



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 5 de septiembre de 2018¹

Asunto C-258/17

**E.B.
contra
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria)]

«Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato — Prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual — Relaciones homosexuales con menores — Adopción de sanciones disciplinarias contra un funcionario de la policía a raíz de una condena penal — Mantenimiento de los efectos de la resolución disciplinaria»

I. Introducción

1. E.B. (en lo sucesivo, «recurrente») nació en 1942. En 1974, cuando trabajaba para las fuerzas policiales austriacas, fue objeto de una condena penal por tentativa de relaciones homosexuales con personas de 14 y 15 años. En 1975, por estos mismos actos, se impuso al recurrente una sanción disciplinaria consistente en su jubilación forzosa anticipada de la policía, con una reducción de su pensión del 25 %.

2. En aquel momento, la legislación austriaca contemplaba dos delitos diferentes: «estupro» (actos sexuales con personas *menores de 14 años*) y «abusos deshonestos» (abusos deshonestos homosexuales cometidos *por un hombre contra menores de 18 años*). En 2002, se declaró que este último delito constituía una discriminación no justificada por motivos de orientación sexual y quedó derogado.

3. En el litigio principal, el recurrente cuestiona, en esencia, el hecho de seguir recibiendo una pensión reducida, dado que el delito que se le imputó y la sanción disciplinaria que se le impuso son discriminatorios por motivos de orientación sexual.

4. En este contexto jurídico y fáctico, el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria) pregunta si la reducción de la pensión del recurrente es compatible con la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE,² aun cuando la resolución disciplinaria original adquirió firmeza antes de la entrada en vigor de dicha Directiva. El órgano jurisdiccional remitente plantea asimismo varias cuestiones sobre cómo y desde qué momento podría subsanarse la discriminación.

¹ Lengua original: inglés.

² Directiva 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 2000, L 303, p. 16).

II. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión*

5. El artículo 1 de la Directiva 2000/78 menciona, entre las razones de discriminación prohibidas, la orientación sexual.

6. Los artículos 2, apartados 1 y 2, letra a), 3, apartado 1, letra c), y 17 de la Directiva 2000/78 tienen el siguiente tenor:

«Artículo 2

Concepto de discriminación

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

[...]

Artículo 3

Ámbito de aplicación

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, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...]

Artículo 17

Sanciones

Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros comunicarán dichas disposiciones a la Comisión a más tardar el 2 de diciembre de 2003 y le notificarán, sin demora, cualquier modificación de aquellas.»

7. En principio, la primera frase del artículo 18 exige a los Estados miembros transponer esta Directiva a sus ordenamientos jurídicos a más tardar el 2 de diciembre de 2003.

B. Derecho nacional

1. Derecho penal

8. El 25 de febrero de 1974, eran aplicables los artículos 128 y 129 de la versión de la Strafgesetz (Ley Penal; en lo sucesivo, «StG») que entró en vigor con arreglo a la Bundesgesetz (Ley Federal) publicada en el BGBl. n.º 273/1971. Su tenor era el siguiente:

«Estupro

Artículo 128

El que [...] abuse sexualmente de un niño o una niña menor de 14 años para satisfacer sus deseos de una forma diferente a la descrita en el artículo 127 cometerá un delito de estupro y será condenado a pena de prisión de entre uno y cinco años que, en caso de que concurran circunstancias agravantes cualificadas, podrá elevarse hasta diez años y, si se produce alguna de las consecuencias mencionadas en el artículo 126, hasta veinte años.

Abusos deshonestos

[...]

Artículo 129

Asimismo, se considerarán delictivas las siguientes clases de abusos deshonestos:

I. Abusos deshonestos homosexuales cometidos por una persona de sexo masculino mayor de 18 años contra otra persona que no haya cumplido los 18 años de edad.»

9. Por lo tanto, las citadas disposiciones penales establecían diferentes edades de consentimiento sexual según se tratase de relaciones homosexuales masculinas (18 años) o de relaciones heterosexuales o lésbicas (14 años).

10. Lo mismo sucedía con la situación instaurada por los artículos 207 y 209 del Strafgesetzbuch (Código Penal; en lo sucesivo, «StGB»), que entró en vigor el 1 de enero de 1975.

11. El artículo 209 del StGB (equivalente al artículo 129 I de la StG) fue declarado inconstitucional mediante sentencia del Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional, Austria) de 21 de junio de 2002.³ Fue anulado con efectos a partir del 28 de febrero de 2003.

12. El legislador austriaco se adelantó a la entrada en vigor de esta anulación del Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) y derogó el artículo 209 del StGB mediante la Ley Federal publicada en el BGBl. I n.º 134/2002, con efectos a partir del 13 de agosto de 2002.

13. Austria fue condenada en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») relativas a la aplicación del artículo 209 del StGB. En la sentencia dictada en el asunto L. y V. c. Austria, el TEDH consideró, en esencia, que el artículo 209 del StGB era contrario a los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

3 Sentencia del Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) de 21 de junio de 2002, G 6/02 ECLI:AT:VFGH:2002:G6.2002.

Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»), ya que no se había justificado suficientemente que se adoptasen diferentes edades de consentimiento sexual según se tratase de relaciones homosexuales masculinas con adultos, por un lado, o de relaciones heterosexuales o lésbicas con adultos, por otro.⁴

2. Ley de la Función Pública

14. Con arreglo al artículo 13, apartado 1, de la Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (Ley de la Función Pública de 1979), en su versión resultante de la Ley Federal publicada en el BGBl. I n.º 119/2002, hasta el 30 de diciembre de 2016 los funcionarios se jubilaban al terminar el año en que cumplían 65 años.

15. Para el recurrente, nacido en 1942, esa fecha habría sido —de no haber sido objeto de la resolución disciplinaria— el 1 de enero de 2008. En ese momento, la Pensionsgesetz 1965 (Ley de Pensiones de 1965), en su versión vigente con arreglo a la Ley Federal publicada en el BGBl. I n.º 53/2007, recogía las principales disposiciones aplicables a la valoración de las pensiones. Estas disposiciones establecían las normas para calcular las pensiones y tenían en cuenta la fecha de entrada en servicio y el tiempo de servicio.

3. Reglamento de la Función Pública

16. La resolución disciplinaria contra el recurrente, de 10 de junio de 1975, se adoptó sobre la base del Dienstpragmatik (Reglamento de la Función Pública, RGBl. n.º 15/1914; en lo sucesivo, «DP»), vigente en aquel momento. Los artículos 24 y 87 del DP disponían lo siguiente:

«Conducta

Artículo 24

1) Todo funcionario, ya esté en servicio o fuera de él, deberá preservar el prestigio de la profesión, actuar en todo momento de conformidad con los requisitos de las normas de conducta y evitar cualquier acto que pueda afectar a la consideración y estima que su puesto requiere.

[...]

Sanciones disciplinarias

Artículo 87

Todo funcionario que incumpla sus obligaciones profesionales y oficiales será objeto, sin perjuicio de su responsabilidad penal, de sanciones administrativas o disciplinarias, dependiendo de si el incumplimiento consiste en una mera infracción de las normas administrativas o de si, a la vista del perjuicio o de la vulneración de los intereses del Estado, de la naturaleza o gravedad del incumplimiento, de su carácter reincidente o de otras circunstancias agravantes, se considera un incumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo.»

⁴ TEDH, sentencia de 9 de enero de 2003, L. y V. c. Austria (CE:ECHR:2003:0109JUD003939298); véanse asimismo las sentencias del TEDH de 9 de enero de 2003, S. L. c. Austria (CE:ECHR:2003:0109JUD004533099), y de 21 de octubre de 2004, Woditschka y Wilfling c. Austria (CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

17. El recurrente, nacido el 1 de enero de 1942, está jubilado.

18. Mediante sentencia de 10 de septiembre de 1974, el recurrente, entonces agente de policía en activo, fue condenado por delito de abusos deshonestos homosexuales en grado de tentativa con arreglo al artículo 129 I de la StG. Se le condenó a una pena privativa de libertad de tres meses cuya ejecución fue suspendida durante tres años. El recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra esta sentencia de primera instancia no prosperó.

19. Mediante resolución de 10 de junio de 1975 de la Comisión Disciplinaria de la Bundespolizeidirektion Wien (Dirección Federal de Policía, Viena, Austria), se declaró al recurrente culpable de:

«haber incumplido las obligaciones inherentes a su cargo (artículo 24, apartado 1, del DP), cuando el 25 de febrero de 1974, al anochecer, estando fuera de servicio, requirió en el parque Prater de Viena a los menores W y H, de 15 y 14 años, respectivamente, que le practicasen una masturbación, hecho por el cual fue condenado por el delito de abusos deshonestos homosexuales a adolescentes en grado de tentativa con arreglo a los artículos 8 y 129 I de la StG.

Dicho acto constituye una infracción disciplinaria (artículo 87 del DP). Por este motivo, la Comisión lo condena a la sanción disciplinaria de jubilación forzosa definitiva con reducción de la pensión en un 25 % del importe ordinario [artículo 93, apartado 1, letra d), en relación con el artículo 97, apartado 1, del DP].»

20. Mediante resolución de 24 de marzo de 1976, se desestimó el recurso de apelación del recurrente. En consecuencia, el recurrente fue jubilado con efectos a partir del 1 de abril de 1976.

21. Mediante resolución de 17 de mayo de 1976 se calculó el importe de la pensión del recurrente en función de la fecha de su jubilación el 1 de abril de 1976 y teniendo en cuenta la reducción del 25 % impuesta por la autoridad disciplinaria.

