

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 6 de septiembre de 2007¹

I. Introducción

1. El Bayerisches Verwaltungsgericht (tribunal contencioso-administrativo) de Múnich ha planteado al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 234 CE, para interpretar 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.²

2. El asunto ha surgido tras la denegación de una pensión al superstite de una pareja formada por personas del mismo sexo, que no se había casado, pues el matrimonio está reservado en el derecho nacional a las uniones heterosexuales; se enmarca, pues, en

el largo proceso de aceptación de la homosexualidad³ como etapa indispensable para lograr la igualdad y el respeto de todos los seres humanos.

3. El órgano judicial remitente intenta averiguar si la pretensión del demandante en el pleito principal entra en el ámbito de la Directiva (preguntas primera y segunda); si concurre una desigualdad por la orientación sexual, vedada por dicha norma (preguntas tercera y cuarta); y si el reconocimiento del derecho habría de restringirse en el tiempo (pregunta quinta).

1 — Lengua original: español.

2 — DO L 303, p. 16.

3 — Haggerty, G.E., *Gay Histories and Cultures, An Encyclopedia*, Ed. Garland-Publishing, Nueva York y Londres, 2000, p. 451, cuenta que el término «homosexualidad» fue utilizado por primera vez en 1869 por el escritor y traductor germano-húngaro Karl Maria Kertbeny (1824-1882) para reaccionar frente a un artículo del Código Penal prusiano que castigaba como delito las relaciones sexuales entre hombres; Kertbeny pretendía en vano su derogación. El precepto se integró en el Código Penal del Imperio alemán en 1871; después se reforzó la gravedad del tipo bajo el III Reich y persistió en la República Federal hasta 1969. En los años 1880 el neologismo de Kertbeny llamó la atención del conocido sexólogo Richard von Krafft-Ebing, que lo incorporó a su obra *Psychopathia sexualis*, muy popular en el bienio 1886-1887, y se divulgó en los medios clínicos y científicos al final del siglo XIX.

4. Se hace, por tanto, imprescindible analizar dos aspectos: el de la delimitación del concepto de retribución frente al de prestación de la seguridad social y el de la discriminación por la orientación sexual. La jurisprudencia ha estudiado con frecuencia el primer aspecto, pero sólo en algunas ocasiones el segundo.

adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.»

6. El Tratado de Niza⁵ añadió un apartado 2 al artículo 13 CE, indicando que:

II. El marco jurídico

A. *La regulación comunitaria*

1. El Tratado CE

5. El Tratado de Ámsterdam⁴ introdujo en el Tratado CE una nueva redacción del apartado 1 del artículo 13, a cuyo tenor:

«1. Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá

«2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251.»

2. La Directiva 2000/78

7. Sobre la base del artículo 13 CE se aprobó esta Directiva, ya reseñada, de la que es interesante destacar algunos considerandos. Así, el décimo tercero excluye «los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no estén equiparadas a una retribución en el sentido otorgado a este término

4 — DO 1997, C 340, p. 1.

5 — DO 2001, C 80, p. 1.

para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE [y] los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo». El vigésimo segundo advierte de que las reglas comunitarias se entienden «sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil».

orientación sexual determinadas, respecto de otras personas». Este apartado 2 admite algunas salvedades, como cuando se detecta una finalidad legítima, justificada objetivamente, alcanzable con medios apropiados y necesarios.

8. Según el artículo 1, la Directiva persigue instaurar «un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

10. Sobre el «ámbito de aplicación» versa el artículo 3:

«1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado [...], en relación con:

9. El artículo 2 facilita el «concepto de discriminación», diferenciando en el apartado 1 entre la directa y la indirecta. De acuerdo con el apartado 2, hay «discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pueda ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1»; e «indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad o con una

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, extendiéndose también a la promoción;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, así como la experiencia laboral práctica;

- c) las condiciones de empleo y trabajo, las de despido y remuneración; miembros terminó el 2 de diciembre de 2003.⁶ No obstante, hasta el 14 de agosto de 2006 no se promulgó la Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (ley para la trasposición de las directivas europeas sobre el principio de igualdad de trato).⁷
- d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, comprendidas las prestaciones que concedan.

[...]

2. La pensión de supervivencia y el organismo pagador

3. Esta Directiva no rige los pagos de cualquier tipo a cargo de los regímenes públicos o asimilados, como los regímenes públicos de seguridad social o de protección social.

[...]»

12. La Tarifordnung für die deutschen Theater (ordenanza laboral de los teatros alemanes), de 27 de octubre de 1937,⁸ compele en su artículo 1 a todos los empresarios a suscribir un seguro de vejez y de supervivencia para el personal artístico que contraten. Según el artículo 4, el empleador y el trabajador abonan por mitad las primas.

B. Las normas alemanas

1. La trasposición de la Directiva 2000/78

11. En virtud del artículo 18 de la Directiva, el plazo para su desarrollo por los Estados

6 — El párrafo segundo del artículo 18 permitía, con ciertas condiciones, gozar de un plazo adicional de tres años a partir de la indicada fecha del 2 de diciembre de 2003, respecto de las reglas acerca de los distingos por edad y por discapacidad.

7 — BGBl. I, p. 1897. Esta Ley incorpora, además de la Directiva 2000/78, las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico (DO L 180, p. 22); 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, sobre el 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 269, p. 15); y 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se extiende el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, p. 37).

8 — Reichsarbeitsblatt 1937, parte VI, p. 1080.

13. El organismo encargado de la gestión de los seguros es el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (en lo sucesivo, «Vddb»), persona jurídica de derecho público, representada por la Bayerische Versorgungskammer. Con sede en Múnich, sus actividades abarcan todo el territorio de la República Federal. Sus Estatutos, de 12 de diciembre de 1991,⁹ detallan la composición, las funciones y las prestaciones que ha de satisfacer.

14. El apartado 2 del artículo 27 de los Estatutos supedita la concesión de las prestaciones a los supervivientes a que inmediatamente antes del hecho causante esté en vigor el seguro, a título obligatorio o voluntario, y a que se haya respetado el plazo de carencia.

15. En especial, los artículos 32 y 34 de los Estatutos reconocen el derecho a una pensión de viudedad para, respectivamente, la «esposa» o el «esposo», siempre y cuando el «matrimonio» subsista el día de la muerte del asegurado.

3. La regulación de las parejas inscritas

16. La Lebenspartnerschaftsgesetz (ley sobre las parejas inscritas; en lo sucesivo,

«LPartG»), de 16 de febrero de 2001,¹⁰ creó, para las personas del mismo sexo, una institución de derecho de familia próxima al matrimonio.

17. Para registrar una unión de ese tipo, el apartado 1 del artículo 1 exige manifestar la voluntad de erigir una comunidad de por vida. Mientras la relación perdura, los integrantes se deben mutuo socorro y asistencia (artículo 2); han de contribuir a las necesidades comunes, rigiendo, en cuanto a las obligaciones de alimentos, las normas que el Código Civil destina a los esposos (artículo 5); como a los cónyuges, se les somete al régimen económico ganancial, aunque pueden pactar uno diferente (artículo 6); además, a cada miembro se le considera parte de la familia del otro (artículo 11). En caso de separación, también a semejanza de lo sancionado en el Código Civil, se conserva el compromiso de sustento (artículo 16), procediendo un reparto compensatorio de los derechos de pensión (artículo 20).

18. El apartado 4 del artículo 46 del sexto libro del Sozialgesetzbuch (código de la seguridad social)¹¹ traslada a los regímenes

9 — Bundesanzeiger 1991, p. 8326, y 1992, p. 546, con ulteriores modificaciones.

10 — BGBl. I, p. 266, alterada con posterioridad.

11 — En la redacción dada por la Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (ley de revisión del derecho de parejas inscritas), de 15 de diciembre de 2004 (BGBl. I, p. 3396), que el representante del Vddb desconoce, ya que, en la vista, afirmó que el citado artículo 46 excluía la igualdad en las pensiones.

legales de previsión de la vejez la equiparación de la pareja inscrita al matrimonio, asimilando los sujetos de las dos figuras.

