

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. F.G. JACOBS

presentadas el 27 de octubre de 2005¹

1. El presente recurso de casación versa sobre el cálculo del número de anualidades computables a efectos de derechos de pensión reconocidas a un funcionario del Consejo con arreglo al régimen de pensiones comunitario tras la transferencia del total de las cantidades de rescate de sus derechos a una pensión de jubilación adquiridos con arreglo a un régimen nacional. Sin embargo, plantea determinadas cuestiones fundamentales sobre igualdad de trato.

2. El cómputo controvertido se efectuó de conformidad con las disposiciones pertinentes del Estatuto de los Funcionarios y de sus disposiciones de ejecución adoptadas por el Consejo.

3. Ante el Tribunal de Primera Instancia, la recurrente impugnó la Decisión en la que se efectuaba el cálculo, alegando la ilegalidad de dichas disposiciones basándose en que vulneraban, en particular, el principio de igualdad de trato.

4. Los aspectos a los que se opone la recurrente son principalmente los siguientes:

— los valores actuariales utilizados en el cálculo discriminan a la mujer;

— dichos valores actuariales discriminan asimismo por razón de la edad, ya que perjudican progresivamente a todos los funcionarios a medida que aumenta la edad de su incorporación, y

— las dos variantes de la fórmula de conversión monetaria utilizadas para calcular el contravalor en euros de una cantidad fijada en otra moneda pueden dar lugar a diferencias de trato, en perjuicio de los funcionarios que hayan contribuido al régimen de pensiones en un Estado miembro con una moneda fuerte.

¹ — Lengua original: inglés.

Marco legislativo

especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

Prohibición de discriminación

5. El artículo 12 CE prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado.

— el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

6. El artículo 141 CE exige a los Estados miembros que apliquen el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo. A tal efecto, la retribución incluye cualesquiera gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, por el empresario al trabajador por razón de la relación de trabajo.

— la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

7. La Directiva 79/7/CEE del Consejo² se aplica, entre otros, a los regímenes legales de pensión de jubilación. El artículo 4, apartado 1, dispone:

— el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

«El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en

8. La Directiva 86/378/CEE del Consejo³ se aplica, entre otros, a los regímenes profesionales de pensiones. El artículo 5, apartado 1, dispone:

«En las condiciones establecidas en las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato implicará la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo,

2 — Directiva 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).

3 — Directiva de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DO L 225, p. 40), modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 (DO L 46, p. 20).

ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos;
- la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones;
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

h) establecer niveles diferentes para las prestaciones, salvo en la medida necesaria para tener en cuenta elementos de cálculo actuarial que sean diferentes según el sexo en el caso de los regímenes de cotización definida.

En el caso de regímenes de prestaciones definidas, financiadas por capitalización, ciertos elementos (de los que algunos ejemplos figuran en el Anexo) pueden ser desiguales en la medida que la desigualdad de los importes se deba a las consecuencias de la utilización de factores actuariales diferentes según el sexo en el momento de la puesta en práctica de la financiación del régimen;

[...]»

9. A tenor del artículo 6, apartado 1:

«Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se basen en el sexo, directa o indirectamente, en particular, las que se refieren al estado civil o familiar, para:

[...]

10. Los ejemplos de los elementos que pueden ser desiguales, en lo que respecta a los regímenes de prestaciones definidas, financiadas por capitalización, como los indicados en el artículo 6, apartado 1, letra h), y los indicados en el anexo, incluyen la «transferencia de los derechos a pensión».

11. Sin embargo, el régimen de pensiones comunitario no es un régimen legal ni profesional. Se establece en el Estatuto de

los Funcionarios de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «Estatuto»).⁴

funcionarios. En el anexo VIII del Estatuto se incluyen las normas detalladas que lo regulan.

12. El artículo 1 *bis*, apartado 1, del Estatuto disponía, en el momento pertinente en el presente asunto: «En la aplicación del Estatuto, los funcionarios tendrán derecho a la igualdad de trato sin referencia alguna, directa o indirecta, a la raza, convicciones políticas, filosóficas o religiosas, sexo u orientación sexual sin perjuicio de las disposiciones estatutarias pertinentes que requieran un estado civil determinado.»⁵

14. Con arreglo al artículo 77, el importe de la pensión era, en el momento pertinente, básicamente el 2 % del sueldo final del funcionario por cada año de servicio, hasta un máximo del 70 %. Conforme al artículo 83, las prestaciones se efectúan con cargo al presupuesto de las Comunidades y el pago es garantizado conjuntamente por los Estados miembros; sin embargo, los funcionarios contribuyen en un tercio al coste de la financiación del régimen.

Disposiciones pertinentes en materia de pensiones

Disposiciones generales

13. Los artículos 77 y ss. del Estatuto establecen un plan de pensiones para los

15. Esa contribución adopta la forma de una deducción del sueldo en un porcentaje que es el mismo para todos los funcionarios y que se determina periódicamente, de modo que el total en relación con todos los funcionarios equivalga, en la mayor medida de lo posible, a un tercio del coste de las pensiones pagadas.⁶

4 — Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión (DO L 56, p. 1; EE 01/01, p. 129), modificado en varias ocasiones. El artículo 1 *bis* fue introducido por el Reglamento (CE, CECA, Euratom) n° 781/98 del Consejo, de 7 de abril de 1998, por el que se modifica el Estatuto en materia de igualdad de trato (DO L 113, p. 4).

5 — La disposición equivalente desde el 1 de mayo de 2004 es el artículo 1 quinto, apartado 1, que tiene el siguiente tenor: «En la aplicación del presente Estatuto, queda prohibida toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.»

6 — En la sección de ingresos del presupuesto de la Unión Europea se introduce una cantidad equivalente al total como «cotizaciones del personal al régimen de pensiones» (pese a que no se trata de verdaderos ingresos, sino más bien una reducción del gasto), conjunto con transferencias de derechos a pensión, compras de derechos a pensión y cotizaciones del personal en caso de baja (no remunerada) por motivos personales (todos los cuales sí son verdaderos ingresos). De hecho, es el total de todas estas categorías lo que se pretende que equivalga a un tercio del coste de las pensiones pagadas, pese a que la mayor parte corresponde, con mucho, a las cotizaciones procedentes del sueldo.

16. De este modo, el artículo 83, apartado 4,⁷ del Estatuto disponía en el momento pertinente:

«Si la evaluación actuarial del sistema de pensiones efectuada por uno o varios expertos cualificados, a petición del Consejo, revelare que la cuantía de las cuotas de los funcionarios pudiera resultar insuficiente para garantizar la financiación de la tercera parte de las prestaciones previstas en el sistema de pensiones, las autoridades presupuestarias [...] determinarán las modificaciones que deban introducirse en las cuotas o en la edad de jubilación.»

Transferencia de los derechos a pensión al régimen comunitario

17. En el momento pertinente, el artículo 11, apartado 2, del anexo VIII tenía el siguiente tenor:

«El funcionario que entre al servicio de las Comunidades tras haber:

— cesado en el servicio de una administración o de una organización nacional o internacional, o

— ejercido una actividad por cuenta propia o ajena,

tendrá la facultad, en el momento de su nombramiento definitivo, de hacer transferir a las Comunidades bien el equivalente actuarial o bien el total de las cantidades de rescate^[8] de sus derechos a pensión de jubilación que hubiera adquirido en virtud de las actividades mencionadas anteriormente.