22. En la vista oral se confirmó que el recurrente empezó a recibir una pensión reducida a partir de esa fecha.

23. Como se ha señalado en los anteriores puntos 11 y 12, el artículo 209 del StGB (equivalente al artículo 129 I de la StG) fue declarado inconstitucional mediante sentencia del Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) de 21 de junio de 2002 y derogado por el legislador austriaco posteriormente ese mismo año.

24. Mediante escrito de 2 de junio de 2008, el recurrente solicitó a la autoridad disciplinaria, en particular, que anulase la resolución disciplinaria de 10 de junio de 1975 y suspendiese el procedimiento disciplinario abierto contra él; subsidiariamente, solicitó que se declarase que los efectos jurídicos de dicha resolución se habían extinguido el 21 de junio de 2002. Asimismo, solicitó que se le abonase la retribución correspondiente a determinados períodos de servicio o, subsidiariamente, que se anulase la reducción de la pensión con efectos a partir del 21 de junio de 2002.

25. Estas pretensiones fueron desestimadas.

26. El 11 de febrero de 2009, el recurrente presentó ante las autoridades de la función pública y de pensiones solicitudes de cálculo y pago retroactivo de retribuciones por servicio activo y de incremento de pensiones. En esencia, alegó que para evitar una discriminación (continuada) debía ser tratado, a efectos de retribución y pensiones, como si hubiese permanecido en el servicio activo hasta alcanzar la edad legal de jubilación. Subsidiariamente, adujo que, al menos, le correspondía el importe íntegro de su pensión, sin la reducción del 25 %.

27. Estas pretensiones fueron desestimadas. Se interpuso recurso contra la resolución desestimatoria ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, Austria), que no prosperó. Contra la sentencia de este último tribunal, se interpuso un recurso extraordinario de casación ante el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto.

28. En su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente presupone que, después de que la Directiva 2000/78 entrase en vigor en el Derecho austriaco, no habría tenido cabida una resolución disciplinaria condenatoria como la adoptada contra el recurrente. Al no existir (nuevas) justificaciones para diferenciar la edad de consentimiento sexual según se trate de relaciones homosexuales masculinas con adultos, por un lado, o de relaciones heterosexuales y lésbicas con adultos, por otro, tampoco sería admisible diferenciar, ni siquiera a efectos disciplinarios, la incitación por parte de un adulto a un menor a prácticas homosexuales masculinas o bien a prácticas heterosexuales o lésbicas.

29. Según el órgano jurisdiccional remitente, «no cabe ninguna duda» de que la resolución disciplinaria controvertida se basó en tal diferenciación, pues básicamente atendió al carácter penalmente punible que (en aquel entonces) tenía la conducta del recurrente. Aunque no se puede descartar que una incitación similar a prácticas heterosexuales o lésbicas se hubiese considerado igualmente un incumplimiento del deber, al no concurrir los elementos constitutivos del delito previsto por el artículo 129 I de la StG, la eventual sanción disciplinaria habría sido «mucho menos severa».

30. A la vista de las consideraciones anteriores, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta cuáles son los efectos de la entrada en vigor de la Directiva 2000/78 y de la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual en la pensión del recurrente. El Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el litigio y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone el artículo 2 de la [Directiva 2000/78], a que se mantenga el efecto normativo de una resolución administrativa en materia de sanciones a los funcionarios (resolución disciplinaria) que ha adquirido firmeza con arreglo a la legislación nacional, por la cual se dispuso la jubilación de un funcionario con reducción del importe de la pensión, cuando:

en el momento de su adopción la citada resolución administrativa aún no estaba sujeta al Derecho de la Unión, en particular a la Directiva 2000/78, si bien

una (hipotética) resolución similar sería contraria a la Directiva 2000/78 si hubiese sido adoptada durante la vigencia de dicha Directiva?

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, para restablecer una situación no discriminatoria:
- a) ¿es necesario, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, colocar al funcionario, a efectos del cálculo de su pensión, en la misma situación que si, en el período que media entre la adquisición de firmeza de la resolución administrativa y el cumplimiento por parte del funcionario de la edad legal de jubilación, este no hubiese estado jubilado, sino en activo, o bien
 - b) basta con que se le reconozca el importe de la pensión no reducida que le habría correspondido a consecuencia de la jubilación en la fecha dispuesta en la resolución administrativa?
- 3) ¿Depende la respuesta a la segunda cuestión de si el funcionario intentó activamente emprender una actividad efectiva en la función pública antes de alcanzar la edad de jubilación?
- 4) En caso de que (también en función de las circunstancias mencionadas en la tercera cuestión) se considere suficiente la anulación retroactiva de la reducción porcentual del importe de la pensión, ¿el principio de no discriminación que establece la Directiva 2000/78 puede fundamentar la aplicación preferente de esta frente al Derecho nacional, de forma vinculante para el juez nacional al determinar el importe de la pensión, también respecto a los períodos de referencia anteriores a la aplicabilidad directa de esta Directiva en el Estado miembro?
- 5) En caso de respuesta afirmativa a la cuarta cuestión, ¿a qué fecha se remonta tal “retroactividad”?»
31. Han presentado observaciones escritas el recurrente, los Gobiernos italiano y austriaco, y la Comisión Europea. Con la excepción del Gobierno italiano, las mismas partes formularon también observaciones orales en la vista, celebrada el 29 de mayo de 2018.

IV. Apreciación

32. ¿Puede invocarse una nueva norma jurídica para impugnar las repercusiones continuadas de una resolución administrativa que se adoptó y adquirió firmeza antes de que dicha nueva norma fuera aplicable? Esta es la clave de la primera cuestión prejudicial que plantea el órgano jurisdiccional remitente.
33. En circunstancias como las del asunto principal, la respuesta, en mi opinión, es que no.
34. Dada la respuesta que propongo a la primera cuestión prejudicial (parte A), el resto de cuestiones no precisa de una respuesta. Sin embargo, para el caso de que el Tribunal de Justicia alcance una conclusión diferente, también abordaré brevemente los problemas que suscitan tales cuestiones (partes B y C) y la pertinencia del artículo 157 TFUE (antiguo artículo 141 CE) en el presente asunto. Aunque en las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente no se hace referencia a esta disposición, sí ha sido mencionada por el recurrente (parte D).

A. Primera cuestión prejudicial

35. En el caso de una resolución administrativa que entraña discriminación por motivos de orientación sexual e impone una reducción de la pensión y que adquirió firmeza antes de que la Directiva 2000/78 prohibiese tal discriminación, ¿resulta incompatible con el Derecho dicha reducción de la pensión ahora que la Directiva está en vigor? Esta es la interrogante que encierra la primera cuestión prejudicial que plantea el órgano jurisdiccional remitente.

36. Según la resolución de remisión, la primera cuestión prejudicial no tiene por objeto la validez de la resolución por la que se impuso la jubilación forzosa al recurrente y se redujo su pensión. El recurrente ya la impugnó en la década de 1970 y nuevamente (sin éxito) cuando se derogó la disposición penal que tipificaba el delito.

37. En cambio, en la medida en que la resolución administrativa entraña discriminación, la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente tiene por objeto que se dilucide si es contrario a la Directiva 2000/78 *mantener los efectos* de dicha resolución en cuanto atañe a la *reducción permanente de la pensión*.

38. Al abordar esta cuestión, comenzaré recordando el enfoque general adoptado por el Tribunal de Justicia respecto del ámbito de aplicación temporal de normas nuevas a los efectos continuados de situaciones anteriores (sección 1). A continuación, me centraré en el enfoque específico del Tribunal de Justicia en materia de pensiones (sección 2). Después examinaré la jurisprudencia sobre relaciones que perduran en el tiempo (sección 3) y el alcance de la obligación de reconsiderar resoluciones anteriores (sección 4). Por último, aplicaré las conclusiones alcanzadas al presente asunto (sección 5).

39. Ahora bien, antes de examinar estas cuestiones, es preciso realizar dos observaciones preliminares.

40. En primer lugar, no parece disputarse el hecho de que la diferencia en el trato *penal* de las relaciones sexuales con menores dependiendo del carácter homosexual o heterosexual de dichas relaciones, vigente en el Derecho austriaco de 1974, no sería aceptable *actualmente*. Como es lógico, tampoco serían aceptables las referencias a la sexualidad del recurrente que se recogen en la motivación de la resolución *disciplinaria*. Ninguno de estos hechos ha sido discutido por el Gobierno austriaco. Sin embargo, dicho Gobierno ha alegado, sin que se haya refutado su alegación, que las sanciones penales y disciplinarias eran perfectamente legítimas con arreglo al Derecho austriaco de 1974 y 1975. Este Gobierno ha sugerido asimismo que tales sanciones eran conformes con la normativa europea vigente en aquel momento, que ha evolucionado desde entonces.

41. En segundo lugar, lo que está mucho menos claro en el contexto del presente asunto es la relación exacta entre las sanciones penal y disciplinaria en el litigio principal. En particular, la cuestión de si la sanción disciplinaria (de cierta severidad) fue una consecuencia necesaria o no de la condena penal ha sido objeto de extensos debates, tanto en las observaciones escritas como en la vista oral. Por un lado, a diferencia del Código Penal, las normas disciplinarias (de carácter bastante general)⁵ aplicables a la función pública no establecían una diferencia formal entre la conducta de carácter homosexual o heterosexual. Por otro lado, en su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente afirma que, si no hubiese recaído una condena penal, las medidas disciplinarias impuestas habrían sido «mucho menos severa[s]».