Vddb, en decisión de 28 de febrero de 2005, denegó porque los Estatutos no amparaban tales prestaciones por supervivencia para los integrantes de las parejas inscritas. Tras una reclamación sin éxito, el interesado acudió a la vía judicial.

III. Los hechos, el litigio principal y las cuestiones prejudiciales

19. Al amparo de la LPartG, el 8 de noviembre de 2001 el Sr. Maruko y otro hombre establecieron una pareja inscrita.

20. El compañero del Sr. Maruko se dedicaba a diseñar vestuario teatral, hallándose afiliado sin interrupción al Vddb desde el 1 de septiembre de 1959, pues, aun cuando la adhesión no era obligatoria, continuó cotizando voluntariamente durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1975 y el 30 de septiembre de 1991. Falleció el 12 de enero de 2005.

21. El 17 de febrero de 2005 el Sr. Maruko solicitó una pensión de viudedad¹² que el

22. El Bayerisches Verwaltungsgericht de Múnich ha constatado que las reglas alemanas no confieren al actor la pensión litigiosa, pues los artículos 32 y 34 de los Estatutos del Vddb exigen que entre el petionario y el afiliado haya un matrimonio, prescindiendo de una interpretación extensiva de los términos «viudo», «viuda», «esposo» o «esposa», habida cuenta de que la figura de la pareja inscrita se reserva para quienes no pueden contraer matrimonio. Además, los preceptos mencionados respetarían otras normas nacionales de rango superior, en concreto, el artículo 3 de la Ley fundamental.¹³

23. En estas circunstancias, al entender que sólo cabría estimar la demanda al amparo de las reglas comunitarias, ha suspendido el procedimiento para plantear al

12 — No se sabe si el interesado recibe una pensión de la seguridad social alemana, pues su representante confesó su ignorancia al respecto ante la pregunta que le formulé en la vista.

13 — Auto de 29 de febrero de 2000 del Bundesverfassungsgericht (tribunal constitucional) y sentencia de 29 de julio de 2005 del Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (tribunal superior de lo contencioso-administrativo del Estado federado de Baviera).

Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) Constituye un régimen de previsión profesional obligatorio —como el que gestiona en el presente asunto el Vddb— un régimen asimilado a uno público en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78 [...]?»
- 2) ¿El concepto de remuneración del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 comprende prestaciones de supervivencia como la pensión de viudedad a cargo de una entidad de previsión profesional obligatoria?»
- 3) ¿Se opone el artículo 1, en relación con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, a las disposiciones estatutarias de un régimen complementario de previsión como el ahora estudiado, a cuyo tenor un miembro de una pareja inscrita, tras fallecer su compañero, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia tal y como correspondería a un cónyuge, a pesar de que hubieran mantenido una unión, formalizada para toda la vida, con obligaciones de asistencia y de protección, similar al matrimonio?»
- 4) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones anteriores, ¿es admisible una discriminación por motivos de orientación sexual basada en el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78?»
- 5) ¿Quedaría limitada la pensión de supervivencia por la jurisprudencia Barber (asunto C-262/88) ^[14] a periodos posteriores al 17 de mayo de 1990?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. Han depositado observaciones escritas, dentro del plazo del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el Vddb, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión.

25. El Vddb sostiene que gestiona un régimen público de seguridad social y, por tanto, al margen de la Directiva 2000/78. De cualquier modo, una prestación de supervivencia concedida como pensión de viudedad por una institución de previsión obligatoria

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

estaría fuera de la «remuneración» de la letra c) del apartado 1 del artículo 3 de dicha Directiva. Pero, aun atendiendo a este texto normativo, los Estatutos de la entidad no incurrirían en discriminaciones directas ni indirectas. Además, sería útil la alusión al estado civil del vigésimo segundo considerando de la Directiva, aunque no se haya plasmado en su articulado. La jurisprudencia Barber, por último, sería inoperante, ya que recayó en una controversia diferente.

las parejas inscritas a los matrimonios, pero advirtiendo de que, si un Estado equiparara ambas figuras, lo que incumbe constatar al juez nacional, habría de respetar el principio de igualdad de trato; con esta premisa se descartaría una discriminación directa, pero no una indirecta. Finalmente, no debería responderse a la quinta cuestión, pues la sentencia Barber trataba unos aspectos distintos de los suscitados en este proceso.

26. El Reino Unido propugna analizar, en primer lugar, la cuarta cuestión según el tenor del vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78, que excluye las prestaciones vinculadas al estado civil, como la del supuesto de autos, donde el derecho se subordina al matrimonio; por lo que no procedería examinar las demás cuestiones planteadas.

28. En la vista, celebrada el 19 de junio de 2007, han comparecido para formular verbalmente sus alegaciones los representantes del Sr. Maruko, del Vddb, de los Gobiernos de los Países Bajos y del Reino Unido, así como el de la Comisión.

27. Para la Comisión, la pensión reclamada no dimanaría de un régimen público de seguridad social o asimilado, pues reúne los requisitos avanzados por el Tribunal de Justicia para calificarla de «retribución» y, por consiguiente, para ser integrada en la letra c) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 2000/78. En cuanto a las preguntas tercera y cuarta, que sugiere resolver conjuntamente, menciona el valor interpretativo del vigésimo segundo considerando de la referida Directiva, del que deduce la ausencia de una obligación estatal de asimilación de

V. La invocabilidad de la Directiva 2000/78

29. Antes de cualquier otra reflexión, hay una incidencia temporal importante, pues los derechos nacionales debían haberse acomodado a la Directiva, a más tardar el 2 de diciembre de 2003, y Alemania no promulgó la correspondiente ley hasta el

14 de agosto de 2006,¹⁵ cuando el demandante había solicitado la prestación el 17 de febrero de 2005.

30. Aparece así la idea del efecto directo de las directivas, sobre la que se ha consolidado una abundante jurisprudencia, a cuyo abrigo, siempre que sus disposiciones, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado que no haya adaptado su ordenamiento nacional en el plazo marcado o que lo haya hecho de manera incorrecta.¹⁶ La regla comunitaria es incondicional cuando no está sujeta a ninguna condición ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de acto alguno de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros;¹⁷ se revela suficientemente precisa si impone una obligación en términos inequívocos.¹⁸

15 — La sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión/Alemania (C-43/05, no publicada en la Recopilación), declaró el incumplimiento del Estado por no haber traspuesto en su momento la Directiva.

16 — Sentencias de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53), apartado 25; de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 46; de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635), apartado 40; de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartado 29; de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 11; de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Rec. p. I-6325), apartado 25; así como la de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartado 103.

17 — Sentencias de 3 de abril de 1968, Molkerei-Zentrale Westfalen (28/67, Rec. p. 211); de 23 de febrero de 1994, Comitato di coordinamento per la difesa della Cava y otros (C-236/92, Rec. p. I-483), apartado 9; de 17 de septiembre de 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio y otros (C-246/94 a C-249/94, Rec. p. I-4373), apartado 18; así como la de 29 de mayo de 1997, Klattner (C-389/95, Rec. p. I-2719), apartado 33.

18 — Sentencia de 4 de diciembre de 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging (71/85, Rec. p. 3855), apartado 18.

31. Además, entre las entidades ante las que cabe aducir la referida invocabilidad figuran los organismos que, al margen de su naturaleza jurídica, asumen, en virtud de un mandato de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el oportuno control, de un servicio de interés general mediante facultades exorbitantes.¹⁹

32. Por tanto, conviene analizar si, constatada la trasposición tardía de la Directiva 2000/78, el Sr. Maruko está legitimado para exigir el respeto de esa Directiva frente al Vddb.

33. Por un lado, el artículo 1 de la Directiva confiesa su propósito de luchar contra las exclusiones por la orientación sexual, en el ámbito del empleo y la ocupación, para que resplandezca el principio de igualdad; el artículo 2 proporciona el concepto de discriminación; y el apartado 1 del artículo 3 relaciona los aspectos en los que las personas se ven afectadas, entre los que se cuenta el de la remuneración. Así pues, la Directiva 2000/78 incluye una prohibición incondicional y precisa de cualquier desigualdad retributiva entre los asalariados basada en la orientación sexual.