En tal caso la institución en la que el funcionario preste servicios determinará, teniendo en cuenta el grado de su nombramiento, el número de anualidades que tomará en cuenta a efectos de su propio sistema de pensiones, en virtud del período de servicio anterior, basándose en la cuantía del equivalente actuarial o del rescate.»

Cálculo de derechos tras una transferencia

18. Las disposiciones generales de ejecución del artículo 11, apartado 2, del anexo VIII del Estatuto son, en esencia, comunes a las

7 — Actualmente derogado y sustituido por el artículo 83 *bis*, con disposiciones de ejecución detalladas, incluidas las que disponen una evaluación actuarial quinquenal por Eurostat, en el anexo XII.

8 — Esta expresión un tanto oscura en inglés parece desconocida fuera del Estatuto de las Comunidades y es posible que sea una traducción del francés «forfait de rachat». Quizás sea mejor entenderla como el valor a tanto alzado de los derechos devengados por una persona en un régimen de pensiones.

distintas instituciones. Conforme al artículo 10, apartado 2, de las adoptadas por el Consejo el 13 de julio de 1992, el número de anualidades que se tendrá en cuenta se calculará sobre la base de la cantidad total transferida, deduciendo un interés simple del 3,5 % al año por el período que abarca desde la fecha de nombramiento del funcionario a la fecha de transferencia efectiva (exceptuando los períodos durante los cuales dicha cantidad se haya revalorizado o no se hayan acumulado los intereses con arreglo al régimen general de transferencia).

19. El artículo 10, apartado 3, de las disposiciones de ejecución del Consejo tiene, por cuanto aquí interesa, el siguiente tenor:

«El número de anualidades que se tendrá en cuenta se calculará:

— convirtiendo la cantidad transferida (M) en renta teórica (R) en función de los valores actuariales (V) previstos en el artículo 39 del anexo VIII de los Estatutos aplicables a los funcionarios [...], según la fórmula $R = M/V$,

— convirtiendo esta renta (R) en anualidades (N) de pensión estatutaria en función del sueldo base anual (T) correspondiente al grado de nombramiento definitivo del funcionario [...], según la fórmula $N = R \times 100/T \times 2$.

[...]

20. Los valores actuariales que han de utilizarse, que figuran en el anexo II de las disposiciones de ejecución, son en todos los casos más elevados para las mujeres que para los hombres, lo que refleja las distintas estadísticas de esperanza de vida. Los valores y la diferencia entre los correspondientes a hombres y a mujeres se incrementan con la edad.

21. En las fórmulas anteriores se comprobará que, para una determinada cantidad M transferida, la renta teórica R disminuirá conforme aumente el valor actuarial V, ya que R es igual a M dividido por V. Además, el número de anualidades de pensión estatutaria N disminuirá a medida que aumente el salario base en el grado de nombramiento T, ya que N es, en efecto, un múltiplo de R dividido por T.

Fórmulas de conversión monetaria

22. El artículo 10, apartado 4, de dichas disposiciones de ejecución se refiere al procedimiento para la conversión de la cantidad transferida en una moneda distinta de, inicialmente, el franco belga (actualmente, el euro). Los pasajes pertinentes se encuentran en el artículo 10, apartado 4,

letra b), párrafos tercero y cuarto, y tienen el siguiente tenor:

«la parte del importe correspondiente al período posterior al 31 de diciembre de 1971 se convertirá aplicando el tipo medio actualizado establecido por la Comisión para el período comprendido entre el 1 de enero de 1972 y la fecha de nombramiento definitivo del funcionario [...]

No obstante, a petición del funcionario [...], la cantidad (M) tomada para el cálculo se convertirá aplicando el tipo actualizado vigente en la fecha de la transferencia. En tal caso, el sueldo base (T) y el valor actuarial (V) que habrán de tenerse en cuenta para el cálculo de las anualidades serán, respectivamente, el sueldo base que corresponda al grado de nombramiento definitivo del funcionario [...] que esté vigente en la fecha de transferencia y el valor actuarial correspondiente a la edad alcanzada por el funcionario [...] en dicha fecha.»

23. En el presente procedimiento, la primera de dichas fórmulas de conversión se ha denominado «variante (i)» y la segunda, «variante (ii)».

24. Si durante el período de cotizaciones al anterior régimen de pensiones, el valor de la moneda desde la que se transfiere la cantidad (M) ha caído frente a la moneda a la que se efectúa la conversión, el funcionario de que

se trate podría resultar perjudicado. Por tanto, la variante (i) tiene por objeto compensar dicha desventaja, en la medida en que se aplica al tipo de cambio medio durante el período. Sin embargo, la variante (ii) permite a un funcionario optar por el tipo de cambio en la fecha de transferencia, que es previsible que sea ventajoso si el valor de la moneda original se ha incrementado, pese a que la ventaja pueda compensarse en cierta medida porque el sueldo base T y el valor actuarial V se calculan en la fecha de transferencia y, en consecuencia, pueden ser más elevados que los de la fecha de nombramiento.

Hechos y procedimiento administrativo

25. La Sra. Lindorfer, recurrente en el presente asunto, de nacionalidad austriaca, se incorporó al personal del Consejo como funcionaria en prácticas en septiembre de 1996 y fue nombrada en el grado A 5 en junio de 1997.

26. Antes de incorporarse al Consejo, la Sra. Lindorfer había trabajado y cotizado al régimen de pensiones en Austria durante trece años y tres meses. En 1999 y 2000, adoptó las medidas necesarias para transferir sus derechos de pensión austriacos al régimen comunitario. El 7 de noviembre de

2000, recibió una nota (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»)⁹ en la que se le informaba del número de anualidades computables que se le reconocerían. Se habían utilizado los valores actuariales antes indicados y a efectos de conversión de la moneda se aplicó la variante (ii), lo que dio lugar a un resultado total de cinco años, cinco meses y ocho días.

27. La Sra. Lindorfer presentó una reclamación mediante la que impugnaba dicha Decisión, alegando que los artículos 11, apartado 2, del Estatuto y 10, apartados 3 y 4, de las disposiciones de ejecución eran ilegales, en la medida en que eran contrarios a derechos y principios derivados del Derecho comunitario, y, en consecuencia, no debían aplicarse. La reclamación fue desestimada el 31 de mayo de 2001 y la Sra. Lindorfer interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia.¹⁰

Sentencia recurrida

28. En dicho recurso, la Sra. Lindorfer alegó de nuevo la ilegalidad de los artículos 11, apartado 2, del Estatuto y 10, apartados 3 y 4, de las disposiciones generales de ejecución. Sin embargo, no es necesario examinar los aspectos de la sentencia recurrida relacionados con el primero de dichos artículos, ya

que en su recurso la Sra. Lindorfer se limita a criticar el modo en que el Tribunal de Primera Instancia abordó algunas de sus alegaciones relativas a las disposiciones de ejecución. Los pasajes pertinentes pueden resumirse del siguiente modo.

