho comunitario en un ámbito de la política que, en el Estado actual del Derecho comunitario, es competencia de los Estados miembros que, como el Tribunal de Justicia ha reiterado, «disponen de un margen de apreciación razonable en cuanto al tipo de medidas de

protección social y a sus modalidades de aplicación concretas».<sup>109</sup>

61. *Relación entre la responsabilidad del Plan de Pensiones y la del empresario.* En caso de que el artículo 119 pueda invocarse tanto frente al empresario como frente a los fiduciarios de un Plan de Pensiones, la High Court plantea una serie de cuestiones detalladas relativas a la relación entre la responsabilidad del Plan de Pensiones y la del empresario (apartado 3 de la primera cuestión), en particular, cuando los medios del Plan de Pensiones o del empresario son insuficientes (apartado 4 de la primera cuestión).

Al igual que la Sra. Broughton, el Coloroll Group, el Gobierno británico y la Comisión, creo que, en el estado actual del Derecho comunitario, dichas cuestiones sólo pueden tratarse a nivel nacional. El artículo 119 del Tratado CEE impone una obligación de efecto directo con arreglo a la cual debe garantizarse la misma retribución a los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. Ni el Tratado ni ninguna otra norma comunitaria regulan las obligaciones respectivas del empresario y de los terceros por lo que respecta a la aplicación de dicha obligación, en particular, en la hipótesis de insolvencia del Plan de Pensiones de Empresa o del empresario. El principio de que corresponde al órgano jurisdiccional nacional atribuir pleno efecto al Derecho comunitario y garantizar la protección jurídica necesaria a tal fin también se aplica en este caso (punto 54 *supra*). A este respecto, es evidente que las disposiciones en materia de responsabilidad que se aplican a una infracción del artículo 119 no pueden ser

108 — El Tribunal de Justicia ha utilizado dicho criterio con objeto de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato consagrado en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE mientras el legislador nacional no aplique (enteramente) dicha Directiva: véanse las sentencias de 4 de diciembre de 1986, FNV (71/85, Rec. p. 3855), apartado 22; de 24 de marzo de 1987, McDermott y Cotter (286/85, Rec. p. 1453), apartado 18; de 24 de junio de 1987, Borrie Clarke (384/85, Rec. p. 2865), apartado 12; de 13 de diciembre de 1989, Ruzius-Wilbrink (C-102/88, Rec. p. 4311), apartado 20; Kowalska, citada en la nota 101, apartado 20; Nimz, citada en la misma nota, apartado 18, y de 11 de julio de 1991, Johnson (C-31/90, Rec. p. I-3723), apartado 36.

109 — Sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 27; de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-229/89, Rec. p. I-2205), apartado 22, y de 19 de noviembre de 1992, Molenbroek (C-226/91, Rec. p. I-5943), apartado 15.

menos favorables que la correspondientes a recursos similares de carácter interno, ni pueden estar redactadas de tal manera que hagan imposible en la práctica o, al menos, muy difícil, el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>110</sup>

### El artículo 119 y los diferentes métodos de financiación de los Planes de Pensiones de Empresa

62. Mediante la cuestión 5 (1), la High Court desea que se dilucide si, en relación con Planes de Pensiones no exclusivamente financiados por las contribuciones de los empresarios, sino también por las aportaciones complementarias de los trabajadores, obligatorias o voluntarias, el artículo 119 sólo se aplica a las prestaciones que deben abonarse de la parte del patrimonio del fondo procedente de las contribuciones de los empresarios, o también a las prestaciones procedentes de las mencionadas aportaciones de los trabajadores.

La respuesta a dicha cuestión tiene una importancia fundamental, aunque creo que es evidente. En primer lugar, hay que volver al pasaje citado anteriormente (en el punto 4) de la sentencia Barber, en el que el Tribunal de Justicia consideró que las pensiones pagadas por los Planes convencionalmente excluidos constituían *gratificaciones* satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y que, por consiguiente,

estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119.<sup>111</sup> El Tribunal de Justicia llegó a dicha conclusión basándose en un análisis de los Planes de Pensiones de que se trata, en cuyo contexto declaró, entre otras cosas, que «su financiación está garantizada íntegramente por el empresario o por éste junto con los trabajadores, sin que, en ningún caso, participen en ella los poderes públicos». <sup>112</sup> De ello se desprende que, por lo que respecta a la calificación de las «gratificaciones» contempladas por el artículo 119, el Tribunal de Justicia no distingue entre las prestaciones de un Plan de Pensiones de Empresa según el *modo de financiación* de dicho Plan, tanto si éste se basa únicamente en las contribuciones de los empresarios como si se basa en las aportaciones de los empresarios y de los trabajadores. El hecho de que no sean únicamente las prestaciones abonadas gracias a las contribuciones de los empresarios las que dependen del artículo 119 podía además deducirse ya de la sentencia Worringham, en la que el Tribunal de Justicia estimó que una aportación de trabajador a un Plan de Pensiones convencionalmente excluido (en el que sólo los trabajadores masculinos estaban obligados a cotizar) abonada por el empresario en nombre de los empleados a un fondo de pensiones, constituía una retribución en el sentido del artículo 119.<sup>113</sup>