19 — Sentencias de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, Rec. p. I-3313), apartado 19; de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero (C-343/98, Rec. p. I-6659), apartado 23; de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Rec. p. I-1477), apartado 24; las de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino (C-53/04, Rec. p. I-7213), apartado 29, y Vassallo (C-180/04, Rec. p. I-7251), apartado 26; así como la mencionada Fratelli Costanzo, apartado 31.

34. Por otro lado, el VdB goza de personalidad jurídica pública y se encuentra sometida a la tutela administrativa de la Administración estatal.

por el Sr. Maruko merece calificarse como una retribución de la letra c) del apartado 1 del artículo 3 o como un pago en virtud de un régimen público de seguridad social del propio apartado 3 del artículo 3, quedando respectivamente dentro o fuera de la regulación de la Directiva.

35. Comparto, pues, la opinión del Verwaltungsgericht y de la Comisión de que concurren los requisitos para que, en el litigio principal, se reconozca el efecto directo y las consecuencias correspondientes.

38. Para resolver esos enigmas y perfilar la naturaleza jurídica de la pensión litigiosa, procede profundizar en las nociones de «prestación de seguridad social» y de «remuneración», que son incompatibles.

VI. El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78

36. Despejada la incertidumbre acerca de la alegación de la norma comunitaria, invito al Tribunal de Justicia a responder conjuntamente a las dos primeras preguntas del Bayerisches Verwaltungsgericht de Múnich, ya que ambas versan sobre el ámbito de la Directiva 2000/78.

39. La cuarta pregunta prejudicial sondea el alcance de la salvedad que el vigésimo segundo considerando de la Directiva hace para las prestaciones que dependen del estado civil; conecta, pues, con el radio de acción de la norma comunitaria, pero, al situarse en una órbita propia, ha de recibir una atención aparte.

A. Las prestaciones de seguridad social

37. El artículo 3 de la Directiva traza sus contornos positiva y negativamente, pues las letras a) a d) del apartado 1 enumeran las materias afectadas, mientras que el apartado 3 recoge las eliminadas. El órgano judicial remitente desea saber si la pensión reclamada

40. El apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 2000/78 soslaya los pagos de cualquier tipo a cargo de los regímenes públicos o asimilados, comprendidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección

social, y el décimo tercer considerando deja fuera de la Directiva «a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 CE [...]».

41. Se mantiene así la singularidad de la seguridad social, regida por normas especiales, como el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971.²⁰

43. Aunque esta delimitación no es muy exacta, revela la amplitud con que se ha concebido y acoge alguna nota esencial, como el origen «público» de las sumas abonadas.

44. El Reglamento n° 1408/71, al diseñar su campo de vigencia material en el apartado 1 del artículo 4, menciona «todas las legislaciones [...] de seguridad social relacionadas con: [...] d) las prestaciones de supervivencia [...]». La fórmula implica que la circunstancia de constituir una pensión de viudedad no basta para que rija este Reglamento; se necesita, además, el engarce con la seguridad social.²¹

1. Las prestaciones de la seguridad social

42. Cuando la Directiva 2000/78 descarta «los pagos de cualquier tipo», se refiere a todas las «prestaciones», «pensiones» o «rentas», caracterizadas en la letra t) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71, que comprende «todos los elementos a cargo de los fondos públicos, las mejoras por revalorización o los subsidios suplementarios [...], así como las prestaciones consistentes en entregas de capital que puedan sustituir a las pensiones o las rentas y los pagos devengados en concepto de reembolso de cotizaciones».

2. La seguridad social

45. El Reglamento no aventura una definición de su contenido, consciente de la disparidad de los regímenes de los Estados miembros, a la que alude en el tercer y en

20 — Reglamento relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), con sucesivas modificaciones.

21 — En todo caso, la idea de «prestación de la seguridad social» es objeto de vivas controversias; Mavridis, P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2003, p. 214.

el cuarto considerandos.²² Esta ausencia no impide que, para responder de la manera más adecuada al tribunal remitente, se profundice en el análisis de la citada institución.

46. Dejando a un lado precedentes discutibles²³ y retóricas fórmulas premonitorias,²⁴ la seguridad social se proyecta sobre riesgos caracterizados por la generalidad de su incidencia y por el convencimiento, igualmente compartido, de que han de afrontarse colectiva y solidariamente.²⁵

22 — La falta de una noción comunitaria se advierte en regulaciones de todo tipo. Por ejemplo, el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1), excluía de su ámbito de aplicación la seguridad social (número 3 del segundo párrafo del artículo 1), sin conceptualarla, pues, según el Informe Jenard (DO 1979, C 59, p. 1), «se encuentra en una constante evolución».

23 — Montoya Melgar, A., «Don Quijote, patrono y juez laboral. Apuntes de un profesor de Derecho del Trabajo en el IV Centenario del Quijote», *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 126, abril-junio 2005, p. 14, recuerda que el propio Don Quijote de la Mancha confesaba a los cabreros que «la orden de los caballeros andantes» se fundó «para defender a las doncellas, amparar a las viudas y socorrer a los huérfanos y a los menesterosos» (M. de Cervantes Saavedra, *Don Quijote de La Mancha*, edición, introducción y notas de Martín de Riquer, Ed. RBA, Barcelona, 1994, primera parte, capítulo XI, p. 181).

24 — Simón Bolívar, prócer de la independencia americana, en el discurso pronunciado en Angostura el 15 de febrero de 1819 (publicado en el *Correo del Orinoco*, n.º 19 a 22, del 20 de febrero al 13 de marzo de 1819), proclamó que «el sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayores sumas posibles de felicidad, de seguridad social y de estabilidad política».

25 — Alarcón Caracuel, M.R., y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed. renovada, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 15.

47. El incremento de la productividad motivado por la Revolución industrial²⁶ supuso la instauración de técnicas específicas de cobertura para la población obrera.²⁷ Los modelos varían de un lugar a otro, distinguiéndose principalmente dos: el contributivo, basado en que la cuantía de las prestaciones depende de las cotizaciones previas, y el asistencial, desvinculado de dichas cotizaciones.

48. No obstante, casi todos los sistemas vigentes acumulan elementos de ambos modelos, detectándose una tendencia a la convergencia.²⁸ En esta línea, es interesante el segundo informe de William Beveridge, reputando seguridad social al conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás se evitan, por avanzada que sea la sociedad en la que vivan.²⁹

26 — El punto de partida lo representa la invención por Watt de la máquina de vapor en 1769. Sólo quince años más tarde, en 1784, Cartwright acomoda ese descubrimiento a una de las industrias básicas del desarrollo capitalista, la textil.

27 — Bismarck, en el Mensaje Imperial al Reichstag del 17 de noviembre de 1881, adujo que «[...] la superación de los males sociales no se alcanza por el camino de reprimir los excesos [...], sino mediante la búsqueda de fórmulas moderadas que permitan una mejora del bienestar de los trabajadores», creando una serie de seguros sociales: de enfermedad (1883), de accidentes de trabajo (1884), de invalidez y de vejez (1889) o de supervivencia (1911).

28 — Alarcón Caracuel, M.R., y González Ortega, S., obra citada, pp. 27 y 28.

29 — *Full Employment in a Free Society*, Londres, 1944, p. 11; el primer informe, *Social Insurance and Allied Services*, Londres, 1942, sirvió para la gran reforma operada en el Reino Unido entre 1945 y 1948.

49. En esta configuración destacan algunas notas:

— incumbe a los poderes públicos, directa o indirectamente, acordar las medidas protectoras;³⁰

— la cualidad de beneficiario se atribuye por el mero hecho de ser ciudadano;

— se intenta prevenir y remediar siniestros que no se han podido eludir.