Referencia a la edad y al sueldo en el cálculo

29. La Sra. Lindorfer alegó que el cálculo según la variante (ii) se refiere a la edad y al sueldo del funcionario en la fecha de la transferencia, y no en la fecha de nombramiento como sucede en el caso de la variante (i), lo que supone una discriminación entre los funcionarios en función de la variante que se haya utilizado.

30. El Tribunal de Primera Instancia abordó esta alegación por primera vez en el apartado 69 de su sentencia. En su opinión, esa alegación se basaba –como «indicó» la recurrente en la vista– en una interpretación errónea del artículo 10, apartado 4, letra b), de las disposiciones de ejecución, con arreglo al cual el sueldo pertinente es el correspondiente al grado en el que se nombró definitivamente al funcionario, actualizado en la fecha en que efectivamente se produce la transferencia, y no el correspondiente al grado que efectivamente tiene el funcionario en dicha fecha.

⁹ — De 3 de noviembre de 2000.

¹⁰ — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de marzo de 2004, Lindorfer/Consejo (T-204/01, RecFP pp. I-A-83 y II-361).

31. Más adelante, en los apartados 88 y 89, el Tribunal de Primera Instancia afirmó que era lógico que, en la variante (ii), la edad y el sueldo fueran los de la fecha de transferencia y que, en la variante (i), todos los parámetros se determinaran en la misma fecha (la de nombramiento), señalando que en la variante (i) se deduce un interés simple del 3,5 % anual de la cantidad transferida por el período comprendido entre la fecha de nombramiento del funcionario y la fecha de la transferencia efectiva (con excepción de los períodos durante los cuales dicha cantidad no se haya revalorizado o no se hayan acumulado los intereses con arreglo al régimen nacional de transferencia), mientras que no se deducen dichos intereses si se utiliza la variante (ii).

similares, por cuanto las situaciones comparadas con la suya eran diferentes en cuanto a características significativas de edad, sexo y grado de nombramiento, y estaban distorsionadas por el uso de premisas incoherentes; y que el efecto por el que se había presentado la reclamación no era consecuencia de las dos variantes de las disposiciones de ejecución, sino de las propias fluctuaciones monetarias subyacentes.

Uso de valores actuariales

Conversión de monedas «fuertes» y «débiles»

32. La Sra. Lindorfer alegó que el uso habitual de la variante (i) para la conversión de monedas débiles y de la variante (ii) para la conversión de monedas fuertes da lugar a que se reconozcan más anualidades computables a efectos de derechos a pensión en el primer caso que en el segundo, vulnerándose el principio de igualdad de trato.

33. El Tribunal de Primera Instancia desestimó esta alegación en los apartados 76 y 77 de su sentencia, basándose fundamentalmente en que las cifras detalladas que la recurrente aportó no comparaban valores

34. La Sra. Lindorfer alegó que el uso de valores actuariales en el cálculo conforme al artículo 10, apartado 3, de las disposiciones de ejecución da lugar a una discriminación por razón del sexo y de la edad, ya que son más elevados para las mujeres y aumentan con la edad. A su juicio, dicha diferencia de trato no tiene ninguna justificación objetiva ni se exige en virtud del régimen de pensiones comunitario, que no establece ninguna referencia a dichos valores actuariales en relación con las cotizaciones procedentes de los sueldos del funcionario o con la edad de jubilación.

35. El Tribunal de Primera Instancia abordó dichas alegaciones en los apartados 82 y 83 de su sentencia. En primer lugar, en el apartado 82 señaló que un funcionario que transfiere derechos de pensión adquiridos en otro régimen se encuentra en una situación objetivamente diferente del que contribuye al régimen de pensiones comunitario en virtud de su empleo en una institución.

36. El apartado 83 tiene el siguiente tenor:¹¹

«En segundo lugar, y en cualquier caso, la utilización de factores que varían en función del sexo y de la edad para calcular el número de anualidades adicionales a efectos de derechos a pensión reconocidas se justifica objetivamente por la necesidad de garantizar una gestión financiera sólida del régimen de pensiones comunitario. Un funcionario que, en virtud del artículo 11, apartado 2, del anexo VIII del Estatuto, transfiere al presupuesto comunitario el equivalente actuarial o el total de las cantidades de rescate de sus derechos a pensión adquiridos antes de incorporarse a las Comunidades obtiene a

cambio un derecho a futuras prestaciones derivadas del régimen de pensiones comunitario en forma de anualidades adicionales computables a efectos de derechos de pensión, y el alcance de ese derecho dependerá del número de esas anualidades adicionales. Al objeto de determinar el valor actual de dicho derecho, la institución comunitaria afectada debe tener en cuenta una serie de factores, incluido el período de tiempo probable durante el cual el capital transferido se mantendrá en el presupuesto comunitario, el desarrollo previsible de la carrera del funcionario, la probabilidad de que las prestaciones de que se trate sean abonadas y el período de tiempo probable durante el cual se efectuarán tales pagos. Es evidente que tales factores dependen, en particular, del sexo del funcionario y de su edad en el momento de incorporarse al régimen de pensiones comunitario. Por un lado, es un hecho acreditado que estadísticamente las mujeres viven más años que los hombres. Por otro, la probabilidad de que una persona que entra al servicio de la Comunidad mucho antes de su edad de jubilación muera antes de alcanzar dicha edad es mayor que en el caso de una persona contratada a una edad cercana a aquella en que podrá reclamar prestaciones de jubilación. Además, dicha persona dejará el capital transferido a disposición del presupuesto comunitario durante más tiempo que un funcionario cercano a la edad de jubilación. En otras palabras, factores como la duración del servicio entre la fecha de nombramiento y la fecha de jubilación, y el período de tiempo probable, calculado con arreglo a criterios estadísticos, durante el que el funcionario percibirá una pensión de jubilación comunitaria tienen una influencia directa en la responsabilidad financiera de la Comunidad frente a cada funcionario individualmente considerado, y la gestión financiera sólida del régimen de pensiones comunitario exige que tales factores sean tenidos en cuenta y debidamente valorados. Por tanto, el Consejo tiene razón al tener en cuenta en su fórmula

11 — La traducción es mía; la sentencia sólo existe en francés, la lengua de procedimiento.

de conversión los factores actuariales relacionados con la edad y el sexo del funcionario.»

Apreciación

Observaciones preliminares

37. En su recurso de casación contra dicha sentencia, la Sra. Lindorfer alega, en sustancia, que en los pasajes antes resumidos o citados el Tribunal de Primera Instancia no aplicó correctamente la prohibición de discriminación (con referencia, entre otros, al artículo 141 CE) y no adujo los motivos adecuados para las conclusiones a las que llegó. La Sra. Lindorfer formula dichas alegaciones de manera independiente para cada uno de los pasajes de que se trata. El Consejo trata los pasajes de forma conjunta y aborda, en primer lugar, la alegación relativa a la prohibición de discriminación y, en segundo lugar, la supuesta insuficiencia de motivación.

38. En un recurso de casación, no incumbe al Tribunal de Justicia volver a analizar todo el asunto ni examinar de oficio aspectos de la sentencia —salvo quizás los que implican cuestiones de orden público— que no han sido impugnados por el recurrente, sino que su función es examinar cada uno de los motivos de casación formulados y determinar si son fundados.