42. En respuesta a las cuestiones sobre la relación exacta entre las sanciones penal y disciplinaria, el Gobierno austriaco ha declarado que, en 1974, la imposición de una sanción penal firme contra un agente de policía no *bastaba* necesariamente para justificar su separación automática del servicio.⁶ Sin embargo, tampoco *se exigía* una condena penal para imponer sanciones disciplinarias. En 1974, los agentes de policía estaban obligados a tener una conducta impecable tanto cuando estaban de servicio como fuera de servicio. Por tanto, el hecho de que una determinada conducta no conllevara una condena penal (o no estuviera tipificada en modo alguno) no implicaba que no fuera cuestionable desde un punto de vista disciplinario. A este respecto, el Gobierno austriaco ha alegado, sin ser contradicho, que, *con absoluta independencia de la orientación sexual*, es muy poco probable que el hecho de que un agente de policía de 32 años incitase a jóvenes de 14 y 15 años a mantener prácticas

⁵ Véase el artículo 24 del DP, citado en el punto 16 de las presentes conclusiones.

⁶ A esto hay que añadir que, con arreglo a la legislación nacional actual, la imposición de una condena penal firme contra un funcionario tiene como consecuencia automática la terminación de la relación laboral *ex lege*, sin necesidad de que se adopte ninguna resolución disciplinaria al respecto.

sexuales en un parque se hubiese considerado una conducta ejemplar. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente ha confirmado que si esta conducta hubiese consistido en una incitación heterosexual a menores en un parque también podría haberse considerado un incumplimiento del deber, objeto en esa época de sanciones disciplinarias.

43. De lo anterior extraigo dos conclusiones. En primer lugar, entiendo que la *mera imposición* de una condena penal firme contra un agente de policía debía considerarse, por definición, un incumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo. Está bastante claro que el nivel de corrección de la conducta que deben mostrar los agentes de policía va más allá de «no cometer delitos». En este sentido, resulta lógico, por tanto, que la imposición de una condena penal incidiera directamente, por definición, en el tipo de sanciones posibles y conllevara sanciones «(mucho) más severas» que de no mediar condena penal alguna.⁷ En segundo lugar, entiendo también que, más allá de esta implicación unilateral (la imposición de una condena penal resulta en una sanción disciplinaria) a efectos de la gravedad de la sanción disciplinaria, una condena penal *no era un requisito imprescindible* para adoptar la sanción disciplinaria.

1. Ámbito de aplicación temporal de normas nuevas

a) Enfoque general

44. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en principio, una norma nueva se aplica inmediatamente «a los efectos futuros de una situación nacida durante la vigencia de la norma anterior» y el principio de protección de la confianza legítima no puede extenderse hasta el punto de impedir, «de manera general, que una norma nueva se aplique a los efectos futuros de situaciones nacidas durante la vigencia de la norma anterior».⁸

45. En cambio, con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, las normas sustantivas del Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que solo son aplicables a «situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor» en la medida en que «de sus términos, finalidad o sistema se desprenda claramente que debe atribuírseles dicho efecto».⁹

46. Según los términos empleados por el Tribunal de Justicia en otra ocasión, una norma jurídica nueva «no se aplica a las situaciones jurídicas nacidas y definitivamente consolidadas bajo el imperio de la antigua norma, [sino que] se aplica a los efectos futuros de tales situaciones, así como a las situaciones jurídicas nuevas. Únicamente deja de ser así, sin perjuicio del principio de irretroactividad de los actos jurídicos, cuando la nueva norma va acompañada de disposiciones particulares que determinan específicamente su ámbito de aplicación temporal».¹⁰

47. Las normas generales que se deducen de estos asuntos pueden describirse, por tanto, como sigue: i) no puede aplicarse una norma nueva a «situaciones definitivamente consolidadas» nacidas o resueltas con arreglo a la normativa anterior, pero sí ii) a las repercusiones futuras de «situaciones existentes» que siguen produciendo efectos. Además, únicamente podrán tenerse en cuenta circunstancias anteriores al realizar una nueva apreciación jurídica con arreglo a la nueva normativa si dicha apreciación está prevista o resulta necesaria atendiendo al carácter o a la estructura de la norma nueva.

⁷ Como se deduce del tenor del artículo 87 del DP (véase el anterior punto 16), entonces vigente.

⁸ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de mayo de 1979, Tomadini (84/78, EU:C:1979:129), apartado 21, y de 6 de octubre de 2015, Comisión/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647), apartado 49.

⁹ Sentencia de 6 de octubre de 2015, Comisión/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647), apartado 50.

¹⁰ Sentencia de 26 de marzo de 2015, Comisión/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203), apartado 32.

48. Este es también el criterio adoptado en relación con la adhesión de un nuevo Estado miembro a la Unión Europea,¹¹ tanto en cuanto atañe a la aplicación nacional de (nuevas) normas de la Unión como en lo relativo a la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de peticiones de decisión prejudicial sobre dichas situaciones. Los hechos pasados (esto es, previos a la adhesión) pueden tomarse en consideración si son pertinentes y si es necesario apreciarlos (nuevamente) en el proceso de aplicación de las nuevas disposiciones tras la adhesión.¹² De este modo, por ejemplo, no incumbía al Tribunal de Justicia, en lo esencial, volver a apreciar jurídicamente sobre el fondo, tras la adhesión, si las cláusulas de un contrato celebrado con los consumidores antes de la adhesión eran injustos o no, aun cuando dicho contrato se estaba ejecutando efectivamente tras la adhesión.¹³ En cambio, el Tribunal de Justicia sí se declaró competente para apreciar si la legislación nacional que limitaba el importe de los intereses de demora vinculados a una operación comercial celebrada mucho antes de la adhesión, pero que seguía produciendo efectos (y el cálculo definitivo de esos intereses) tras la adhesión, era compatible con el Derecho de la Unión.¹⁴

b) Asunto Ciola

49. En sus observaciones escritas y orales, tanto el recurrente como la Comisión se han basado profusamente en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Ciola.¹⁵ En efecto, esta sentencia debe examinarse con detalle, dado que demuestra cómo se aplican en un asunto concreto las pautas generales señaladas en la letra a) de esta sección.

50. La fecha clave en Ciola era el 1 de enero de 1995, fecha en la que Austria se adhirió a las Comunidades Europeas. En ese momento, sin perjuicio, por supuesto, de las excepciones expresas, todo el Derecho comunitario, incluidas las disposiciones en materia de libre circulación, entró en vigor y pasó a ser inmediatamente aplicable en ese nuevo Estado miembro.

51. La sociedad del Sr. Ciola era titular y arrendataria de 200 puestos de atraque para embarcaciones de recreo situados en la parte austriaca del lago Constanza. Una resolución administrativa de 1990 establecía que podía arrendarse a residentes en el extranjero un máximo de 60 puestos de atraque.¹⁶ Además, obligaba a presentar todos los años una lista de los puestos de atraque concedidos a personas residentes en el extranjero.¹⁷

52. El 10 de julio de 1996 (18 meses después de la adhesión), se adoptó una nueva resolución administrativa individual que declaró a la sociedad culpable de arrendar a residentes en el extranjero dos puestos de atraque, en enero y mayo de 1995, que rebasaban el contingente máximo de 60. Por cada una de estas infracciones de la resolución administrativa de 1990 se impusieron sendas multas al

11 Que, en cierto modo, no difiere en cuanto al principio, sino por cuestiones de magnitud (se «modifica», en efecto, todo el ordenamiento jurídico).

12 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 14 de junio de 2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348) (procedimiento ante la autoridad pendiente en la fecha de adhesión, resolución posterior a la adhesión); de 22 de diciembre de 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816), apartados 22 a 27 (solicitud de autorización previa a la adhesión, resolución adoptada tras la adhesión); de 24 de noviembre de 2011, Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772), apartado 29 (contrato de licencia previo a la adhesión, supuesto incumplimiento de derechos de propiedad intelectual tras la adhesión); de 12 de septiembre de 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544), apartado 30 (contrato de trabajo previo a la adhesión, jubilación posterior a la adhesión), y de 3 de septiembre de 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133), apartados 21 a 24 (accidente laboral previo a la adhesión, correspondiente acto jurídico objeto de impugnación posterior a la adhesión).

13 Sentencia de 10 de enero de 2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9).

14 Sentencia de 15 de diciembre de 2016, Nemec (C-256/15, EU:C:2016:954).

15 Sentencia de 29 de abril de 1999 (C-224/97, EU:C:1999:212).

16 Sentencia de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212), apartados 3 y 4.

17 Conclusiones del Abogado General Mischo presentadas en el asunto Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598), punto 5.

Sr. Ciola.¹⁸ El Sr. Ciola recurrió la resolución sancionadora de 1996. Cuando el asunto se remitió al Tribunal de Justicia, en su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente preguntó expresamente por el ámbito de aplicación temporal de esa limitación, dado que la resolución administrativa original había adquirido firmeza antes de la adhesión.

53. El Tribunal de Justicia comenzó su razonamiento confirmando que el contingente de puestos de atraque para residentes en el extranjero era contrario a las disposiciones sobre libre circulación de servicios. Sin embargo, añadió que «el litigio no versa sobre el destino del propio acto administrativo, en el presente asunto la resolución de 9 de agosto de 1990, sino sobre la cuestión de si tal acto debe dejarse inaplicado *al apreciar la procedencia de una sanción impuesta* [después de la fecha de adhesión] por el incumplimiento de una obligación que deriva de él, debido a su incompatibilidad con el principio de libre prestación de servicios».¹⁹ El Tribunal de Justicia concluyó que dicho acto debía dejarse inaplicado.