50. Estas últimas eventualidades se matizan con referencia a un tiempo o a un país determinado, pues cada periodo histórico aspira a un «ideal de cobertura».³¹ Sin embargo,

30 — La peculiaridad del modo de proveer a la cobertura supone una diferencia específica con otros medios de auxilio, como los emanados de la propia familia o de entidades religiosas y gremiales.

31 — Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed. revisada, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 21.

el contenido material de la seguridad social, debido a su internacionalización,³² goza actualmente de cierta estabilidad, constatándose un innegable progreso en el interés comunitario que suscita.³³

51. Las tres notas indicadas también muestran la autonomía de la seguridad social respecto al derecho del trabajo,³⁴ que se manifiesta en varios órdenes: los sujetos amparados, la protección dispensada, así como la financiación y la gestión del sistema.³⁵

52. Este distanciamiento de lo laboral incide en el concepto de remuneración elaborado por el Tribunal de Justicia.

32 — El apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce que «toda persona tiene derecho a [...] la asistencia médica y [...] a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad». El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, completado en 1967 por el Convenio 128, en un plano más modesto, aunque de mayor eficacia, agrupa la acción protectora en nueve elementos: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, de desempleo, de vejez, en caso de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, familiares, de maternidad, de invalidez y de supervivencia; si bien los Estados ratificantes no están obligados a cubrir más que tres de esos elementos. En el entorno europeo cabe reseñar la Carta Social Europea (puntos 3 y 11 a 17), el Código Europeo de Seguridad Social de 1964 y el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972.

33 — González del Rey Rodríguez, I., «Directrices y orientaciones en materia de seguridad social», en *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 633 y ss., en especial, p. 639.

34 — Al igual que la disciplina jurídica que estudia la seguridad social. Durand, P., *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Ed. Dalloz, París, 1953, fue uno de los pioneros en destacar las diferencias entre las dos ramas del ordenamiento jurídico.

35 — Almansa Pastor, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 64 y 65.

B. *La noción de retribución*

1. Idea general

53. La Directiva 2000/78 se proyecta sobre todas las personas, en relación con «las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y remuneración», pero no define ninguna de esas nociones.

54. Procedería, pues, acudir a la descripción de la «retribución» del artículo 141 CE y a la jurisprudencia que la ha interpretado. Ese precepto compele a los Estados miembros a garantizar la igualdad salarial entre trabajadores de ambos sexos, ya que la Directiva se sitúa en esa misma línea, según evidencian su título, sus considerandos y el artículo 1, para luchar contra la discriminación en el entorno laboral, aunque no sólo por motivos de sexo. Además, el décimo tercer considerando remite expresamente al citado artículo 141 CE para fijar las diferencias con las ventajas de la seguridad social.

55. La concurrencia de una contraprestación se revela esencial para configurar la relación

laboral,³⁶ lo que justifica la amplitud que el apartado 2 del artículo 141 CE atribuye a la expresión «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».

56. Como he reseñado en conclusiones precedentes,³⁷ el Tribunal de Justicia ha perfilado paulatinamente la definición legal. Ha estimado que constituyen remuneración, a título de ejemplo, las facilidades en el transporte concedidas por una compañía de ferrocarriles a sus empleados en el momento de jubilarse, extensivas a los miembros de su familia, de suerte que también los parientes de los antiguos empleados debían disfrutarlas en idénticas condiciones,³⁸ la continuidad del abono del salario en el periodo de baja por enfermedad;³⁹ las prestaciones otor-

36 — Por eso Sancho Panza se queja a Don Quijote de no recibir las camisas que le había prometido Altisidora, si la sanaba: «En verdad, señor, que soy el más desgraciado médico que se debe hallar en el mundo, en el cual hay físicos que, con matar al enfermo que curan, quieren ser pagados de su trabajo, que no es otro sino firmar una cedulilla de algunas medicinas, que no las hace él, sino el boticario, y cántalo cantusado; y a mí, que la salud ajena me cuesta gotas de sangre, mamonas, pellizcos, alfilerazos y azotes, no me dan un ardite» (M. de Cervantes Saavedra, obra citada, segunda parte, capítulo LXXI, p. 1142).

37 — Entre las conclusiones más recientes destacan las de los asuntos en los que recayeron las sentencias de 13 de enero de 2005, Mayer (C-356/03, Rec. p. I-295), puntos 35 y 36; y de 21 de julio de 2005, Vergani (C-207/04, Rec. p. I-7453), puntos 31 y 39.

38 — Sentencia de 9 de febrero de 1982, Garland (12/81, Rec. p. 359).

39 — Sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743).

gadas con ocasión del despido por causas económicas;⁴⁰ la compensación percibida por los miembros del comité de empresa, con permisos retribuidos o con la remuneración de horas suplementarias, por su asistencia a cursos de formación en los que se imparten conocimientos necesarios para la actividad de dichos comités, aunque, durante esos cursos, no ejerzan ninguna de las tareas previstas por su contrato de trabajo;⁴¹ el derecho a la afiliación a un plan de pensiones de empresa;⁴² la prestación que el empresario desembolsa conforme a disposiciones legislativas o a convenios colectivos, a una trabajadora durante el periodo de descanso por maternidad;⁴³ la prima de fin de año pagada por el empresario con arreglo a una ley o a un convenio colectivo;⁴⁴ la indemnización por extinción del vínculo laboral;⁴⁵ la gratificación de Navidad, voluntaria y revocable, sufragada como incentivo al trabajo futuro y a la fidelidad a la casa;⁴⁶ un suplemento mensual del salario;⁴⁷ el cómputo, a efectos de antigüedad, con las repercusiones monetarias consiguientes, de la duración del servicio militar;⁴⁸ o la asignación de transición, complementaria a la prestación por despido, concedida tras una reestructuración de empresa.⁴⁹

57. En todos estos pronunciamientos se atisban ciertos elementos comunes, que confirman la idea de que la «retribución» comprende cualquier abono, en dinero o en especie, actual o futuro, realizado, aun indirectamente, por el empresario⁵⁰ al trabajador en razón de la relación laboral,⁵¹ aunque se hubiera extinguido ya,⁵² como consecuencia de un contrato, de disposiciones legales o de manera voluntaria.⁵³

2. Las pensiones

58. Al aplicar el artículo 141 CE a las pensiones, la jurisprudencia matizó los criterios habituales.

59. Así, excluyó del concepto de retribución las prestaciones por jubilación directamente reguladas por ley —lo que impide cualquier asomo de concertación—, siempre que se

40 — Sentencia Barber, citada.

41 — Sentencia de 4 de junio de 1992, Bötél (C-360/90, Rec. p. I-3589).

42 — Sentencias de 28 de septiembre de 1994, Vroeghe (C-57/93, Rec. p. I-4541), y Fisscher (C-128/93, Rec. p. I-4583).

43 — Sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475); de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, Rec. p. I-6401); así como la de 30 de marzo de 2004, Alabaster y otros (C-147/02, Rec. p. I-3101).

44 — Sentencia de 9 de septiembre de 1999, Krüger (C-281/97, Rec. p. I-5127).

45 — Sentencia de 14 de septiembre de 1999, Gruber (C-249/97, Rec. p. I-5295).

46 — Sentencia de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243).

47 — Sentencia de 26 de junio de 2001, Brunnhofer (C-381/99, Rec. p. I-4961).

48 — Sentencia de 8 de junio de 2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-220/02, Rec. p. I-5907).

49 — Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Hložek (C-19/02, Rec. p. I-11491).

50 — La sentencia de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartado 12, recuerda que el principio obliga tanto a los empleadores privados como a las Administraciones públicas.

51 — Sentencias de 25 de mayo de 1971, Defrenne I (80/70, Rec. p. 445), apartado 6; de 3 de diciembre de 1987, Newstead (192/85, Rec. p. 4753), apartado 11; de 22 de diciembre de 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6935), apartado 28; de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartado 23; de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker (C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575), apartado 56; así como las citadas Barber, apartado 12, Alabaster y otros, apartado 42, y Vergani, apartado 22.