Semejante distinción entre las contribuciones de los empresarios y las aportaciones de los trabajadores sería además inoperante en la práctica. Ambas formas de aportación normalmente no están separadas una de otra en el patrimonio de un Plan de Pensiones y se gestionan como un todo. No obstante, aunque fuera posible distinguir, considero que

110 — Además, el Tribunal de Justicia lo ha confirmado expresamente en los asuntos relativos a la igualdad de trato: véase, en cuanto a la Directiva 79/7/CEE, la sentencia Verholen, citada en la nota 97, así como en la sentencia de 25 de julio de 1991, Emmott (C-208/90, Rec. p. I-4269), apartado 16. Véase, más en particular en lo referente a los recursos de indemnización, la sentencia Francovich y Bonifaci, apartado 43. Las tres sentencias se remiten, sobre este extremo, a la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio (199/82, Rec. p. 3595), en particular, al apartado 12.

111 — Sentencia Barber, apartado 28; véase también la última frase del apartado 25: «por tanto, estos planes forman parte de las gratificaciones que el empresario concede a los trabajadores».

112 — Sentencia Barber, apartado 25.

113 — Sentencia Worringham, apartado 17.

sería totalmente arbitrario e indeseable: los Planes financiados exclusivamente por las contribuciones de los empresarios deberían entonces aplicar íntegramente el principio de igualdad de trato, mientras que los Planes cuya financiación también depende de las aportaciones de los trabajadores sólo lo harían parcialmente, no aplicándolo en este caso, por cuanto a las aportaciones de los trabajadores se refiere. Ello induciría sin lugar a dudas a elaborar estrategias destinadas a eludir el artículo 119 y daría lugar, por tanto, a nuevas formas de discriminación.

63. En mi opinión, en gran medida, las mismas razones llevan a considerar que no hay que distinguir en lo que se refiere a la aplicación del artículo 119 según se trate de *aportaciones de los trabajadores obligatorias o voluntarias*. Los argumentos de algunas de las partes según los cuales tales aportaciones facultativas de los trabajadores se gestionan en un fondo separado y según los cuales, la mayoría de las ocasiones, las prestaciones correspondientes no se calculan en función de los períodos de actividad y de la retribución de los partícipes, sino mediante la determinación de cierta suma que corresponde al valor de las aportaciones pagadas, no me convencen de lo contrario. También en este caso, se trata generalmente de prestaciones que se abonan con arreglo a un Plan de Pensiones convencionalmente excluido o complementario, y no puede negarse que, de conformidad con la sentencia Barber, dichas prestaciones también forman parte de las gratificaciones que el empresario ofrece al trabajador en razón de la relación de trabajo. En otras palabras, el artículo 119 es aplicable a *todas las prestaciones pagadas a los trabajadores en razón de su relación de trabajo*, en el marco de un Plan de Pensiones de Empresa.

### Aplicabilidad del artículo 119 a los Planes de Pensiones con partícipes de un solo sexo

64. Mediante su última cuestión, la sexta, la High Court desea saber si el artículo 119 también se aplica a los Planes de Pensiones a los que siempre se han afiliado únicamente personas de un sexo. Se trata, más en particular, de la cuestión de si una persona que ha estado afiliada a dicho Plan tiene derecho a las prestaciones suplementarias a las que tendría derecho con arreglo al artículo 119 si dicho Plan de Pensiones hubiera tenido uno o más partícipes del otro sexo.

65. Desde el punto del vista del artículo 119, la respuesta a dicha cuestión es simple, dado que los Planes de Pensiones a los que únicamente se afilian trabajadores de un solo sexo por lo general, si no siempre, son los de una empresa o una parte de la empresa que únicamente emplea a trabajadores de un solo sexo. En la sentencia Macarthys, el Tribunal de Justicia rechazó expresamente la tesis de que un trabajador femenino podía invocar el artículo 119 para reclamar la retribución a la que podría aspirar si fuera un hombre aunque no haya ni haya habido en la empresa o en el servicio de que se trate ningún trabajador masculino que ejecute o haya ejecutado anteriormente un trabajo comparable (lo que se ha denominado el criterio del «trabajador masculino hipotético»). El Tribunal de Justicia confirmó que, con arreglo al artículo 119, las comparaciones se limitan «a las semejan-

zas que puedan establecerse con base en apreciaciones concretas, referentes al trabajo efectivamente realizado por empleados de distinto sexo en la misma empresa o servicio». <sup>114</sup>

En otros términos, en la medida en que, en el marco de una empresa o de una parte de una empresa, únicamente trabajen trabajadores de un solo sexo, dichos trabajadores no pueden invocar el artículo 119 con el objeto de ajustar su retribución y sus demás gratificaciones al nivel de la retribución y de las gratificaciones que se otorgarían a un hipotético trabajador del otro sexo. En efecto, en tal caso, el criterio, esencial a efectos de aplicar el artículo 119, del trabajo idéntico o al menos

comparable realizado por el trabajador del otro sexo no puede aplicarse.