39. En el presente asunto, me resulta difícil seguir estrictamente este último planteamiento a la vista del modo en que han sido presentadas las alegaciones de la recurrente y del recurrido. Considero preferible reestructurar en cierta medida los motivos de recurso al examinar si la recurrente ha detectado algún error de Derecho o defecto en la motivación del Tribunal de Primera Instancia.

40. En sustancia, las alegaciones de la Sra. Lindorfer en primera instancia consistían en que las disposiciones de ejecución contenían una discriminación ilegal por razón de sexo, edad y nacionalidad (en la medida en que ésta puede derivarse del distinto trato de las diferentes monedas nacionales) y una discriminación resultante de la determinación de la edad y del sueldo en diferentes momentos en función de la variante de la fórmula de conversión que se utilice. Ahora, la Sra. Lindorfer alega defectos en la sentencia recurrida en relación con cada uno de dichos motivos. Abordaré cada uno de ellos.

Discriminación por razón de sexo

41. En el recurso de casación, la Sra. Lindorfer hizo referencia al artículo 141 CE y a varias directivas del Consejo en el ámbito

de la igualdad de trato. Sin embargo, alega asimismo violación del principio general de no discriminación —de igualdad de trato o de igualdad—, en el que basó su recurso en primera instancia.

42. La igualdad de trato es uno de los principios fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, del que el artículo 141 CE constituye una expresión específica.¹² Es evidente que el principio de igualdad de retribución consagrado en dicho artículo es pertinente para las alegaciones de la Sra. Lindorfer, ya que las pensiones son una forma de retribución aplazada en la medida en que se pagan en virtud de una relación laboral anterior.¹³ Y pese a que, como las directivas mencionadas, el artículo del Tratado impone obligaciones a los Estados miembros y no a las instituciones comunitarias, es evidente que se produciría una incoherencia inaceptable en la legislación si las instituciones pudieran practicar discriminaciones como las que los Estados miembros deben prohibir.

43. Además, el Tribunal de Justicia señaló en el asunto Razzouk y Beydoun¹⁴ que «en las relaciones entre las instituciones comunitarias [...] y sus empleados [...], los requisitos impuestos por el principio de igualdad de trato no están en modo alguno limitados a los derivados del [artículo 141 CE] o de las directivas comunitarias adoptadas en este ámbito.» Y en la sentencia Weiser,¹⁵ confirmó que el principio general debe observarse específicamente en relación con las normas que regulan la transferencia de derechos a pensión al régimen comunitario.

44. Todavía más significativo es el requisito expreso de «igualdad de trato sin referencia alguna [...] a [l] [...] sexo», establecido en el artículo 1 *bis*, apartado 1, del Estatuto,¹⁶ pese a que dicha disposición no ha sido expresamente invocada en el procedimiento.

45. La supuesta discriminación es la que se deriva del uso de factores actuariales que perjudican a las mujeres debido a que estadísticamente las mujeres viven, en promedio, más que los hombres.

12 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de abril de 1996, P/S (C-13/94, Rec. p. I-2143), apartado 18; de 10 de febrero de 2000, Sievers y Schrage (asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97, Rec. p. I-929), apartados 56 y 57, y de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, Rec. p. I-873), apartado 65.

13 — Véase la sentencia de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker (asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575), apartados 56 a 59, conjunto con la jurisprudencia que en ellos se cita.

14 — Sentencia de 20 de marzo de 1984 (asuntos acumulados 75/82 y 117/82, Rec. p. 1509), apartado 17; véase, como confirmación reciente por el Tribunal de Primera Instancia, la sentencia de 23 de enero de 2003, Hectors/Parlamento (T-181/01, RecFP. pp. I-A-19 y II-103).

15 — Sentencia de 14 de junio de 1990 (C-37/89, Rec. p. I-2395), apartado 13.

16 — Véase el punto 12 y la nota 5 *supra*.

46. En el apartado 83 de su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la diferencia de trato estaba objetivamente justificada por la necesidad de garantizar una sana gestión financiera del régimen de pensiones, ya que en los cálculos un factor necesario a tal efecto es el período de tiempo probable durante el cual se pagarán las prestaciones, que es estadísticamente mayor en el caso de las mujeres.

47. La Sra. Lindorfer objeta que no existe una diferencia de trato equivalente entre hombres y mujeres por lo que respecta a las cotizaciones deducidas de los salarios de los funcionarios en activo. Sin embargo, dichas cotizaciones deben calcularse también con vistas a una sana gestión financiera, teniendo en cuenta valoraciones actuariales.¹⁷ En consecuencia, la sana gestión financiera del régimen de pensiones no puede exigir un trato diferente entre los funcionarios y las funcionarias en cuanto a las cotizaciones en forma de transferencias procedentes de otros regímenes.

48. En sustancia, estoy de acuerdo con dicha alegación.

49. En primer lugar, la necesidad de que una gestión financiera sólida tenga en cuenta el período de tiempo probable durante el cual se pagarán las pensiones no puede exigir por sí misma una diferencia de trato en lo que

respecta a las transferencias de derechos a pensión. Si se calculara la media de los diferentes valores actuariales correspondientes a hombres y mujeres en una determinada edad y se obtuviera un valor actuarial «unisex» —como parece suceder cuando se efectúan ajustes en los tipos de cotización— los hombres percibirían apenas algunas anualidades adicionales computables a efectos de derechos de pensión menos de las que perciben actualmente por una determinada cantidad transferida y las mujeres percibirían algunas más, si bien los ingresos y los gastos del régimen continuarían siendo los mismos.¹⁸

50. En segundo lugar, aunque podría estar justificada una correlación diferente entre las cotizaciones y prestaciones para hombres y mujeres por las diferencias en la esperanza de vida, no podría aplicarse tal justificación exclusivamente a uno de los dos tipos de cotización, a menos que pudiera demostrarse, además, que existen diferencias objetivas entre ambos, que sólo hacen válida esa justificación para uno de los dos tipos.

51. La sentencia recurrida se limita a afirmar en el apartado 82 que un funcionario que transfiere derechos a pensión adquiridos en otro régimen se encuentra en una situación

17 — Artículo 83, apartado 4, del Estatuto; véase el punto 16 *supra*.

18 — Es cierto que, si las normas actuales se declaran ilícitas, se produciría un incremento temporal en los costes. Sin embargo, ello no tendría nada que ver con la gestión financiera del régimen, sino que se derivaría del hecho de que desde el principio no se garantizó una sana gestión jurídica.

objetivamente diferente del que cotiza al régimen de pensiones comunitario en virtud de su empleo en una institución. Según alega la Sra. Lindorfer, esto no constituye una explicación suficiente, y estoy de acuerdo.

sin referencia al sexo, en mi opinión haría falta efectivamente una razón muy poderosa para justificar la diferencia de trato controvertida, e incluso dudo que ésta pueda justificarse legalmente.

52. Aun cuando puede ser cierto que las transferencias de derechos a pensión son objetivamente diferentes de las cotizaciones procedentes del salario, ni la sentencia recurrida ni el Consejo en sus alegaciones ofrecen una explicación acerca de cómo las diferencias pueden ser pertinentes para la cuestión de distinguir entre las situaciones de los funcionarios y las funcionarias.