52 — Sentencias Barber, apartado 12; Seymour-Smith y Pérez, apartados 23 y 24; y Hložek, apartado 35.

53 — Sentencias Garland, apartado 10; Barber, apartado 20; y Lewen, apartado 21.

impongan a categorías generales de trabajadores y las cotizaciones se fijen con criterios de política social.⁵⁴

los planes de empresa, dependen del empleo ocupado,⁶¹ y las de supervivencia,⁶² sin que, en estas últimas influya el que la prestación no se satisfaga al trabajador.⁶³

60. Pero, sin embargo, incluyó las pensiones de empresa que, aun adoptadas con arreglo a normas legales, derivan de un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, integran los contratos laborales y completan las prestaciones previstas en la reglamentación nacional con otras cuya financiación sólo corre a cargo del empleador;⁵⁵ igualmente cuando el plan de pensiones se aleja del régimen general y afecta a los empleados de algunas sociedades, aunque los asalariados hagan aportaciones.⁵⁶

62. Así pues, la jurisprudencia avanzó algunas pautas distintivas:

— El origen legal del sistema constituye un indicio de la naturaleza de seguridad social de las prestaciones,⁶⁴ aunque no baste para descartar el artículo 141 CE.⁶⁵

61. También, englobó en la referida noción comunitaria diversos regímenes de pensiones de funcionarios neerlandeses,⁵⁷ franceses,⁵⁸ finlandeses⁵⁹ y alemanes,⁶⁰ así como las pensiones de viudedad que, establecidas en

— El carácter complementario de la pensión respecto de las abonadas por un régimen legal de seguridad social tampoco significa un requisito determinante.⁶⁶

54 — Sentencia Defrenne I, apartados 7 y 8.

55 — Sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartados 20 a 23; y de 10 de febrero de 2000, Deutsche Telekom (C-234/96 y C-235/96, Rec. p. I-799), apartado 32.

56 — Sentencia Barber, apartados 22 a 30.

57 — Sentencia de 28 de septiembre de 1994, Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471).

58 — Sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383).

59 — Sentencia de 12 de septiembre de 2002, Niemi (C-351/00, Rec. p. I-7007).

60 — Sentencia Schönheit y Becker.

61 — Sentencias de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879); de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389); y de 17 de abril de 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Rec. p. I-2057).

62 — Sentencias de 25 de mayo de 2000, Podesta (C-50/99, Rec. p. I-4039); y de 9 de octubre de 2001, Menauer (C-379/99, Rec. p. I-7275).

63 — Sentencias Ten Oever, apartados 12 y 13; Coloroll Pension Trustees, apartado 18; Evrenopoulos, apartado 22; y Menauer, apartado 18.

64 — Sentencias Defrenne I, apartados 7 y 8; y Ten Oever, apartado 9.

65 — Sentencias Beune, apartado 26; y Niemi, apartado 41.

66 — Sentencias Barber, apartado 27; Beune, apartado 37; Griesmar, apartado 37; y Niemi, apartado 42.

- Las formas de financiación y de gestión han de tenerse en cuenta, sin ser decisivas para la calificación.⁶⁷

C. La configuración de la pensión de supervivencia controvertida

1. Aclaración inicial

- Ha de valorarse si sólo afecta a una categoría particular de trabajadores y si el importe se cifra según los años de servicio cumplidos sobre la base del último sueldo, pues estas circunstancias impiden que prevalezcan motivos de política social, organizativos, éticos o presupuestarios.⁶⁸

63. El Vddb ha alegado varios pronunciamientos judiciales alemanes para apoyar su tesis de que gestiona un régimen similar a uno legal de seguridad social.

- Por consiguiente, el factor relevante no radica en la naturaleza jurídica de las percepciones económicas,⁶⁹ sino en la relación con el empleo,⁷⁰ único criterio que, aunque no exclusivo, puede revelarse decisivo.⁷¹

64. Conviene, no obstante, perfilar si la pensión controvertida encaja en la noción de «retribución», tal y como aparece delimitada en las normas europeas, sin enjuiciar en su integridad el régimen gestionado, pues el Tribunal de Justicia ha de analizar las cuestiones prejudiciales a la luz del derecho comunitario, según las informaciones suministradas en el auto de reenvío.

2. Examen de la pensión a tenor de la jurisprudencia

67 — Sentencias Beune, apartado 38; Griesmar, apartado 37; y Niemi, apartado 43.

68 — Sentencias Beune, apartado 45; Evrenopoulos, apartado 21; Griesmar, apartado 30; Niemi, apartado 47; y Schönheit y Becker, apartado 58.

69 — En la vista, la Comisión afirmó, con carácter absoluto, que las pensiones de supervivencia son retribuciones.

70 — Sentencias Garland, apartado 10; Gillespie y otros, apartado 12; Alabaster y otros, apartado 42; Schönheit y Becker, apartado 56.

71 — Sentencia de 14 de diciembre de 2000, Comisión/Grecia (C-457/98, Rec. p. I-11481), apartado 11; así como las referidas Beune, apartados 43 y 44; Evrenopoulos, apartados 19 y 20; Podesta, apartado 26; Griesmar, apartado 28; y Niemi, apartados 44 y 46.

65. La pensión se funda en la Tarifordnung für die deutschen Theater, equivalente a un «convenio colectivo» —Tarifvertrag—, aunque en la fecha de su promulgación — el 27 de octubre de 1937— no lo era exactamente, ya que el nacional-socialismo

había sustituido los acuerdos entre los sindicatos y los patronos por reglamentos que determinaban las condiciones de trabajo —Tarifordnungen—.

de asuntos sociales), que ha delegado estas funciones en los Ministerios competentes del Estado bávaro, aplicándose por analogía la regulación sobre la supervisión de las empresas aseguradoras, que no constituyen organismos encargados de regímenes legales de seguridad social.⁷³

66. Como las demás prestaciones del artículo 27 de los Estatutos del Vddb —jubilación, invalidez y supervivencia—, complementa las previstas en general.

69. Pero estas peculiaridades sólo reflejan indicios; según las sentencias reseñadas, hay que centrarse en la clase de trabajadores afectados y en el método de cuantificar la pensión.

67. La financiación corre a cargo del empresario y del asalariado, sin que el Estado federal ni los Länder realicen aportaciones.⁷²

68. La gestión se atribuye a un organismo con personalidad jurídica pública —el Vddb—, que actúa con autonomía, a tenor de las decisiones del Consejo de administración, compuesto por quince representantes de los empresarios y otros tantos de los trabajadores, nombrados por las organizaciones patronales y las sindicales, sometido al control de legalidad y a la inspección del Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Ministerio federal de trabajo y

70. Así, en primer lugar, para reconocer el derecho, se exige que el causante esté afiliado al Vddb antes de ocurrir el hecho generador. Esta afiliación concierne obligatoriamente al personal artístico asalariado de los teatros alemanes, es decir, a una categoría particular de trabajadores.⁷⁴ Pero también se admite una incorporación voluntaria, justificada por la precariedad y por la discontinuidad en el empleo, innatas a las actividades del

72 — El Verwaltungsgericht indica que la cuota asciende al 9 % de la nómina, alcanzando el 16 % cuando el interesado está dispensado del régimen legal.

73 — Artículo 1, segunda frase, de la Gesetz über die Beaufsichtigung der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen und der Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester, de 17 de diciembre de 1990 (BGBl. I, p. 2866), en la redacción de la Ley de 26 de marzo de 2002 (BGBl. I, p. 1219).

74 — Las sentencias Griesmar y Schönheit y Becker tildaron de categoría particular de trabajadores a todos los funcionarios (apartados 31 y 60, respectivamente); y la sentencia Niemi a los empleados de las fuerzas armadas finlandesas (apartado 49).

sector —el compañero del demandante se acogió a esta posibilidad y cotizó espontáneamente durante más de dieciséis años—.