54. En el presente asunto, el recurrente se basa en la sentencia de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212) como si esta ratificara efectivamente que una persona que sufre los efectos negativos de una resolución administrativa tiene derecho a que estos se neutralicen si, hipotéticamente, la resolución administrativa *hubiera sido* incompatible con una nueva normativa, de haber sido adoptada tras la entrada en vigor de esta.

55. Ahora bien, esta conclusión no se deduce de la sentencia de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212). En ella, el recurrente impugnaba la *validez de una multa* que había sido impuesta mediante una resolución *posterior a la entrada en vigor* en Austria de las disposiciones en materia de libre circulación. Además, la multa se impuso *por determinadas acciones* que había llevado a cabo la sociedad del Sr. Ciola —el arrendamiento de puestos de atraque en enero y mayo de 1995— que *en sí mismas* eran posteriores a la adhesión.

56. Por tanto, resulta bastante evidente que en el asunto Ciola (sentencia de 29 de abril de 1999, C-224/97, EU:C:1999:212) resultaba aplicable la nueva ley posterior a la adhesión y que, como es lógico, dicha aplicación era necesaria para apreciar una nueva situación. Los hechos posteriores a la adhesión (arrendamiento de puestos de atraque) debían apreciarse con arreglo a la nueva legislación en vigor tras la adhesión y ser conformes con ella (la legislación nacional tenía que adaptarse prospectivamente para adecuarse a la normativa de la Unión que acababa de entrar en vigor). Además, es evidente que no se produjo una «neutralización» de los efectos (anteriores) de la resolución de 1990 en el sentido que sugiere el recurrente. El Tribunal de Justicia no declaró que debiera revisarse dicha resolución ni pagarse ninguna compensación al respecto. En cambio, únicamente se exigió que la resolución anterior, incompatible ya con las nuevas disposiciones posteriores a 1995, dejara de aplicarse tras la adhesión en el contexto de la imposición de sanciones administrativas.

2. Jurisprudencia específica en materia de pensiones

57. El enfoque general descrito en la sección anterior resulta asimismo aplicable en el contexto de la Directiva 2000/78 y los regímenes de pensiones.²⁰ Ahora bien, la *manera* en concreto en que estas normas se aplican a casos particulares no es necesariamente evidente. No pueden obviarse las particularidades de los regímenes de pensiones. Los derechos se devengan y las pensiones se pagan

18 Véanse la sentencia de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212), apartado 8, y las conclusiones del Abogado General Mischo presentadas en el asunto Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598), punto 6.

19 Sentencia de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212), apartados 25 y 34; el subrayado es mío. Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Mischo presentadas en el asunto Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598), puntos 40 a 43.

20 Sentencias de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), y de 10 de mayo de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78 excluye del ámbito de aplicación de esta algunos regímenes de pensiones.

durante décadas, a lo largo de las cuales las disposiciones normativas pueden sufrir cambios significativos. El hecho de que los litigios relativos a pensiones puedan tener repercusiones dinerarias tan elevadas para el particular y, en su conjunto, para el Estado y para los fondos de pensiones privados, hacen que este sea un ámbito muy delicado.

58. Esta es, sin duda, una característica importante que puede apreciarse en la jurisprudencia en materia de pensiones que se examinará en la presente sección. La mayor parte de esas sentencias versa sobre resoluciones en materia de pensiones que han sido adoptadas *después* de la entrada en vigor de normas nuevas.

a) Hechos anteriores, nueva normativa y necesidad de una nueva resolución

59. El Tribunal de Justicia ha dictado muchas sentencias específicamente en materia de pensiones en las que ha confirmado que, al establecer el derecho a una pensión, deben tenerse en cuenta los hechos anteriores a la entrada en vigor de nuevas normas que prohíben la discriminación (en particular, los períodos de servicio).

60. Así, por ejemplo, los asuntos Bruno y otros y O'Brien²¹ versan sobre la igualdad de trato de trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, consagrada en la Directiva 97/81/CE.²² En estos asuntos, el Tribunal de Justicia declaró que, para determinar si una persona tenía derecho a una pensión, debían tenerse en cuenta los períodos de trabajo a tiempo parcial anteriores a la entrada en vigor de dicha Directiva.²³ Tanto en Bruno y otros como en O'Brien se concluyó que la pensión debía calcularse *tras* la entrada en vigor de la Directiva.²⁴

61. La conclusión fue similar en los asuntos Barber²⁵ y Ten Oever,²⁶ relativos a una supuesta discriminación por razón de sexo contraria al artículo 119 CE. En estos asuntos, la pensión se calculó *tras* la entrada en vigor del artículo 119 CE.²⁷

62. En el asunto Maruko,²⁸ se examinó la negativa a otorgar una pensión de supervivencia basada en una supuesta discriminación por motivos de orientación sexual contraria a la Directiva 2000/78. Al igual que en el asunto Ten Oever,²⁹ el hecho pertinente se había producido y la nueva resolución se había adoptado *tras* la expiración del plazo de transposición (fallecimiento del cónyuge y resolución denegatoria de la pensión de supervivencia, respectivamente).³⁰

21 Sentencias de 10 de junio de 2010, Bruno y otros (C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329), y de 1 de marzo de 2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110).

22 Directiva del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES — Anexo: Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (DO 1998, L 14, p. 9).

23 Sentencias de 10 de junio de 2010, Bruno y otros (C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329), apartado 55, y de 1 de marzo de 2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110), apartados 24 y 25.

24 En el asunto O'Brien (sentencia de 1 de marzo de 2012, O'Brien, C-393/10, EU:C:2012:110), en 2005. En la sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros (C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329), el Tribunal de Justicia no confirmó este extremo de manera explícita, si bien el apartado 12 de la sentencia permite inferir que ninguno de los demandantes se había jubilado. En las conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Bruno y otros, la Abogada General Sharpston señaló que, «por tanto, la Directiva 97/81 es aplicable al cálculo de las semanas computables para el acceso a la pensión objeto del litigio principal, *siempre y cuando ninguno de los demandantes se hubiera jubilado definitivamente antes de la entrada en vigor de la Directiva*. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si este es el caso». Véanse las conclusiones de la Abogada General Sharpston presentadas en los asuntos acumulados Bruno y otros (C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:28), punto 40. El subrayado es mío.

25 Sentencia de 17 de mayo de 1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

26 Sentencia de 6 de octubre de 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

27 En la sentencia de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833), el supuesto derecho a una pensión de supervivencia nació tras el fallecimiento de la esposa en 1988. El Sr. Barber había sido despedido en 1980.

28 Sentencia de 1 de abril de 2008 (C-267/06, EU:C:2008:179).

29 Sentencia de 6 de octubre de 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

30 Véase la sentencia de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), apartado 21.

63. Los asuntos Kauer y Duchon,³¹ por su parte, versaban sobre una discriminación por razón de la nacionalidad. En estos asuntos, los demandantes solicitaron una pensión en Austria *después* de la adhesión y pidieron que se tuvieran en cuenta determinados hechos acaecidos en otros Estados miembros antes de la adhesión (en el caso de Kauer, períodos dedicados al cuidado de hijos en Bélgica, y en el caso de Duchon, un accidente laboral en Alemania que dio lugar a una incapacidad).

64. En resumen, todos los anteriores asuntos en materia de pensiones tienen por objeto situaciones en las que se toman en consideración determinados hechos anteriores a una nueva normativa al adoptar una resolución *posterior* a esta. Esto se adecua perfectamente al patrón de la jurisprudencia general citada anteriormente: existe una situación fáctica continuada que, tras la entrada en vigor de una nueva normativa, debe ser objeto de una nueva apreciación jurídica. En tales situaciones y, en particular, en el ámbito de la seguridad social, es totalmente lógico que se tengan en cuenta todos los elementos fácticos pertinentes anteriores a la nueva normativa.

65. Por este motivo, en mi opinión, esta jurisprudencia no puede aplicarse en el presente asunto, en el que los hechos, las disposiciones aplicables y la propia resolución administrativa son anteriores a la nueva normativa. Los únicos hechos posteriores a la nueva normativa son los pagos de la pensión que recibe el recurrente.

66. Ello es tanto más cierto cuanto que la resolución supuestamente discriminatoria objeto del presente asunto versa sobre la apreciación jurídica y la aplicación del Derecho a hechos que, como tales, no están *directamente* relacionados con el derecho a pensión o con el cálculo de esta. La supuesta discriminación atañe a una resolución disciplinaria en la que, tras confirmarse la culpabilidad del recurrente, se impuso a este una doble sanción disciplinaria.³² Por supuesto, no puede negarse que dicha resolución incidiera en la pensión del recurrente.³³ Sin embargo, a diferencia de los asuntos examinados en esta sección, el presente litigio no tiene por objeto, por ejemplo, ninguna condición objetiva del derecho a pensión, relativa a situaciones personales o a los períodos de servicio, sino una resolución disciplinaria subyacente y autónoma inducida por un conjunto concreto de hechos.

b) Pensiones existentes, nueva normativa y situaciones actuales

67. La sentencia recaída en el asunto Römer,³⁴ que ha sido citada por todas las partes, tampoco encaja demasiado bien en el patrón anterior. Por tanto, es conveniente examinarla con mayor detenimiento.

68. En ese asunto, el demandante, en efecto, estaba jubilado y cobraba su pensión cuando en 2001 (es decir, antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2000/78) constituyó una pareja estable inscrita con su compañero. Al Sr. Römer se le denegó la escala de gravamen que le habría resultado aplicable en circunstancias normales de haber contraído matrimonio (heterosexual)³⁵ y que le habría dado derecho a una pensión mayor.