55. No estamos ante un caso de discriminación indirecta, sino de discriminación directa por razón de sexo. En otras palabras, el único criterio que diferencia a los miembros de las dos categorías es el del sexo; la diferencia de trato no se deriva de otras características que puedan corresponder de modo principal o generalizado, pero no exclusivo, a personas de uno u otro sexo.

53. En consecuencia, el hecho de que sea probable que las prestaciones se paguen durante un período más largo a las mujeres que a los hombres, incluso consideradas conjuntamente con la necesidad de una sana gestión financiera del régimen de pensiones, no constituye una justificación suficiente para el uso de factores actuariales basados en el sexo únicamente para las transferencias de derechos a pensión y no cabe admitir la afirmación del Tribunal de Primera Instancia a este respecto.

56. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una diferencia de trato por razón de sexo no constituye una discriminación ilícita si está «justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo». ¹⁹ Es evidente que sólo puede ser así cuando la discriminación es indirecta, no cuando por su propia naturaleza está basada en el sexo. ²⁰

54. Además, teniendo en cuenta la gran claridad del requisito de igualdad de trato

19 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartados 60 y 65.

20 — Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Schnorbus (sentencia de 7 de diciembre de 2000, C-79/99, Rec. p. I-10997), puntos 30 y ss.

57. En el presente asunto, como la Supreme Court de los Estados Unidos declaró en el asunto *Manhart*²¹ en circunstancias comparables en muchos aspectos a las del presente asunto, «no cabe afirmar que una distinción actuarial exclusivamente por razón de sexo está basada en otro factor distinto del sexo. Dicha distinción se basa precisamente en el sexo».

58. Según se indicó, los casos de este tipo entrañan una generalización que es «incuestionablemente cierta: las mujeres, como categoría, viven más que los hombres. [...] Sin embargo, también es cierto que no todas las personas de las categorías respectivas comparten la característica que distingue a los representantes medios de la categoría. Muchas mujeres no viven tanto como el hombre medio y muchos hombres viven más que la mujer media.»²²

59. En otras palabras, una discriminación del tipo de que se trata implica asignar a una persona las características medias de la categoría a la que pertenece. En lo que respecta a una persona, no pienso que dichas características medias puedan considerarse en ningún caso «objetivas». Lo que es cuestionable (y, en consecuencia, está prohibido) en dicha discriminación es que se basa en características que se extrapolan de la

categoría a la persona, en lugar de utilizar características que verdaderamente distingan a una persona de las otras y que pueden justificar una diferencia de trato.

60. Para apreciar dicha discriminación con perspectiva, puede ser útil imaginar una situación en la que (como resulta perfectamente plausible) las estadísticas muestren que los miembros de un grupo étnico viven como media más que los de otro. Tener en cuenta tales diferencias al determinar la correlación entre las cotizaciones y los derechos derivados del régimen de pensiones comunitario sería totalmente inaceptable y, en mi opinión, el uso del criterio del sexo en lugar del relativo al origen étnico tampoco es admisible.²³

61. Volviendo al concepto de pensiones como retribución aplazada, tampoco podría admitirse en ningún caso elaborar tablas que mostraran la duración media de servicio en las instituciones comunitarias para hombres y mujeres respectivamente, y pagar sueldos superiores a las personas de un sexo que a las de otro con el pretexto de que, de no ser así, en el curso de toda su carrera percibirían menos que las del sexo contrario. Ello no sólo discriminaría de manera injusta entre las personas en función de valores medios

21 — *Los Angeles Department of Water and Power/Manhart* (1978) 435 U.S. 702, pp. 712 y 713.

22 — *Ibidem*, pp. 707 y 708.

23 — Soy consciente de que tal planteamiento tendría un elemento cuestionable adicional por cuanto la asignación de personas a grupos étnicos sería sumamente arbitraria, pero el ejemplo sigue siendo válido aunque no se tenga en cuenta ese aspecto.

correspondientes a su categoría, sino que no concedería el mismo valor al mismo trabajo. Sin embargo, una justificación muy similar es la que se invoca para la diferencia de trato de las transferencias –de sueldo aplazado– al régimen de pensiones comunitario.

62. Es cierto que algunas disposiciones comunitarias que prohíben la desigualdad de trato en determinados sectores excluyen de la prohibición a ciertos tipos de trato concretos. De entre las citadas, la Directiva 86/378 autoriza la diferencia de trato para las transferencias de derechos a pensión relacionados con regímenes de prestaciones definidas, financiadas por capitalización.²⁴

63. Sin embargo, aunque la propia Directiva fuera aplicable –se dirige a los Estados miembros y se aplica a los regímenes profesionales de pensiones–, la excepción no podría aplicarse porque el régimen de pensiones comunitario no es un régimen financiado por capitalización.

64. En cualquier caso, a mi juicio la prohibición de discriminación por razón de sexo es tan fundamental²⁵ que sus excepciones deben interpretarse de manera muy restringida y sólo pueden aplicarse en los ámbitos limitados en los que se prevén expresamente. En el presente asunto, a diferencia de la situación con arreglo a la Directiva 86/378, no existe tal autorización expresa, ni se proporciona ninguna justificación en las disposiciones de ejecución.

65. Por último, no puedo estar de acuerdo con la afirmación del Consejo en el sentido de que suprimir la diferencia de trato controvertida en el presente asunto equivaldría a discriminar a los hombres porque los funcionarios jubilados, debido a la menor duración de sus vidas, percibirían como categoría en concepto de pensión una cantidad global inferior que las funcionarias jubiladas, por la misma cantidad transferida al régimen comunitario (suponiendo que el resto de los factores fueran iguales).

25 — Véase, por ejemplo, el cuarto considerando de la exposición de motivos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303 p. 16): «El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros.»

24 — Véanse los puntos 8 a 10 *supra*.

66. En primer lugar, dicho razonamiento, de ser válido, tendría que aplicarse también a las cotizaciones deducidas de los sueldos de los funcionarios activos —el porcentaje tendría que ser más elevado para las funcionarias— y eso, según creo, no es lo que pretendía el Consejo.

67. Sin embargo, de manera más significativa —y esto parece ser un error fundamental tanto en las alegaciones del Consejo como, quizás, en la sentencia recurrida— el Consejo confunde el coste para el régimen con el beneficio para los beneficiarios.

68. Es innegable que el coste final de pagar una pensión (a diferencia de una cantidad a tanto alzado en el momento de la jubilación, una opción que no existe en el régimen comunitario) aumenta cuanto más viva el beneficiario. Habida cuenta de que las mujeres viven de promedio más que los hombres, es probable que, como categoría, éstas cuesten más al régimen de pensiones. Sin embargo, para los beneficiarios de cualquier sexo la pensión es para toda la vida. Su valor depende en su totalidad de su importe semanal, mensual o anual, ya que toda su finalidad consiste precisamente en proporcionar un determinado nivel de ingresos regulares durante el tiempo en que viva el beneficiario.²⁶ El total pagado en el

momento del fallecimiento del beneficiario carece de toda pertinencia a este respecto.