D. La incidencia del estado civil

71. En segundo lugar, las prestaciones no se sufragan con un procedimiento de reparto, en el que los gastos de un año natural se cubren mediante los ingresos obtenidos, sino con un procedimiento de capitalización, creando un fondo para cada asegurado, del que, una vez acabado el tiempo de empleo, se consume el principal y sus intereses. El importe de las pensiones se calcula en función de la cuantía de las cuotas, aplicando un factor de actualización (artículo 32, apartado 2, primera frase, y artículo 30, apartado 5, de los Estatutos del Vddb).⁷⁵

72. De los pormenores expuestos deduzco, con la Comisión, que la pensión controvertida dimana de la relación laboral del compañero del Sr. Maruko; ha de calificarse, pues, de «retribución», en el sentido del artículo 141 CE, por lo que se integra en la Directiva 2000/78, al encuadrarse en la letra c) del apartado 1 de su artículo 3; no supone, por tanto, un pago de un régimen público de seguridad social o asimilado en los términos del apartado 3 del artículo 3, pues no se atiene a las notas características ni al propósito de este tipo de abonos.

73. El vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 expone que sus disposiciones se entienden «sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil». El tribunal remitente resalta ese considerando y duda de su incidencia en el radio de acción de la Directiva.

74. Para el Reino Unido, el considerando consagra una exclusión clara y general, recogida en el apartado 1 del artículo 3, que prevé la aplicación de la Directiva «dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad», entre las que no figuran las prestaciones subordinadas al estado civil, como la del asunto de autos, donde la concesión de la pensión requiere el matrimonio, lo que implicaría no estudiar las demás preguntas prejudiciales.

75. Discrepo de estos argumentos, aunque parezcan sugerentes y bien fundados:

76. Primero, porque, como he narrado en otras conclusiones,⁷⁶ la norma describe

75 — En la vista, interrogué al representante del Vddb sobre la fórmula para el cálculo, quien se explicó confusamente y con patentes contradicciones.

76 — Punto 34 de las conclusiones del asunto en el que se dictó la sentencia de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión (C-110/03, Rec. p. I-2801).

hechos, situaciones o circunstancias, adjudicándoles ciertas consecuencias, de suerte que el supuesto fáctico y el resultado jurídico representan los dos elementos estructurales de un precepto;⁷⁷ pero las exposiciones de motivos, los preámbulos o los considerandos introductorios carecen de esos elementos, pues sólo pretenden ilustrar, motivar o explicar, por lo que, aunque acompañan y con frecuencia preceden al articulado, insertándose en la norma, no tienen fuerza vinculante, a pesar de su utilidad como criterios de interpretación, función numerosas veces evocada por el Tribunal de Justicia.⁷⁸ Por tanto, el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78, al igual que los demás, únicamente ayuda a interpretar sus preceptos y no debe magnificarse su significación.

tencias internas han de ejercerse sin vulnerar el ordenamiento comunitario.⁷⁹

78. Tercero, porque el derecho a la no discriminación por la orientación sexual se incluye en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950,⁸⁰ y se recoge explícitamente en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁸¹ Su carácter esencial⁸² comporta, según el artículo 6 UE, que la Unión garantice su respeto.

77. Segundo, porque la Comunidad no tiene atribuciones sobre el estado civil, idea en la que confluyen el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva y el referido considerando, dejando intacta la competencia nacional en ese ámbito. El derecho europeo asume la concepción de cada país en cuanto al matrimonio, a la soltería, a la viudez y a los demás aspectos del «estado civil». Pero esas compe-

79. Cuarto, porque la desventaja denunciada por el demandante atañe a un derecho

77 — Guasp, J., *Derecho*, sin editorial, Madrid 1971, pp. 7 y ss., define el derecho como «el conjunto de relaciones entre hombres que una sociedad establece como necesarias», distinguiendo los dos factores que encierra la esencia de ese concepto: el material, integrado por las relaciones entre seres humanos, y el formal, compuesto por la necesidad de tales relaciones.

78 — Sentencia de 13 de julio de 1989, Casa Fleischhandel (215/88, Rec. p. 2789), apartado 31, aludida por el Reino Unido.

79 — Para la seguridad social, sentencias de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473), apartados 44 a 46; de 4 de diciembre de 2003, Kristiansen (C-92/02, Rec. p. I-14597), apartado 31; de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 29; de 27 de abril de 2006, Richards (C-423/04, Rec. p. I-3585), apartado 33; de 16 de mayo de 2006, Watts (C-372/04, Rec. p. I-4325), apartado 92; y 19 de abril de 2007, Stamatelaki (C-444/05, sin publicar, por el momento, en la Recopilación), apartado 23.

80 — Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 1999, Da Silva Mouta c. Portugal, § 28 (*Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX); y de 24 de julio de 2003, Karner c. Austria, § 33 (*Recueil des arrêts et décisions*, 2003-IX).

81 — DO 2000, C 364, p. 1. También se ha plasmado en el apartado 1 del artículo II-81 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (DO 2004, C 310, p. 1).

82 — Este carácter otorga a la no discriminación por la orientación sexual una dimensión diferente de la asignada por la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), a la interdicción de la desigualdad por edad, cuya consideración de principio general del derecho comunitario (apartado 75) ha servido de base a la argumentación de la Comisión, criticada en la vista por los representantes de los Países Bajos y del Reino Unido.

amparado en textos jurídicos de la Comunidad, concretamente, a la prohibición de discriminación por la orientación sexual en cuanto a la remuneración de los trabajadores, habida cuenta de que la pensión de supervivencia reviste la naturaleza de «remuneración» al dimanar de una relación laboral, no del estado civil.

Directiva 2000/78, habría de extraer todas sus consecuencias, indagando si la negativa del Vddb entraña una discriminación por la orientación sexual.

A. La prohibición de la discriminación por la orientación sexual en el ámbito comunitario

80. Por último, porque, conforme al artículo 27 de los Estatutos del Vddb, el hecho generador de la pensión reclamada por el demandante es el fallecimiento de su pareja, como para otras pensiones lo son la incapacidad, la invalidez o la jubilación.

1. Ideas previas

81. No hay, por tanto, motivos para que la Directiva 2000/78 se inaplique en el supuesto de autos.

83. Junto al de libre circulación, el de igualdad es el principio más tradicional y arraigado en el ordenamiento jurídico europeo; además, ha evolucionado con el tiempo, superando los confines de la equiparación retributiva entre trabajadores de ambos sexos para extenderse a otros entornos y a otros sujetos, como muestra la citada Directiva 2000/43. Desde su temprana aparición en el Tratado, ampliada y fortalecida sucesivamente, se ha convertido en un «marco general» para obstaculizar las disparidades injustificadas y promover una identidad de trato real y efectiva.

VII. La discriminación por la orientación sexual

82. Si el Tribunal de Justicia compariera mi tesis de que la pensión solicitada por el Sr. Maruko entra en el ámbito de la

84. Por el camino han quedado los prejuicios morales y el rechazo social hacia colectivos en los que concurrían ciertas peculiaridades relativas al sexo. Así, aunque la

lucha se originó para combatir las discriminaciones de la mujer, el impulso posterior se dirigió contra las que afectaban a los homosexuales⁸³ —con un primer paso para despenalizar las relaciones entre personas de igual sexo—⁸⁴ o a los transexuales, a las que se añaden las concernientes a la bisexualidad.⁸⁵

Estados miembros repudiaban este tipo de discriminación⁸⁶ y que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales tampoco lo menciona,⁸⁷ aunque, como he explicado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha estimado comprendido en el artículo 14 de dicho Convenio.⁸⁸

85. El Tratado de Ámsterdam se propuso expandir el principio, como se percibe en el apartado 1 del artículo 13 CE, donde se inserta una preocupación por abolir toda discriminación por la opción sexual.

87. El Tribunal de Justicia, a su vez, ha encontrado algunas ocasiones para atajar las desventajas sufridas por las parejas del mismo sexo.

86. La incorporación al Tratado del derecho al respeto a la orientación sexual cobra mayor relieve al constatar que no todos los

2. La sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant⁸⁹

88. Desde 1982, cuando se dictó la sentencia Garland, ya indicada, no había duda de que

83 — El punto de arranque se encuentra en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre *La igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea* (DO 1994, C 61, p. 40), que, para Moliner Navarro, R.M., «El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado», en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XXVI/2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 219, tuvo notable repercusión y supuso una clara inflexión en la valoración de estos aspectos, propiciando algunas iniciativas legislativas.