69. El Tribunal de Justicia señaló, en esencia, que, en la medida en que se había producido una discriminación, el Sr. Römer podía exigir que se le dispensara igualdad de trato a efectos fiscales *a partir de la expiración del plazo de transposición* de la Directiva 2000/78. Ahora bien, a diferencia del resto de asuntos antes citados, en el asunto Römer (sentencia de 10 de mayo de 2011, C-147/08, EU:C:2011:286) la pensión se había calculado mediante resolución antes de la entrada en vigor de la nueva normativa. La cuestión versaba sobre el *mantenimiento de la discriminación* en los ulteriores pagos y en la situación fiscal del demandante.

31 Sentencias de 7 de febrero de 2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82), y de 18 de abril de 2002, Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234).

32 La parte dispositiva de esta resolución se reproduce en el anterior punto 19.

33 Véanse los anteriores puntos 21 y 22.

34 Sentencia de 10 de mayo de 2011 (C-147/08, EU:C:2011:286).

35 Más concretamente, la escala de gravamen de los ingresos netos ficticios utilizada para el cálculo de la pensión.

70. Pues bien, ese asunto es diferente del que nos ocupa, por dos motivos en particular.

71. En primer lugar, es cierto que la situación fiscal del Sr. Römer se había determinado antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2000/78, de modo que, en este sentido, se trataba de una resolución «firme». Sin embargo, también es cierto que la ley nacional aplicable contemplaba la posibilidad de *revisar* el tratamiento fiscal en caso de producirse un *cambio en las circunstancias personales*. Por tanto, como señaló el Tribunal de Justicia, si, con arreglo a la normativa nacional aplicable, «los requisitos [de aplicación de una escala de gravamen más favorable] solo concurren después de que comience a abonarse la pensión de jubilación, a partir de ese momento se aplicará esta última disposición, si el interesado así lo solicita».³⁶

72. En el asunto Römer (sentencia de 10 de mayo de 2011, C-147/08, EU:C:2011:286), por ende, existía un mecanismo que permitía adoptar nuevas resoluciones teniendo en cuenta nuevas circunstancias personales y, a efectos del cálculo de prestaciones sociales, cambios pertinentes en tales circunstancias.

73. En segundo lugar, y de mayor importancia, al margen de la cláusula de revisión mencionada, la sentencia de 10 de mayo de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286), examina la manera en que una nueva normativa (la Directiva 2000/78) puede aplicarse a la *situación personal actual* de un individuo al objeto de revisar una *resolución sobre sus derechos de pensión*.

74. En mi opinión, esa situación es completamente diferente del tipo de aplicación temporal que defiende el recurrente en el presente litigio. En el asunto que nos ocupa, lo que se propone no es la posibilidad (legalmente prevista) de tener en cuenta las circunstancias personales en relación con un ajuste futuro, sino la revisión, a la luz de normas nuevas, de un *conjunto de hechos cerrado* que tuvo lugar hace muchos años y de la *resolución disciplinaria* adoptada al respecto, con el objetivo de modificar sus repercusiones sobre los derechos de pensión.

c) ¿Hay excepciones a la norma?

75. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha dictado algunas sentencias aisladas en la que la resolución de conceder una pensión y todos los hechos pertinentes son de fecha aparentemente anterior a la nueva normativa. En otras palabras, ya se ha adoptado una resolución por la que se concede (o deniega) una pensión y se fija la cuantía de esta, pero se invocan nuevas normas que permiten reconsiderar tal resolución sin que existan nuevos hechos ni hayan cambiado las circunstancias personales.

76. Ahora bien, en la práctica, tales sentencias son excepcionales y, si se analizan con detalle, permiten observar fácilmente sus características distintivas. En el asunto P./Comisión,³⁷ la demandante se había divorciado de un funcionario de la Comisión. Cuando el funcionario falleció, P. no tenía derecho a una pensión de supervivencia porque la «responsabilidad» del divorcio no recaía exclusivamente en el difunto. Pocos meses después del fallecimiento, entró en vigor una nueva normativa que *habría dado derecho a P.* a una pensión de supervivencia.³⁸ El Tribunal de Justicia aplicó la nueva normativa y reconoció un derecho a pensión a favor de P. a partir de la fecha de la entrada en vigor de tal normativa.

³⁶ Sentencia de 10 de mayo de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286), apartado 19.

³⁷ Sentencia de 5 de febrero de 1981 (40/79, EU:C:1981:32).

³⁸ En esencia, el requisito de que el difunto fuese el único responsable quedó derogado y fue sustituido por uno nuevo que exigía que el cónyuge superviviente *no* fuese el único responsable.

77. El asunto P./Comisión (sentencia de 5 de febrero de 1981, 40/79, EU:C:1981:32) presenta, sin embargo, algunas características particulares. En efecto, la Comisión presentó sólidos argumentos a favor de la aplicación de la nueva normativa (se opuso al pago de la pensión por otros motivos). Otras instituciones aplicaban la normativa con efectos inmediatos y, en opinión de la Comisión, el no hacerlo hubiera dado lugar a una discriminación entre funcionarios. Además, la resolución original por la que se denegó la pensión a P. se había adoptado, en la práctica, algunos días *después* de la entrada en vigor de la nueva normativa (aunque el fallecimiento del exmarido se produjera con anterioridad).

78. En el asunto Brock,³⁹ se concedió a la demandante una pensión de invalidez en 1958. En 1961, dicha pensión se transformó en una de vejez. La cuestión radicaba, en esencia, en determinar si la nueva normativa, que exigía tener en cuenta las contribuciones en otros Estados miembros y había entrado en vigor el 1 de enero de 1964, era aplicable. El Tribunal de Justicia concluyó que sí lo era.

79. En mi opinión, resulta significativo que en ese asunto la normativa pertinente contenía una disposición que *contemplaba expresamente la posibilidad de revisar las pensiones que habían sido calculadas antes de su entrada en vigor*.

80. Sin embargo, el elemento que más diferencia los asuntos P./Comisión (sentencia de 5 de febrero de 1981, 40/79, EU:C:1981:32) y Brock (sentencia de 14 de abril de 1970, 68/69, EU:C:1970:24) del que nos ocupa es que, en aquellos, las resoluciones pertinentes versaban sobre la apreciación de las *condiciones de concesión de la pensión con arreglo a la nueva normativa*.

81. Obviamente, esto difiere de la *apreciación de una conducta anterior con arreglo a la nueva normativa* a efectos de determinar lo distintas que habrían sido una resolución (disciplinaria) y las repercusiones de esta en los consiguientes derechos de pensión.

82. Así, por ejemplo, en el asunto P./Comisión (sentencia de 5 de febrero de 1981, 40/79, EU:C:1981:32), la exmujer no solicitó una nueva apreciación de su divorcio al objeto de determinar si su exmarido había sido el único responsable de este. En el asunto Brock (sentencia de 14 de abril de 1970, 68/69, EU:C:1970:24), el trabajador incapacitado no solicitó una nueva apreciación de las circunstancias de su accidente para establecer si podía considerarse un accidente laboral. Las resoluciones relativas a la responsabilidad del divorcio o al accidente tenían carácter firme, al igual que la resolución disciplinaria objeto del presente asunto.

83. En resumen, sentencias como P./Comisión (sentencia de 5 de febrero de 1981, 40/79, EU:C:1981:32) y Brock (sentencia de 14 de abril de 1970, 68/69, EU:C:1970:24) tienen, a primera vista, mayor efecto retroactivo que otros asuntos antes expuestos. Sin embargo, al margen de que son asuntos relativamente antiguos y aislados, pueden distinguirse claramente del presente litigio. En cualquier caso, está claro, en mi opinión, que esas sentencias no pueden interpretarse en el sentido de que la adopción de normas nuevas genera un derecho absoluto a revisar una resolución administrativa subyacente anterior, que ha adquirido firmeza, a la luz de dichas normas nuevas y a realizar los ajustes correspondientes en los pagos de pensiones.

³⁹ Sentencia de 14 de abril de 1970 (68/69, EU:C:1970:24).

d) Disposiciones transitorias

84. Por último, conviene examinar otra línea jurisprudencial en el ámbito de las pensiones relativa a la Directiva 79/7/CEE.⁴⁰ Esta Directiva exigía a los Estados miembros aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. En el marco de dicho proceso, los Estados miembros modificaron su normativa nacional en materia de prestaciones para eliminar toda discriminación por razón de sexo.

85. Tales cambios legislativos dieron lugar a varios procedimientos prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Por cuanto aquí interesa, en dichos asuntos, se había denegado a las demandantes, con arreglo a normas nacionales discriminatorias, determinadas prestaciones de seguridad social mediante una resolución adoptada *antes del plazo de transposición* de la Directiva. En efecto, trataban de obtener esos beneficios *una vez transcurrido el plazo de transposición*, mediante la aplicación de normas nuevas no discriminatorias.

86. El Tribunal de Justicia ha confirmado en reiteradas ocasiones que, tras la expiración del plazo de transposición, los efectos de la discriminación deben eliminarse. Ahora bien, si se examinan con atención, estos asuntos son, de nuevo, muy distintos del presente.