69. Por consiguiente, concluyo que las normas impugnadas de las disposiciones de ejecución del Consejo operan una discriminación por razón de sexo y no pueden justificarse. Vulneran tanto el principio general de igualdad como sus expresiones específicas en el principio de igualdad de retribución y en el requisito de igualdad de trato sin referencia al sexo establecido en el artículo 1 *bis*, apartado 1, del Estatuto, por lo que el motivo inicial de ilegalidad de la Sra. Lindorfer debe ser estimado a este respecto.

70. Sin embargo, por último, debo dejar claro que el análisis llevado a cabo se refiere al Estatuto y al régimen de pensiones comunitario. Aun cuando muchas de las consideraciones son de aplicación general, no cabe descartar que puedan dar lugar a conclusiones diferentes en otras circunstancias. Los regímenes de pensiones nacionales están sujetos a las normas contenidas en las Directivas mencionadas y no a las contenidas en el Estatuto, y es probable que se financien de distinto modo que el régimen comunitario; a mi juicio, el análisis llevado a cabo en el presente asunto no cuestiona, por ejemplo, las sentencias en los asuntos Coloroll Pension Trustees²⁷ o Neath.²⁸ Todavía más

27 — Sentencia de 28 de septiembre de 1994 (C-200/91, Rec. p. I-4389).

28 — Sentencia de 22 de diciembre de 1993 (C-152/91, Rec. p. I-6935).

26 — Y, según sea el caso, su cónyuge supérstite.

distantes quedan los sectores de los seguros de automóviles o de vida, en los que pueden tener que tomarse en cuenta factores muy diferentes.

al régimen comunitario por una mujer de 35 años daría lugar a una pensión ficticia de 9.032 euros, y de la misma cantidad por una mujer de 55 años a una renta teórica de 6.664 euros.³¹

Discriminación por razón de la edad

71. La impugnación de la Sra. Lindorfer se refiere a la utilización de valores actuariales que son siempre más elevados y, por tanto, menos favorables para los funcionarios de mayor edad,²⁹ y es comparable a la cuestión de discriminación por razón de sexo antes abordada.

72. El efecto del incremento de los valores actuariales en función de la edad es que, para una cantidad idéntica transferida al régimen comunitario desde el mismo régimen nacional, siendo idénticos el resto de los factores como el sexo y el grado, se reconocerán al funcionario de mayor edad menos anualidades adicionales computables a efectos de derechos de pensión –y, por tanto, en última instancia, una pensión menor– que a un funcionario más joven. Por ejemplo, utilizando los valores actuariales controvertidos y la fórmula contenida en el artículo 10, apartado 3, de las disposiciones de ejecución litigiosas,³⁰ la transferencia de 100.000 euros

73. En el apartado 83 de su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia consideró justificada dicha diferencia de trato fundamentalmente por factores que tienen una influencia directa en la responsabilidad financiera de la Comunidad frente a cada funcionario individualmente afectado, cuya gestión sólida debe tenerse en cuenta. Su razonamiento sobre este extremo se deriva de la consideración, en el apartado 82, de que un funcionario que transfiere capital al régimen comunitario se encuentra en una situación objetivamente diferente del que cotiza en virtud de su empleo en una institución.

74. Las impugnaciones de la Sra. Lindorfer coinciden en gran medida con las que plantea en relación con la discriminación por razón de sexo: el Tribunal de Primera Instancia no explicó por qué eran pertinentes los factores antes indicados o, si eran pertinentes, cómo podía establecerse una distinción objetiva entre las cotizaciones

29 — Véanse los puntos 18 y 19 *supra*.

30 — *Ibidem*.

31 — Redondeado al número entero más próximo; los valores actuariales son 11,071 para una mujer de 35 años y 15,007 para una mujer de 55. Naturalmente, la pensión ficticia tendría que convertirse entonces en anualidades computables a efectos de derechos de pensión de conformidad con la segunda parte de la fórmula, si bien el cálculo inicial demuestra una diferencia entre los dos resultados cuando el resto de los parámetros son iguales.

realizadas a través de las transferencias de capital y las cotizaciones realizadas a través de las deducciones del sueldo, utilizándose únicamente los valores actuariales al calcular los derechos derivados de las primeras.

75. Ya he examinado dichas críticas en relación con el razonamiento que justifica la discriminación por razón de sexo y, en varios aspectos, mi análisis es análogo para la cuestión de discriminación por razón de la edad.

76. Lo que es más importante, los funcionarios de todas las edades reciben idéntico trato en materia de cotizaciones de pensión en forma de deducciones del sueldo. Si debe justificarse la diferencia de trato en función de la edad para las transferencias al régimen comunitario, debe acreditarse, en consecuencia, que existe una diferencia objetiva entre dichas transferencias y las cotizaciones procedentes del sueldo.

77. Los factores indicados en el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia son (i) el período de tiempo probable durante el que el capital transferido figurará en el presupuesto comunitario; (ii) la evolución prevista de la carrera del funcionario; (iii) la probabilidad de que las prestaciones de que se trata sean pagadas y (iv) el período de tiempo probable durante el cual se efectuarán dichos pagos.

78. De estos cuatro factores, es evidente que el (iii) y el (iv) pueden vincularse a las estadísticas de esperanza de vida reflejadas en los valores actuariales y que son pertinentes para estimar el alcance de la futura responsabilidad del régimen comunitario. Sin embargo, no hay ninguna indicación en la sentencia recurrida acerca de por qué pueden éstos ser pertinentes en relación con las transferencias y no en relación con las cotizaciones efectuadas mediante deducciones del sueldo; y, a mi juicio, parece dudoso que tal distinción pueda establecerse por motivos objetivos, en lugar de por razones políticas.

79. El desarrollo previsible de la carrera del funcionario (ii) es también un factor que puede resultar pertinente para el coste global de la pensión que deba pagarse finalmente, ya que la pensión es un porcentaje del sueldo final. Sin embargo, no parece claro que, siendo iguales el resto de los factores en el cálculo de la transferencia,³² un funcionario contratado a una edad más avanzada llegue a percibir normalmente un salario final más elevado. Por el contrario, en su caso, es quizá el funcionario más joven el que tiene más probabilidades, debido a una carrera más larga, de conseguir un salario más elevado y, por tanto, de percibir mayores prestaciones de jubilación. Y el hecho de que una carrera más larga entrañará más cotizaciones en forma de deducciones del sueldo carece de pertinencia para el trato de las cotizaciones en forma de transferencias procedentes de regímenes de pensión nacionales, ya que el número de anualidades computables a efec-

32 — Teniendo en cuenta que los valores actuariales distinguen simplemente en función del criterio de la edad y que factores como el grado de contratación se introducen más adelante en el cálculo.

tos de derechos de pensión determinado por las primeras es totalmente independiente del número de anualidades adicionales computables a efectos de derechos de pensión determinado atendiendo a las segundas.

capital que puede invertirse y trasladarse a ejercicios posteriores, de modo que en cierto sentido cabe afirmar que las cantidades pagadas permanecen a disposición del presupuesto durante un período mayor o menor.