Por supuesto, distinto sería el caso en que un empresario propusiera Planes de Pensiones distintos a sus trabajadores según el sexo. En tal hipótesis, que el Gobierno británico considera con razón no incluida en el ámbito de aplicación de la cuestión planteada por la High Court, creo que el artículo 119 requiere que examinemos si las prestaciones en materia de pensiones concedidas a los trabajadores masculinos y a los trabajadores femeninos —con arreglo a sus diferentes Planes de Pensiones— satisfacen los criterios de «igualdad de retribución» y de «igualdad de trabajo» con arreglo al artículo 119.

## Conclusión

66. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas en los presentes asuntos del modo siguiente:

En los asuntos C-109/91, C-110/91, C-152/91 y C-200/91:

El efecto directo del artículo 119 del Tratado no puede invocarse para reclamar una pensión de empresa adquirida en virtud de períodos de actividad anteriores a la fecha de la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), salvo por lo que respecta a los trabajadores o sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable.

En el asunto C-109/91:

Procede considerar que una pensión de viudo, como la controvertida en el presente asunto, constituye una retribución a los efectos del párrafo segundo del artículo

114 — Sentencia Macarthys, apartado 15.

119 del Tratado CEE. No obstante, el artículo 119 no puede invocarse al respecto para reclamar una pensión de viudo en la medida en que dicha pensión corresponda a períodos de actividad anteriores a la fecha de la sentencia del Tribunal de Justicia en el presente asunto, salvo por lo que respecta a los trabajadores o sus causahabientes que, antes de dicha fecha hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable.

En los asuntos C-110/91 y C-200/91:

La prohibición establecida en el artículo 119 del Tratado CEE de fijar una edad distinta según el sexo para conceder una pensión, así como la limitación en el tiempo de dicha norma, tal como la establece la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88), no son únicamente aplicables a los Planes de Pensiones convencionalmente excluidos, sino también a todas las demás formas de Planes de Pensiones de Empresa.

En los asuntos C-152/91 y C-200/91:

El artículo 119 del Tratado impide tomar en consideración, en el marco de un Plan de Pensiones de Empresa, factores de cálculo actuarial distintos según el sexo, al menos en la medida en que de ello se deriven diferentes importes de aportación o de prestación para los trabajadores masculinos y para los trabajadores femeninos. No obstante, no puede invocarse en la materia el efecto directo del artículo 119 del Tratado para reclamar pensiones que corresponden a períodos de actividad anteriores a la fecha de la sentencia en los presentes asuntos, salvo por lo que respecta a los trabajadores o sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado la reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable.

En el asunto C-200/91:

- 1) También el cónyuge superviviente puede invocar el efecto directo del artículo 119 del Tratado CEE en relación con derechos a prestaciones cuya titularidad ostentara el trabajador fallecido con arreglo a un Plan de Pensiones de Empresa.

- 2) El trabajador o sus causahabientes pueden invocar el artículo 119 del Tratado frente a los fiduciarios en un Plan de Pensiones de Empresa.
- 3) Los fiduciarios de un Plan de Pensiones de Empresa están obligados, con arreglo al artículo 119 del Tratado CEE, a hacer todo lo que corresponda a sus atribuciones para garantizar que las prestaciones abonadas a los trabajadores o a sus causahabientes respetan el principio de igualdad de trato formulado en dicho artículo.
- 4) Mientras el artículo 119 del Tratado CEE no se aplique debidamente, las prestaciones en materia de pensión de las personas del sexo desfavorecido deberán elevarse hasta alcanzar el nivel de las personas del sexo favorecido. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que un nuevo Plan, adaptado al principio de igualdad de trato, que se refiera a períodos de actividad futuros, disminuya las prestaciones en materia de pensión, en la medida en que dichas prestaciones se fijen al mismo nivel tanto para los trabajadores masculinos como para los trabajadores femeninos.
- 5) En el estado actual del Derecho comunitario, la cuestión relativa a la relación entre la responsabilidad de un Plan de Pensiones y la del empresario, respecto de infracciones del artículo 119 del Tratado CEE y, en particular, de la insuficiencia de medios financieros de una de dichas partes, sólo puede tratarse a nivel nacional. Por el contrario, el Derecho comunitario exige que las normas nacionales en materia de responsabilidad aplicables a una infracción del artículo 119 no sean menos favorables que las aplicables a acciones nacionales análogas, y que no puedan hacer imposible en la práctica ni extremadamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario.
- 6) La cuestión de si un Plan de Pensiones de Empresa está financiado exclusivamente por contribuciones de los empresarios o también por aportaciones de los trabajadores, obligatorias o voluntarias, es irrelevante a efectos de aplicar el artículo 119 del Tratado.
- 7) Cuando una empresa o una parte de una empresa únicamente emplea a trabajadores de un solo sexo que estén afiliados a un Plan de Pensiones de Empresa que sólo cuente con partícipes de dicho sexo, estos trabajadores no pueden invocar el artículo 119 del Tratado CEE para que su pensión se ajuste a la que se concedería a un hipotético trabajador del otro sexo.