84 — Amnistía Internacional denuncia que la homosexualidad se persigue aún en más de 70 países, que ocho prevén la condena a muerte por ese motivo —Afganistán, Arabia Saudí, Irán, Mauritania, Pakistán, Sudán, Yemen y algunos Estados del norte de Nigeria— y que, en otros lugares, las penas de prisión alcanzan la cadena perpetua.

85 — Chacartegui Jávea, C., *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 139.

86 — Wilets, J.D., «The Human Rights of Sexual Minorities: A Comparative and international Law Perspective», *Fall Human Rights*, n.º 22, 1995, pp. 22 a 25. Woody Allen, en su película de 1975 *La última noche de Boris Grushenko* (Love and Death), recuerda que hay gentes homosexuales, gentes heterosexuales y gentes que no se ocupan nada del sexo y se hacen abogados; aunque el sarcasmo quiere revelar la dificultad del derecho para regular la afectividad, el mundo jurídico puede condicionarla con intensidad variable.

87 — Igual omisión se detecta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Con respecto a este último, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha entendido que la referencia al «sexo» en los artículos 2 y 26 comprende la «inclinación sexual» y que no cabe negar los derechos enunciados en los preceptos basándose en la «orientación sexual» de la persona [Comité de Derechos Humanos, Toonen c. Australia, § 8.7, comunicación n.º 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), y Young c. Australia, § 10.4, comunicación n.º 941/2000, U.N., Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)].

88 — Punto 78 de estas conclusiones.

89 — Asunto C-249/96, Rec. p. I-621.

las facilidades concedidas por las empresas de ferrocarril a sus empleados, a sus cónyuges y a las personas a su cargo, en virtud del trabajo de esos empleados, constituyen una «retribución» en el sentido del artículo 141 CE. Ésa fue probablemente la convicción que indujo a la señora Grant a denunciar que había conculcado el aludido precepto la negativa de su empresario a otorgarle la reducción en el precio de los transportes, prevista en el contrato laboral en favor del cónyuge o de la persona del otro sexo con la que el trabajador convive, sin vínculo matrimonial, pues mantenía una relación estable con otra mujer.

89. La señora Grant aducía que esa negativa comportaba una discriminación directa basada en el sexo. Partía del enfoque denominado «criterio del factor distintivo único», a cuyo tenor, si una trabajadora no disfruta de idénticas ventajas que su homólogo masculino, en iguales circunstancias, es víctima de una discriminación sexual. Arguía que, para demostrar la desigualdad, bastaba verificar que el varón que había ocupado su puesto hubiera obtenido bonificaciones en el precio de los transportes en favor de su compañera, con la que no estaba casado. Añadía que una negativa de esas características suponía una discriminación por la orientación sexual, que debía incardinarse en la «discriminación por razón de sexo» del artículo 141 CE, ya que las divergencias de trato por la orientación sexual dimanaban de prejuicios atávicos.

90. La sentencia declaró que la negativa de una empresa a otorgar un descuento en el precio de los transportes a la pareja del mismo sexo de uno de sus trabajadores, aun en el caso de que tal descuento sea aplicable a la persona del otro sexo con la que cualquier trabajador tenga una unión estable extramatrimonial, no implicaba una discriminación prohibida por las reglas europeas (apartado 50). No había una desigualdad directamente derivada del sexo, porque se extendía tanto a los trabajadores como a las trabajadoras con un compañero de su propio sexo (apartados 27 y 28). Además, apostilló que, en el estado actual del derecho comunitario, las relaciones estables homosexuales no son asimilables ni a las parejas casadas ni a las uniones estables heterosexuales (apartado 35).

91. Así, mientras una distinción por razón de sexo sería ilegal, fundarla en la orientación sexual no, puesto que ninguna norma comunitaria la sanciona.

92. El enfoque restrictivo elegido por el Tribunal de Justicia contrastaba, por ejemplo, con la doctrina en materia de discriminación por maternidad⁹⁰ y sorprendía, pues

90 — Esta jurisprudencia comenzó con las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), y Hertz (C-179/88, Rec. p. I-3979); y continuó con las de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567); de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96, Rec. p. I-4185); de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros (C-66/96, Rec. p. I-7327); de 4 de octubre de 2001, Tele Danmark (C-109/00, Rec. p. I-6993); de 18 de noviembre de 2004, Sass (C-284/02, Rec. p. I-11143); de 8 de septiembre de 2005, McKenna (C-191/03, Rec., p. I-7631); y de 16 de febrero de 2006, Sarkatzis Herrero (C-294/04, Rec. p. I-1513).

la propia sentencia aseguró que el Tratado de Ámsterdam, firmado meses atrás, habilitaba al Consejo para suprimir determinadas formas de discriminación, como la basada en la orientación sexual (apartado 48).

hecho distintas al matrimonio (apartados 36 y 50), lo que complicaba la homologación (apartado 37), incumbiendo al legislador tomar las medidas pertinentes para alterar la situación (apartado 38).⁹²

3. La jurisprudencia posterior

93. Después de la sentencia Grant, otros pronunciamientos han dirimido algunas discriminaciones ligadas a la sexualidad. Conviene referirse a los dos asuntos aludidos en las observaciones escritas de este proceso prejudicial.

94. La sentencia de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/Consejo,⁹¹ examinó en trámite de casación la denegación a un funcionario de las Comunidades Europeas de una asignación familiar pensada para los casados, pues, aunque había inscrito en el registro sueco una relación de pareja con otro hombre, el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas no permitía equiparar su estado con el matrimonio. La sentencia detectó en la Comunidad una pluralidad de regímenes de inscripción de uniones de

95. La sentencia de 7 de enero de 2004, K.B.,⁹³ afrontó un cambio de sexo.⁹⁴ Una trabajadora británica solicitaba para su compañero, que había sido operado para transformarse de mujer en hombre, la pensión de viudedad que le correspondería como cónyuge superviviente, pues el derecho nacional no autorizaba el enlace de un transexual con arreglo a su nuevo sexo. El Tribunal de Justicia, aceptando mi propuesta en las conclusiones de 10 de junio de 2003, entendió que la desigualdad de trato no incidía en el reconocimiento de la pensión, sino en una condición previa indispensable para su concesión, a saber, la capacidad para celebrar nupcias (apartado 30), y resolvió que el artículo 141 CE se opone a una legislación que, al impedir a los transexuales contraer matrimonio según el sexo adquirido, los priva de una pensión de viudedad (apartado 34).⁹⁵

92 — La alteración se llevó a cabo, como apuntó el representante del Sr. Maruko en la vista, por medio del Reglamento (CE, Euratom) n.º 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes (DO L 124, p. 1).

93 — Asunto C-117/01, Rec. p. I-541.

94 — Con anterioridad, la sentencia de 30 de abril de 1996, P./S. (C-13/94, Rec. p. I-2143) había declarado contrario al derecho comunitario el despido por el cambio de sexo.

95 — En esta línea, la sentencia Richards apreció la disconformidad de una legislación que no concede a un transexual, en su actual cualidad de mujer, una pensión a los 60 años, obligándola a esperar a los 65 años, edad fijada para los hombres.

91 — Asuntos C-122/99 P y C-125/99 P, Rec. p. I-4319.

B. *La discriminación por la orientación sexual en el litigio principal*

96. Al Sr. Maruko se le rehúsa la pensión de supervivencia por no haberse casado con su compañero y no ser «viudo», estado reservado legalmente al cónyuge del fallecido, sin que conste haberse otorgado a otros en idéntica o análoga tesitura. El rechazo tampoco se funda en la inclinación sexual del interesado, por lo que no habría una discriminación directa del artículo 2 de la Directiva 2000/78.