80. Por último, la referencia al período de tiempo probable durante el que el capital transferido figurará en el presupuesto comunitario (i) me parece dudosa. A falta de una financiación por capitalización, resulta difícil argumentar sobre la base del capital que queda a disposición del presupuesto, en el que los ingresos y los gastos deberán estar equilibrados³³ y que está sujeto al principio fundamental de «anualidad», que esencialmente exige que los ingresos y los créditos sean determinados cada año.³⁴

82. Pese a que cabría impugnar por este motivo el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia mediante un análisis financiero más pormenorizado, no considero que pueda afirmarse que la Sra. Lindorfer lo haya hecho.

81. Sin embargo, debe reconocerse que, por un lado, los derechos a pensión transferidos al presupuesto comunitario son verdaderos ingresos y no meros ahorros de gastos como sucede en el caso de las cotizaciones procedentes del sueldo, y que, por otro, las exigencias de un presupuesto equilibrado y del principio de anualidad no son tan estrictas como para excluir que determinadas cantidades se trasladen de un ejercicio al siguiente.³⁵ Por tanto, existe determinado

83. Además, estimo necesario examinar la naturaleza de la discriminación por razón de la edad y su prohibición, en comparación con la discriminación por razón de sexo.

84. El sexo es, en esencia, un criterio binario, mientras que la edad es un punto en una escala. La discriminación por razón de sexo basada en tablas actuariales es, por tanto, una forma de discriminación extremadamente burda, que implica generalizaciones muy amplias, mientras que la discriminación por razón de la edad puede graduarse y puede basarse en generalizaciones más sutiles.

33 — Artículo 268 CE.

34 — Artículos 6 y ss. del Reglamento financiero vigente [Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L 248, p. 1)] y las disposiciones correspondientes, en particular, los artículos 1, apartado 2, y 6 del Reglamento financiero, de 1977 (de 21 de diciembre de 1977, aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas); (DO L 356, p. 1).

35 — En 2004, por ejemplo, el excedente disponible del ejercicio económico anterior fue de en torno a 5.700 millones de euros.

85. Además, en la legislación y en la sociedad en general, la igualdad de trato con independencia del sexo se considera,

actualmente, un principio fundamental e imperativo que debe respetarse y exigirse siempre que sea posible, mientras que la idea de igualdad de trato con independencia de la edad está sujeta a muchas matizaciones y excepciones, como límites de edad de varios tipos, a menudo con fuerza jurídica vinculante, que se consideran no sólo aceptables, sino claramente beneficiosos y en ocasiones esenciales.

86. En particular, la edad es un criterio inherente a los regímenes de pensiones y algunas distinciones en función de la edad son inevitables en este contexto.

87. En el Derecho comunitario, la prohibición de discriminación por razón de la edad no sólo se establece con muchas más reservas y limitaciones que la discriminación por razón de sexo, sino que se trata también de un fenómeno mucho más reciente.

88. Mientras que el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo entre hombres y mujeres se consagró ya en el artículo 119 del Tratado CEE original (actualmente artículo 141 CE) en 1957, la primera referencia a la discriminación por razón de la edad en los Tratados se hizo en el artículo 6 *bis* del Tratado CE (actualmente

artículo 13 CE), añadido en 1997 por el Tratado de Amsterdam, que entró en vigor en 1999. Además, dicha disposición se limita a permitir al Consejo adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por, entre otros motivos, la edad.

89. El 27 de noviembre de 2000, se adoptó la Directiva sobre la igualdad de trato en el trabajo,³⁶ que establece una prohibición general de discriminación por razón de, entre otros motivos, la edad en el ámbito del empleo, si bien con numerosas limitaciones.³⁷ El 7 de diciembre del mismo año, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, solemnemente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento, el Consejo y la Comisión,³⁸ prohibió toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de, entre otros, la edad. Y, el 1 de mayo de 2004, se incluyó en el Estatuto una prohibición expresa de discriminación por razón de la edad.³⁹

90. Sin embargo, se recordará que la decisión impugnada en el presente asunto se

36 — Citada en la nota 25 *supra*.

37 — En particular, el artículo 6, apartado 2, permite a los Estados miembros «disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo.»

38 — DO C 364, p. 1; artículo 21.

39 — Véase la nota 5 *supra*. A ello siguió, en 2002, entre otras, la supresión de los límites de contratación basados en la edad, tras las reclamaciones del Defensor del Pueblo europeo.

adoptó el 3 de noviembre de 2000,⁴⁰ y, por tanto, antes de las tres últimas medidas mencionadas.

91. A la luz de todas las consideraciones anteriores, opino que la Sra. Lindorfer ha detectado determinados errores en el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia sobre la justificación de la diferencia de trato en función de la edad que, sin duda, está presente en el cálculo de los derechos a pensión transferidos. En particular, parece difícil justificar dicha diferencia atendiendo a la evolución prevista de la carrera del funcionario, la probabilidad de que se paguen las prestaciones o el período de tiempo probable durante el cual se efectuarán los pagos.

92. Sin embargo, por cuanto atañe al período de tiempo probable durante el que el capital transferido figurará en el presupuesto comunitario, no considero que la Sra. Lindorfer haya demostrado que la justificación es insostenible, aunque haya arrojado algunas dudas sobre ella.

93. Teniendo en cuenta dicha posible justificación junto con el hecho de que la prohibición legislativa de discriminación por razón de la edad no se acreditó en el momento de la decisión impugnada tan claramente como ahora, no estimo que la sentencia recurrida deba ser anulada a este

respecto. Sin embargo, no hay que suponer que el presente sistema está a salvo de una impugnación basada en la clara prohibición de discriminación por razón de edad que ahora figura en el Estatuto.

Discriminación por razón de la nacionalidad

94. Si el uso automático en cada caso de la fórmula de conversión más favorable [variantes (i) y (ii)] da lugar sistemáticamente a que la «relación entre el nivel de cotizaciones y prestaciones» sea superior para la conversión de algunas monedas nacionales que para la de otras, parece que la discriminación que ello entraña está basada en la nacionalidad. Pese a que no todos los funcionarios que transfieren cantidades de una moneda determinada tienen la nacionalidad del Estado al que corresponde la moneda, es evidente que existe una probabilidad muy alta de que así suceda en la gran mayoría de los casos.

95. En primera instancia, la Sra. Lindorfer presentó tablas comparativas que pretendían demostrar dicha discriminación. El Consejo cuestionó la exactitud o la pertinencia de las cifras facilitadas y respondió por escrito a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia a este respecto.

40 — Véase el punto 26 *supra*.

96. Sobre esa base, el Tribunal de Primera Instancia declaró que las tablas controvertidas mostraban incoherencias, que se referían a situaciones que en varios aspectos no eran comparables con el caso de la Sra. Lindorfer y que, por tanto, carecían de pertinencia. Asimismo, señaló que las fluctuaciones del tipo de cambio que subyacían a las diferencias de trato eran factores que escapaban al control de la Comunidad.

97. La Sra. Lindorfer alega que el Tribunal de Primera Instancia sacó conclusiones incorrectas de los hechos y que, por tanto, su razonamiento fue erróneo. La comparación que ella hace con el caso real de un funcionario español no debe ser descartada por las diferencias de edad, sexo y grado. Lo que importaba, en cambio, era la cuasi identidad del valor actuarial y la cantidad transferida. Además, el Tribunal de Primera Instancia pasó por alto los sorprendentes cálculos, de la Sra. Lindorfer, de los resultados de transferir la misma cantidad desde otras monedas.