87. Por ejemplo, en el asunto *Borrie Clarke*,⁴¹ la legislación nacional imponía un requisito adicional a las mujeres que solicitaban una pensión de invalidez en comparación con los hombres (la falta de capacidad para realizar tareas domésticas). La demandante no reunía dicho requisito adicional, por lo que, en 1983, se denegó su solicitud de pensión. La legislación nacional se modificó posteriormente para adecuarse a la Directiva. La pensión de invalidez se sustituyó por una prestación por invalidez y se exigieron nuevos requisitos, iguales para ambos sexos. Sin embargo, como parte de la transición, las personas a las que se habían concedido pensiones de invalidez antes de la nueva legislación recibieron automáticamente la prestación por invalidez, sin necesidad de que concurrieran los nuevos requisitos. Por consiguiente, las disposiciones transitorias confirmaron y perpetuaron la discriminación.

88. El Tribunal de Justicia señaló que «si, a partir del [plazo de transposición], un hombre que se encontraba en la misma situación que una mujer tenía derecho automáticamente, con arreglo a las disposiciones transitorias antes mencionadas, a la nueva prestación por invalidez grave sin tener que probar nuevamente sus derechos, la mujer [tenía] igualmente derecho a ello sin tener que cumplir un requisito adicional aplicable, antes de esa fecha, únicamente a las mujeres casadas».⁴²

89. En mi opinión, las circunstancias de *Borrie Clarke* son similares a las del resto de los asuntos relativos a pensiones antes expuestos en la letra a). Las disposiciones transitorias suponían, en efecto, una nueva forma de aplicación (o, al menos, una renovación de la resolución anterior con arreglo a la nueva normativa) de las normas discriminatorias en el futuro. En consecuencia, esta línea jurisprudencial también es diferente del presente asunto.

90. El resto de sentencias versan sobre un tipo de situación similar, aunque en referencia a distintos tipos de prestaciones.⁴³

⁴⁰ Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

⁴¹ Sentencia de 24 de junio de 1987 (384/85, EU:C:1987:309).

⁴² Sentencia de 24 de junio de 1987, *Borrie Clarke* (384/85, EU:C:1987:309), apartado 12.

⁴³ Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de marzo de 1988, *Dik y otros* (80/87, EU:C:1988:133).

3. Relaciones que perduran en el tiempo

91. En sus observaciones escritas, la Comisión cita asimismo el asunto *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁴ y establece un paralelismo con el mantenimiento de la discriminación en el pago de salarios mensuales. Esto está en línea con las alegaciones del recurrente, que en reiteradas ocasiones se refieren al mantenimiento de la discriminación consistente en la reducción de los pagos periódicos de la pensión.

92. En la medida en que la alusión a esta línea jurisprudencial podría considerarse favorable a una argumentación contraria a la expuesta en la sección anterior, no veo cómo podría respaldar las pretensiones del recurrente. A mi juicio, también en esta ocasión, esta jurisprudencia es, simplemente, distinta.

93. En el asunto *Österreichischer Gewerkschaftsbund*,⁴⁵ a efectos del cálculo de la retribución de los profesores contratados, la legislación austriaca tenía en cuenta toda la experiencia docente anterior adquirida en Austria. La experiencia docente en otros Estados miembros únicamente se tomaba en consideración de forma limitada. El Tribunal de Justicia consideró que tal limitación era contraria a la libre circulación de trabajadores. Asimismo declaró que, para subsanar la discriminación, la experiencia docente en otros Estados miembros debía tenerse en cuenta íntegramente, aun cuando hubiese sido adquirida *antes de la adhesión de Austria*.

94. En realidad, la sentencia de 30 de noviembre de 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-195/98, EU:C:2000:655) forma parte de un conjunto de sentencias en las que, en efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado esencialmente que, en el ámbito laboral, los hechos previos a la entrada en vigor de normas nuevas deben tomarse en consideración para calcular la retribución de los empleados si son pertinentes a tales efectos con arreglo al nuevo régimen legal.⁴⁶ Así, por ejemplo, en una serie de casos que empezó con el asunto *Hütter*, el Tribunal de Justicia señaló que las normas austriacas que prohíben tener en cuenta la experiencia profesional adquirida antes de los 18 años para determinar la escala salarial de los funcionarios eran contrarias a la prohibición de discriminación por razón de edad con arreglo a la Directiva 2000/78.⁴⁷ Las escalas salariales debían ajustarse para eliminar la discriminación, incluso en los casos en los que la experiencia pertinente se había adquirido antes de la expiración del plazo de transposición de dicha Directiva.

95. En mi opinión, no es posible establecer un paralelismo directo entre tales asuntos, relativos a la aplicación de ajustes salariales con el objetivo de suprimir una discriminación, y asuntos como el presente, por una sencilla razón: la relación laboral en asuntos como *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (sentencia de 30 de noviembre de 2000, C-195/98, EU:C:2000:655) perduraba en el tiempo, con sus consiguientes derechos y obligaciones recíprocos. El empleado pertenece a un nivel o categoría y cuenta con un determinado número de años de experiencia pertinente, que se utilizan cada mes para calcular su retribución. Por tanto, todos los meses se produce una «renovación», es decir, una nueva aplicación de la normativa existente a efectos del cálculo adecuado de su retribución, que requiere realizar continuos ajustes a la luz de las nuevas normas y de los cambios en su situación

⁴⁴ Sentencia de 30 de noviembre de 2000 (C-195/98, EU:C:2000:655).

⁴⁵ Sentencia de 30 de noviembre de 2000 (C-195/98, EU:C:2000:655).

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513); de 26 de octubre de 2006, *Comisión/Italia* (C-371/04, EU:C:2006:668), y de 18 de junio de 2009, *Hütter* (C-88/08, EU:C:2009:381).

⁴⁷ Sentencias de 18 de junio de 2009, *Hütter* (C-88/08, EU:C:2009:381); de 28 de enero de 2015, *Starjakob* (C-417/13, EU:C:2015:38), y de 14 de marzo de 2018, *Stollwitzer* (C-482/16, EU:C:2018:180).

personal.⁴⁸ Esta situación es, de hecho, similar en cierto modo a los hechos del asunto Römer (sentencia de 10 de mayo de 2011, C-147/08, EU:C:2011:286), en el que determinadas disposiciones legales específicas relativas al cambio de la situación personal del demandante permitían una «renovación» similar.⁴⁹

96. En cambio, en asuntos como el presente, la relación laboral ha finalizado,⁵⁰ todos los derechos de pensión se han devengado antes de dicha finalización y la resolución disciplinaria consistente en la reducción del 25 % se adoptó en 1975 sobre la base de hechos pasados y es firme. Los efectos prácticos de dicha resolución siguen sintiéndose, al igual que sucede con cualquier hecho acaecido en el pasado, pero no perdura ninguna relación jurídica que exija una nueva apreciación con arreglo a la nueva normativa. Ningún hecho pasado sigue siendo pertinente. En este sentido, los efectos jurídicos de los hechos pasados se han extinguido.

4. Reconsideración de resoluciones anteriores

97. Por último, en aras de un examen exhaustivo, debe añadirse que, en el Derecho de la Unión, además de las normas relativas a la aplicación temporal de normas nuevas a hechos pasados o relaciones jurídicas que perduran, también existe una obligación limitada de volver a considerar resoluciones anteriores si estas son incompatibles con el Derecho de la Unión.

98. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia señala la importancia del principio de cosa juzgada para garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia. Las resoluciones judiciales que han adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos no pueden impugnarse.⁵¹ Esto es así aun cuando ello permitiera a un órgano jurisdiccional nacional subsanar una vulneración del Derecho de la Unión por la resolución en cuestión.⁵²

99. Es cierto que las resoluciones firmes se pueden reconsiderar, pero únicamente cuando concurren circunstancias verdaderamente excepcionales. Estas circunstancias engloban el pronunciamiento de una sentencia basada en una interpretación del Derecho de la Unión que es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, y el hecho de que el interesado se haya dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁵³

100. Ahora bien, al margen de cómo delimitar exactamente el umbral de «excepcionalidad», el denominador común de estos pocos asuntos en los que se imponía tal obligación era, como es lógico, que la incompatibilidad *ya existía* en el momento en el que se adoptó la resolución en el ámbito nacional. Por tanto, la resolución original ya vulneraba el Derecho de la Unión.

48 De nuevo, de conformidad con las reglas generales según las cuales el contenido específico de los derechos y obligaciones mutuos en el marco de relaciones jurídicas que perduran —como, por ejemplo, contratos celebrados con arreglo al régimen jurídico anterior— deberá modificarse *prospectivamente* para adecuarse a la nueva normativa; a este respecto, véanse, verbigracia, mis conclusiones presentadas en el asunto Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619), punto 41.

49 Véanse los anteriores puntos 67 a 74.

50 En la resolución de remisión se explica que, técnicamente, la «relación laboral en activo» se ha transformado en una «relación laboral de jubilación». Lo esencial es que el funcionario ya no está en activo.

51 Véase, por ejemplo, la sentencia de 11 de noviembre de 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742), apartado 38 y jurisprudencia citada.

52 Sentencias de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), apartados 46 y 47, y de 16 de marzo de 2006, Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), apartado 21.

53 Estas circunstancias excepcionales fueron objeto de examen en las sentencias de 13 de enero de 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), apartado 28, y de 18 de julio de 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), apartado 63.

101. En cambio, en el presente asunto, en el momento en el que se adoptaron las resoluciones pertinentes (la resolución disciplinaria y la resolución por la que se concedió una pensión al recurrente), Austria no era un Estado miembro y la Directiva 2000/78 aún no se había adoptado. Además, tal como alega el Gobierno austriaco, sin que el recurrente lo haya negado, la resolución disciplinaria era compatible con el Derecho nacional cuando fue adoptada en 1974.