97. Mas esta Directiva también prohíbe la discriminación indirecta, que se origina cuando una disposición aparentemente neutra ocasiona una desventaja a personas con cierta orientación sexual, salvo que la diferencia persiga una finalidad legítima, esté justificada objetivamente y los medios empleados sean adecuados y necesarios.

98. En el supuesto de autos, hay imposibilidad normativa para el matrimonio. Pero al Tribunal de Justicia no le compete configurar las uniones afectivas de personas del

mismo sexo, extremo muy discutido,⁹⁶ ni pronunciarse sobre las consecuencias que cada legislación atribuye al registro de tales parejas;⁹⁷ como expreso en las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia K.B., «no se trata de construir un “derecho matrimonial europeo”, sino de garantizar la plena eficacia del principio de no discriminación» (punto 76).

99. El litigio principal versa sobre la desigualdad entre las parejas casadas y las constituidas mediante otra fórmula legal. Por tanto, el debate no se centra en el acceso al matrimonio, sino en las consecuencias de ambas modalidades.

100. Procede, pues, verificar si estos dos tipos de enlaces merecen un trato equivalente, para lo que se precisa que el juez nacional decida si la posición jurídica de los cónyuges es similar a la de los integrantes de

96 — La sentencia D y Suecia/Consejo reparó en que la palabra «matrimonio» designa, en general, una unión heterosexual y en que, desde 1989, un creciente número de Estados miembros ha establecido otros regímenes legales de unión entre personas del igual o de distinto sexo, a los que confieren determinados efectos jurídicos idénticos o comparables a los del matrimonio, tanto entre sus componentes como respecto a terceros (apartados 34 y 35). Moliner Navarro, R.M., obra citada, pp. 221 y ss., clasifica los países en cuatro grandes grupos en función de la regulación de las uniones homosexuales: los que no se ocupan de tales uniones, los que han aprobado leyes de parejas de hecho —con las dos modalidades de mínimos o de máximos (como la norma alemana)—, los que han promulgado normas sobre las uniones civiles homosexuales y los que les han abierto la institución matrimonial.

97 — Alonso Herreros, D., «Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos», *Cuadernos de derecho público*, n.º 15, enero-abril 2002, pp. 103 y ss., expone la disparidad de los sistemas de Suecia, de Noruega, de Dinamarca, de Holanda y de Francia.

las parejas inscritas. En la hipótesis de que no lo fuera, los términos de comparación no serían válidos.

Estatuto de los Funcionarios comunitarios; y la sentencia K.B. se ocupó de un transexual que no podía celebrar matrimonio, suscitándose una polémica específica.⁹⁹

101. No obstante, el Verwaltungsgericht ha anticipado su opinión, compartida por la Comisión, de que una pareja inscrita de acuerdo con la LPartG comporta un régimen de derechos y de obligaciones análogo al del matrimonio.⁹⁸

104. Probada la discriminación, no se atisba ningún elemento objetivo para justificarla; además, tampoco se ha alegado en el proceso prejudicial.

102. Con esta premisa, la denegación de la pensión por no haber contraído matrimonio, cuando dos personas de igual sexo no pueden contraerlo, habiendo suscrito una unión que produce efectos semejantes, conlleva una discriminación indirecta por la orientación sexual del artículo 2 de la Directiva 2000/78.

VIII. La limitación en el tiempo de la pensión de viudedad

105. La última pregunta del Bayerisches Verwaltungsgericht de Múnich se refiere a la posible restricción temporal de la prestación a periodos posteriores al 17 de mayo de 1990, en virtud de la sentencia Barber.

103. Esta tesis no se aparta de la jurisprudencia comentada, que posee otros contornos fácticos o jurídicos: la sentencia Grant precedió a la Directiva 2000/78 y advirtió de manera implícita, en el apartado 48, que la promulgación de normas prohibiendo la discriminación por la orientación sexual propugnaría otra solución a la cuestión prejudicial analizada; la sentencia D y Suecia se dictó en el marco jurídico del

106. El asunto Barber trató la igualdad de retribución entre trabajadores de ambos sexos. El Tribunal de Justicia recordó el efecto directo del artículo 119 del Tratado CE, precursor del artículo 141 CE,

98 — Punto 4.3 del apartado II del auto de reenvío.

99 — En el punto 25 de las conclusiones de ese asunto, afirmo que su circunstancia «se distingue con claridad de los estados asociados con la orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual), en los que el individuo acepta, sin ambages, su sexo».

pero matizó que no cabía invocar tal efecto para hacer valer un derecho a pensión antes de la fecha de la sentencia, salvo respecto de quienes ya hubieran iniciado una acción judicial o formulado una reclamación equivalente según el derecho nacional, ya que, de lo contrario, peligraría el «equilibrio económico» de muchos planes de pensiones.¹⁰⁰

107. Esta concepción se encuadra, por tanto, según aduce la Comisión, en la esfera de las repercusiones monetarias, no siendo determinantes las características de la norma comunitaria correspondiente, como sostienen el órgano judicial remitente y el Vddb.

108. Centrado así el debate, la jurisprudencia sólo permite la acotación, a título excepcional,¹⁰¹ cuando se demuestra un riesgo patrimonial grave, provocado, en particular, por el elevado número de relaciones jurídicas entabladas de buena fe a tenor de

una normativa estimada válidamente en vigor.¹⁰²

109. La evaluación del peligro exige ponderar factores de variada índole, como la cantidad de personas afectadas, los montantes que se deban satisfacer o la incidencia en la viabilidad de la entidad pagadora. En este trámite prejudicial no hay datos que acrediten un peligro del tipo reseñado.¹⁰³ En esta coyuntura, el Tribunal de Justicia tiene dos opciones: negar expresamente el recorte de los efectos temporales o no atender la cuestión prejudicial.

110. La primera opción despejaría definitivamente la incertidumbre, pero sin un apoyo sólido. La segunda opción, preferida por la Comisión, por la que también me decanto, parece más prudente, pues facultaría un nuevo reenvío planteado con los elementos que ahora se echan en falta.¹⁰⁴

100 — Después de la sentencia Barber, el Tratado de Maastrich incorporó en 1992 al Tratado CE el Protocolo nº 17 sobre el artículo 141, que, a los fines de la aplicación del artículo 141, no considera remuneración a las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social, siempre que puedan asignarse a los períodos de empleo previos al 17 de mayo de 1990, excepto cuando los trabajadores o sus derechohabientes ya hubieran incoado una acción en los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el derecho nacional.

101 — Sentencias de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119), apartado 67; de 6 de marzo de 2007, Mellicke y otros (C-292/04, todavía no publicada en la Recopilación), apartado 35; y la antes referida Richards, apartado 40.

102 — Sentencias Bidar, apartado 69; y Richards, apartado 42, ambas citadas.

103 — El Gobierno alemán, que podía haber arrojado luz al respecto, no ha acudido al proceso. Tampoco el Vddb ha proporcionado cifra alguna, aunque se ha opuesto a proyectar la jurisprudencia Barber sobre el litigio principal.

104 — Ambas alternativas hacen innecesaria la reapertura de la fase oral del procedimiento, solicitada por el representante del Reino Unido en la vista para permitir a los demás Estados miembros alegar sobre los efectos temporales de la sentencia que se pronuncie en este asunto.

IX. Conclusión

111. Conforme a las reflexiones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales del Bayerisches Verwaltungsgericht de Múnich, declarando que:

- «1) Una pensión de supervivencia como la solicitada en el litigio principal, que depende del empleo del causante, entra en el campo de aplicación 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, sin que constituya un pago realizado por un régimen público de seguridad social o asimilado.

- 2) Denegar dicha pensión, porque no se ha contraído el matrimonio reservado a las personas de distinto sexo, cuando se ha formalizado una unión con efectos sustancialmente idénticos entre personas del mismo sexo, supone una discriminación indirecta por la orientación sexual, contraria a la mencionada Directiva 2000/78, incumbiendo al juez nacional verificar si la posición jurídica de los cónyuges es similar a la de los integrantes de las parejas registradas.

- 3) No procede examinar la quinta cuestión prejudicial.»