98. Coincidió con el Tribunal de Primera Instancia en que, dado que utilizan parámetros diversos, las referidas tablas no demuestran claramente la existencia ni el alcance de una diferencia de trato.

99. En cambio, cabe considerar que dicho Tribunal, como árbitro último en controver-

sias de carácter fáctico, debería haber analizado las cifras con mayor detenimiento, ya que ciertamente parecen apuntar a tal diferencia.

100. Además, a mi juicio, algunas de las normas que regulan la variante (i) pueden ser cuestionables. Por ejemplo, si las cotizaciones al régimen nacional se efectuaron entre 1985 y 1995, ¿por qué deben tenerse en cuenta los tipos de cambio entre 1972 y 1984? Y parece difícil, a primera vista —y con mayor razón si la sana gestión financiera constituye un criterio— justificar una norma con arreglo a la cual (como en el asunto del funcionario español, presentado por la Sra. Lindorfer), si el número de anualidades adicionales computables a efectos de derechos de pensión a que se llega en el régimen comunitario tras la utilización de un tipo de cambio medio excede del número de años de cotizaciones al régimen nacional, el exceso correspondiente de la cantidad transferida, tras conversión, simplemente se paga al funcionario de que se trate.

101. Sin embargo, aunque la Sra. Lindorfer haya acreditado defectos en los métodos de conversión, como consecuencia de los cuales los funcionarios que transfieren cantidades de algunas monedas obtienen una mejor relación entre cotizaciones y prestaciones que los que transfieren cantidades de otras monedas, y aunque tales defectos no fueron

examinados por el Tribunal de Primera Instancia tan detenidamente como deberían, no considero que se haya acreditado ninguna discriminación susceptible de ser impugnada.

102. Como he señalado antes,⁴¹ la variante (i) es ventajosa para el funcionario de que se trata si, durante el período de cotización, la moneda del régimen nacional se ha devaluado con respecto al euro (o anteriormente el franco belga), y la variante (ii) es ventajosa si la moneda nacional se ha revalorizado. Cabe añadir que ninguna variante es ventajosa o perjudicial si el valor ha permanecido constante. La posibilidad de elección (o, en la práctica, la aplicación automática de la variable más favorable) significa que todo funcionario tiene derecho a la mejor de las dos opciones disponibles.

103. La esencia de la discriminación es que situaciones comparables se tratan de manera diferente o situaciones diferentes se tratan de manera idéntica sin ninguna justificación objetiva y significativa.⁴² Sin embargo, para fundamentar una impugnación de discriminación debe acreditarse también, a mi juicio, que una parte ha soportado un perjuicio como consecuencia del trato dispensado.

104. En el presente asunto, el propio hecho de que la Sra. Lindorfer habría estado en peor posición económica con arreglo a la variante (i), y que el funcionario español cuyo caso ésta compara con el suyo habría estado en peor posición económica con arreglo a la variante (ii), demuestra, por un lado, que existe efectivamente una diferencia objetiva y significativa entre las dos situaciones y, por otro, que ninguno de ellos puede quejarse de soportar un perjuicio, ya que ambos obtuvieron el trato más favorable.

Determinación de la edad y el sueldo en diferentes momentos

105. Por último, la Sra. Lindorfer se opone al trato que el Tribunal de Primera Instancia da a su alegación de que el uso de dos variantes al calcular el contravalor en euros de la cantidad que debe transferirse de otra moneda dio lugar a una discriminación injustificada, porque la variante (i) utiliza la edad y el sueldo del funcionario en la fecha de nombramiento, mientras que la variante (ii) utiliza la edad y el sueldo en la fecha de la transferencia efectiva. En el segundo supuesto, la edad y el valor actuarial (V) son necesariamente más elevados y el sueldo (T) puede ser más elevado, afectando así a la baja al cálculo final.

106. Pese a que parece que la Sra. Lindorfer sostiene que la sentencia recurrida no abordó dicha alegación, el Consejo afirma que sí lo hizo, en el apartado 89, al señalar que en la variante (i) se deducen intereses

41 — Véase el punto 24.

42 — Como se recuerda en la sentencia recurrida, en el apartado 64.

simples del 3,5 % anual de la cantidad transferida por lo que respecta al período comprendido entre la fecha de nombramiento del funcionario y la fecha de la transferencia efectiva (exceptuando los períodos durante los cuales dicha cantidad no se haya revalorizado o no hayan acumulado los intereses con arreglo al régimen nacional desde el que se realiza la transferencia),⁴³ mientras que no se deducen tales intereses si se utiliza la variante (ii).

107. Es evidente que, si ello es así, el perjuicio derivado de la referencia a un valor actuarial más elevado, y posiblemente a un sueldo más elevado, en el segundo supuesto resulta, cuando menos, atenuada en una medida considerable y puede incluso convertirse en una ventaja. Pese a que, a mi juicio, de la redacción del artículo 10, apartados 2 a 4, de las disposiciones de ejecución no se desprende que sólo se deducen intereses en la variante (i), dicha afirmación del Tribunal de Primera Instancia se basó en una declaración efectuada por el Consejo en respuesta a una pregunta escrita y no parece en sí misma impugnada por la Sra. Lindorfer.

108. En tales circunstancias, concluyo que la Sra. Lindorfer no ha acreditado ningún error en la sentencia recurrida por lo que se refiere a la supuesta discriminación derivada del hecho de que la edad y el sueldo se determinan en diferentes momentos en las variantes (i) y (ii).

43 — Véase el punto 18 *supra*.

Consideraciones finales

109. Por consiguiente, concluyo que la sentencia recurrida se basó en una motivación insuficiente, en la medida en que declaró que no existía discriminación por razón de sexo, y debe ser anulada en esa medida.

110. El asunto ha sido plenamente examinado y el estado del litigio es tal que el Tribunal de Justicia puede dictar sentencia definitiva de conformidad con el artículo 61 de su Estatuto. Por consiguiente, debería estimar el motivo de ilegalidad de las disposiciones de ejecución del Consejo formulado por la Sra. Lindorfer, en la medida en que el uso de valores actuariales entraña una discriminación por razón de sexo, y anular en consecuencia la Decisión impugnada.

111. En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. La Sra. Lindorfer ha solicitado la condena en costas tanto en primera instancia como en casación.

Conclusión

112. En consecuencia, considero que el Tribunal de Justicia debería:

- 1) Anular la sentencia dictada en el asunto T-204/01 en la medida en que desestimó el recurso basándose en que no existía ninguna discriminación prohibida por razón de sexo;
- 2) Declarar nulo el artículo 10, apartado 3, de las disposiciones generales de ejecución del artículo 11, apartado 2, del anexo VIII del Estatuto, adoptadas por el Consejo el 13 de julio de 1992, en la medida en que establece el uso de valores actuariales diferentes en función del sexo;
- 3) Anular la Decisión impugnada del Consejo de 3 de noviembre de 2000;
- 4) Condenar en costas al Consejo, tanto en primera instancia como en casación.