102. Por tanto, no concurre en este asunto ninguna circunstancia excepcional que justifique reconsiderar resoluciones administrativas firmes ni, con mayor motivo, ningún elemento que justifique una norma más general y de mayor alcance sobre la aplicación temporal del Derecho de la Unión destinada a alcanzar el mismo resultado.

5. Aplicación al presente asunto

103. Las principales conclusiones que pueden extraerse de la jurisprudencia antes examinada son las siguientes.

104. En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los efectos temporales de la nueva normativa y los derechos de pensión se centra en gran medida en situaciones en las que el derecho de pensión se estableció *después* de la entrada en vigor de la nueva normativa.

105. En segundo lugar, la jurisprudencia relativa a relaciones (laborales) que perduran y al ajuste de la escala salarial y de la retribución mensual no puede aplicarse al pago de pensiones, calculadas y satisfechas desde (mucho) antes de la entrada en vigor de la nueva normativa.

106. En tercer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no permite respaldar con una base sólida la propuesta general según la cual los efectos continuados sobre las pensiones que tienen las resoluciones administrativas que han adquirido firmeza *antes* de la entrada en vigor de la nueva normativa deben revisarse teniendo en cuenta la forma en que se habría aplicado la nueva normativa. Además, dicha propuesta es contraria a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia en materia de cosa juzgada.

107. Ya he tratado de señalar las peculiaridades del presente litigio y de explicar por qué no puede englobarse en ninguna de las categorías descritas en las correspondientes secciones de las presentes conclusiones. En resumen, considero que, en este asunto, la jubilación forzosa y la fijación de una pensión reducida pasaron a ser una «situación definitivamente consolidada» en el sentido de la jurisprudencia citada en el anterior punto 46 antes de que expirase el período transitorio de la Directiva 2000/78. El pago continuado de una pensión al recurrente no puede considerarse un «efecto futuro» de una situación que surgió antes de dicha Directiva, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que exige que tales efectos sean eliminados o modificados.

108. La resolución disciplinaria se impugnó sin éxito en la década de los 70. La cuestión jurídica de la condición de agente de policía jubilado del recurrente y de la reducción de su pensión ya se resolvió en ese momento. El recurrente ha estado percibiendo su pensión desde 1976. No se ha adoptado ni debería haberse adoptado ninguna resolución nueva tras la extinción del plazo de transposición de la Directiva 2000/78.

109. Además, todos los hechos pertinentes del presente asunto, en los que se basó la resolución disciplinaria, sucedieron en los años 70. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el asunto *Römer* (sentencia de 10 de mayo de 2011, C-147/08, EU:C:2011:286), no existe ningún hecho actual relativo a la situación personal existente del recurrente que deba reconsiderarse con arreglo a la Directiva 2000/78.

110. No creo que asuntos como Brock (sentencia de 14 de abril de 1970, 68/69, EU:C:1970:24) y P./Comisión (sentencia de 5 de febrero de 1981, 40/79, EU:C:1981:32) puedan servir para fundamentar la propuesta general según la cual existe un derecho a revisar las pensiones consistente en la aplicación retroactiva de una nueva normativa a una resolución anterior que afecte al derecho a pensión y a la cuantía de esta. Además, en mi opinión, Brock y P./Comisión son asuntos muy distintos del presente asunto. En esos dos asuntos, la resolución administrativa anterior se adoptó aplicando una serie de requisitos bastante específicos y objetivos en relación con el derecho a la pensión y la cuantía de esta. Los cambios legislativos posteriores modificaron tales requisitos. Esto contrasta con el presente asunto, en el que lo que se propone de hecho es reconsiderar un procedimiento disciplinario de hace 40 años a la luz de nuevas normas en materia de discriminación y realizar una apreciación cualitativa de si la correspondiente resolución habría sido diferente y en qué medida.

111. En sus observaciones, el recurrente insiste en el carácter «continuado» de la discriminación, que se traduce en una reducción de la pensión mensual. Ahora bien, de los asuntos relativos a las relaciones jurídicas que perduran en el tiempo y a la necesidad de adaptar tales relaciones gradualmente a la luz de la nueva normativa, como los asuntos Österreichischer Gewerkschaftsbund (sentencia de 30 de noviembre de 2000, C-195/98, EU:C:2000:655) o Römer (sentencia de 10 de mayo de 2011, C-147/08, EU:C:2011:286), se deduce claramente que la mera percepción de pagos mensuales con arreglo a resoluciones firmes de 1975 y 1976 no requiere una nueva apreciación de ningún hecho pertinente.

112. Lo que en realidad se solicita en el presente asunto es una nueva apreciación de una resolución disciplinaria subyacente, de carácter firme, a la luz de nuevas normas en materia de prohibición de discriminación, al objeto de establecer las repercusiones en la pensión mensual. El tenor de la versión alemana de la última frase de la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente —que se refiere a la adopción de un nuevo tipo de resolución «gedachte» que, de haber sido adoptada tras la entrada en vigor de la Directiva 2000/78, sería contraria a esta última— quizás capte mejor la verdadera esencia de la pretensión del recurrente. «Gedachte» puede traducirse, en efecto, como «hipotética», aunque su verdadero significado en este contexto es más bien (completamente) «imaginaria».

113. En mi opinión, en un asunto como el presente, es evidente que el Derecho de la Unión no reconoce a los particulares el derecho a solicitar la revisión, a la luz de una nueva normativa, de una resolución administrativa que les afecte durante toda su vida y que tenga o pueda haber tenido un efecto negativo en su pensión (o en otras prestaciones). Simplemente, no hay ningún fundamento en el Derecho de la Unión que permita mantener una propuesta de tal alcance.

114. Por último, para examinar de manera exhaustiva las alegaciones formuladas por el recurrente, ha de observarse el argumento *moral* mucho más profundo, en parte interrelacionado con la alegación «técnica» relativa a la aplicación temporal de normas nuevas y en parte independiente de ella, presente en las observaciones del recurrente. Si se examina separadamente, como de hecho sugirió el recurrente en la vista, dicho argumento deviene ciertamente independiente de cualquier revisión de una resolución disciplinaria de 1975. Lo que se reprocharía a Austria no es el hecho de no haber revisado hechos pasados, sino el de no haber compensado de forma activa y prospectiva sus errores anteriores, tras 2003, cuando la Directiva 2000/78 ya estaba en vigor y el país había sido condenado por las sentencias del TEDH.⁵⁴

⁵⁴ Véase la nota 4.

115. A este respecto, conviene reiterar que, en mi opinión, tal obligación no se deduce *del Derecho de la Unión*. El propio artículo 17 de la Directiva 2000/78, que exige a los Estados miembros establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, está vinculado, lógicamente, con el ámbito de aplicación temporal de dicha Directiva.

116. Además, las resoluciones administrativas se adoptan en contextos específicos al momento concreto. Los marcos penales, disciplinarios y morales en Austria han cambiado considerablemente desde 1975, al igual que en el resto de Europa. Por tanto, en Austria, por ejemplo, en el presente solo se impondrían sanciones disciplinarias a agentes de policía cuyos actos menoscabasen la confianza pública en las fuerzas policiales. Sin embargo, una condena penal conllevaría la separación automática del servicio, hasta donde yo conozco, sin derecho a pensión alguno. Actualmente, en Austria, la edad de consentimiento sexual tanto para personas homosexuales como heterosexuales, es de 14 años. Sin embargo, se prevén excepciones expresas para menores de 16 años que no se consideran suficientemente maduros.

117. En resumen, la moralidad es un objetivo cambiante. Además, los argumentos morales suelen ser un arma de doble filo. En asuntos complejos en lo que a los hechos se refiere, que implican la necesidad de realizar múltiples juicios morales, como sucede en el presente asunto, pueden justificar lo propio y lo contrario. Por tanto, al margen de situaciones extremas en las que se produce un atentado obvio y patente contra los valores humanos fundamentales, que podría decirse que desencadenan la obligación moral de remediar los errores pasados con independencia del tiempo,⁵⁵ las sociedades y sus ordenamientos deberían poder evolucionar paulatinamente, dejando el pasado en el pasado.

6. Conclusiones sobre la primera cuestión prejudicial

118. A la vista de las consideraciones anteriores, propongo responder a la primera cuestión prejudicial en los términos siguientes:

El artículo 2 de la Directiva 2000/78 no se opone a que se mantenga el efecto normativo de una resolución administrativa en materia de sanciones a los funcionarios (resolución disciplinaria) que ha adquirido firmeza con arreglo a la legislación nacional, por la cual se dispuso la jubilación de un funcionario con reducción del importe de la pensión, cuando:

- en el momento de su adopción la citada resolución administrativa aún no estaba sujeta al Derecho de la Unión, en particular a la Directiva 2000/78, si bien
- una (hipotética) resolución similar sería contraria a la Directiva 2000/78 si hubiese sido adoptada durante la vigencia de dicha Directiva.

B. Cuestiones prejudiciales segunda y tercera

119. A la luz de la respuesta que propongo dar a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera. Sin embargo, para el caso de que el Tribunal de Justicia alcanzase una conclusión diferente, a continuación examinaré brevemente estas cuestiones.

⁵⁵ Alcanzando un nivel de tensión entre justicia y seguridad jurídica tan insostenible que la última debe dejar paso a la primera y la norma (errónea) de Derecho positivo en cuestión debe declararse inexistente *ex post*; Gustav Radbruch: «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, volumen 1, n.º 5, pp. 105 a 108.

120. Si el Tribunal de Justicia considerase que los efectos de la resolución disciplinaria discriminatoria no pueden mantenerse, la cuestión que se plantea debe ser precisamente cuáles son las repercusiones de «no mantener tales efectos» en un asunto como el presente.

121. Salvo que la respuesta a dicha cuestión sea independiente de las resoluciones adoptadas en la década de los 70, que contienen una declaración similar a lo que se ha debatido en relación con la obligación activa y prospectiva de pagar una compensación (presumiblemente, de un importe a tanto alzado), el órgano jurisdiccional remitente tendría que examinar el contenido de la resolución disciplinaria para comprobar si esta fue adoptada de un modo compatible con la Directiva 2000/78, en cuyo caso resultaría aplicable la fecha de esa nueva resolución imaginaria. En lo sucesivo, me referiré a este enfoque como «teoría de la hipótesis».

122. En mi opinión, la reconstrucción de una resolución de hace 40 años y de los efectos de esta entraña muchas dificultades. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente es bastante específico en las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, y elabora un «guion» muy particular para desarrollar esta ficción jurídica. En consecuencia, salvo que el Tribunal de Justicia se limite a declarar que «no pueden mantenerse los efectos» y que incumbe al órgano jurisdiccional nacional decidir cómo detectarlos y «neutralizarlos», el Tribunal de Justicia, inevitablemente, se convertirá en su coautor. A continuación, expongo algunas consideraciones sobre cómo podrían desarrollarse estos hechos.

1. Segunda cuestión prejudicial

123. La resolución disciplinaria estableció la jubilación anticipada del recurrente y una reducción del 25 % de la pensión de este. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, para eliminar la discriminación inherente en la resolución administrativa, basta con suprimir la reducción del 25 % de la pensión o si habría que calcular la pensión como si el recurrente hubiese estado en activo desde que se le obligó a jubilarse. ¿Basta con neutralizar los efectos futuros de la *reducción del 25 %* o también hay que neutralizar los efectos futuros de la *jubilación forzosa anticipada*?

124. En sus observaciones, el recurrente aduce que la reducción del 25 % debería eliminarse íntegramente y que su pensión debería calcularse como si hubiera trabajado para las fuerzas policiales durante el período de transición. En otras palabras, debería recrearse la situación que habría existido si la resolución disciplinaria no se hubiera adoptado en absoluto (o si no se hubiera impuesto ninguna sanción).

125. La Comisión defiende la aplicación de la teoría de la hipótesis únicamente en relación con la reducción del 25 %, aunque admite que, incluso sin discriminación homófoba, es posible que también se hubiera reducido la pensión del recurrente para sancionar su conducta. En cambio, la Comisión considera inadecuado aplicar la teoría de la hipótesis a la jubilación propiamente dicha. La reducción de la pensión motivada por la jubilación anticipada no es, de hecho, un «efecto futuro» de una situación que surgió en el pasado y a la que deben aplicarse normas nuevas. En opinión de la Comisión, los efectos jurídicos de la jubilación se extinguieron cuando finalizó la relación laboral. En consecuencia, pueden mantenerse los efectos de la jubilación anticipada, consistentes en el no incremento de la pensión.

126. A continuación realizaré una serie de observaciones.

127. Si, en 1975, la resolución disciplinaria hubiera sido adoptada de un modo que *sí* fuera compatible con la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual establecida en 2000, no está claro si el recurrente habría estado obligado a jubilarse. De hecho, la naturaleza «mucho menos severa»⁵⁶ de la sanción a la que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente podría entenderse asimismo en el sentido de que el recurrente podría no haber sido jubilado.

128. En tal caso, en línea con la respuesta a la primera cuestión prejudicial, los «efectos futuros de la jubilación forzosa anticipada» no podrían mantenerse. Estos efectos engloban, sin duda, que el recurrente dejó de trabajar para las fuerzas policiales, dejó de devengar derechos en materia de pensiones y no pudo tener en cuenta esos «años perdidos» para calcular su pensión. Ciertamente, en este sentido, los efectos de la sanción todavía «perduran». Neutralizar los efectos futuros de una jubilación forzosa anticipada debería, por tanto, tener en cuenta (de algún modo) esos años perdidos.

129. La Comisión se opone a esta conclusión. En su opinión, pueden mantenerse los efectos de la jubilación anticipada, que se tradujo en el no incremento de la pensión.

130. A mi juicio, las alegaciones de la Comisión sobre este extremo son imposibles de reconciliar con su postura según la cual la reducción del 25 % impuesta por la resolución disciplinaria *sí* produce «efectos futuros» en el sentido que se ha expuesto anteriormente. Ambas sanciones —la jubilación forzosa y la reducción del 25 %— se impusieron teniendo en cuenta los mismos hechos y mediante la misma resolución disciplinaria. En ambos casos, la cuestión de principio consiste en determinar cuáles habrían sido los efectos de la resolución disciplinaria de haberse adoptado esta de un modo que fuera compatible con la Directiva 2000/78.

131. De hecho, si se siguiese la distinción hecha por la Comisión entre estos diferentes efectos, el recurrente efectivamente podría haber sido separado del servicio sin que se le hubieran reconocido posibilidades de recurso. A diferencia de la jubilación, la separación del servicio «a secas» del recurrente habría puesto fin, en principio, a la relación jurídica, y no habría tenido efectos posteriores en el pago de su pensión.

132. Habida cuenta de estas circunstancias, si el Tribunal de Justicia concluyera que los efectos de la resolución disciplinaria discriminatoria no pueden mantenerse y que debe adoptarse la teoría de la hipótesis, dicha teoría debería, quizás, contemplar un supuesto alternativo, en el que el recurrente no hubiera sido jubilado y otro supuesto en el que la reducción del 25 % de su pensión no se hubiera aplicado (íntegramente).

133. Ha de observarse que, obviamente, esta conclusión genera varias cuestiones más, no exentas de dificultad. Para neutralizar los «efectos futuros» de la jubilación forzosa que se produjo en 1976, ¿debería presuponerse que el recurrente trabajó durante todo el período de transición a partir de 1976 o durante todos los años desde la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2000/78? ¿Debería compensarse el consiguiente incremento de la pensión con la renta procedente de pensiones percibidas por el recurrente durante ese tiempo de otras fuentes de trabajo?⁵⁷ ¿Debería compensarse el consiguiente incremento de la pensión con la renta procedente de pensiones satisfechas por las fuerzas policiales que el recurrente ya había recibido a partir de la fecha de su jubilación forzosa (que, obviamente, no habría recibido si hubiera seguido trabajando)?⁵⁸

134. Por último, en lo que respecta, en concreto, a la reducción del 25 %, la segunda cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente parte implícitamente de la premisa de que la reducción solo es consecuencia del carácter discriminatorio de la resolución.

⁵⁶ Véase el punto 41.

⁵⁷ En las observaciones escritas y en la vista se confirmó que, tras dejar las fuerzas policiales, el recurrente obtuvo un empleo en el sector privado por el que recibe una pensión.

⁵⁸ Como se señaló en la vista, el recurrente ha recibido una pensión de las fuerzas policiales desde que se le obligó a jubilarse en 1976.

135. Ahora bien, la teoría de la hipótesis debería aplicarse también a este respecto. Por tanto, debería preverse la posibilidad de que, aun de no haberse impuesto una condena penal, el recurrente habría sido objeto de una sanción disciplinaria por los mismos hechos⁵⁹ y también se habría aplicado una reducción a su pensión, aunque inferior al 25 %. Este es, en efecto, el enfoque adoptado por la Comisión en sus alegaciones escritas. De este modo, si, en caso de no haberse producido discriminación alguna, la pensión del recurrente se hubiese reducido, por ejemplo, en un 5 % o un 10 %, los efectos de esta reducción deberían persistir.

136. Por tanto, en caso de adoptarse la teoría de la hipótesis en relación con la reducción del 25 %, estoy de acuerdo con la Comisión en que el argumento debería desarrollarse hasta alcanzar una conclusión lógica. De nuevo, establecer en concreto en qué medida la resolución disciplinaria habría sido diferente si no hubiera contenido ningún elemento discriminatorio es una cuestión (de hecho, bastante compleja) cuyo examen incumbiría al órgano jurisdiccional remitente.

2. Tercera cuestión prejudicial

137. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la respuesta a la segunda cuestión prejudicial depende de si la persona intentó activamente emprender una actividad en la función pública antes de alcanzar la edad de jubilación.

138. He de admitir que albergo ciertas dudas sobre la pertinencia de esta cuestión, habida cuenta de los hechos objeto del litigio principal. No obstante, dado que se están analizando distintas posibilidades, es bastante difícil argüir que se trata de una cuestión hipotética.

139. Los hechos del asunto no aclaran si el recurrente buscó en algún momento (re)emprender una actividad en la función pública federal. Quizás sea razonable presuponer que, si una persona ha sido expulsada de la función pública en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, tratar de volver a ingresar en ella sería bastante fútil (si fuese posible desde un punto de vista legal). Si este fuera el caso y el recurrente no hubiera tratado de reemprender una actividad en la función pública, ¿qué conclusiones podrían extraerse de ello? ¿Podría reprocharse al recurrente no haberlo hecho? ¿Podría perjudicarlo?

140. Sin embargo, a todos los efectos, como se ha señalado en el anterior punto 133, en la medida en que las repercusiones de la jubilación forzosa anticipada tienen que neutralizarse, ello plantea una serie de dudas sobre cómo abordar el período de transición. Al construir esta hipótesis alternativa, en mi opinión, debería ser el órgano jurisdiccional nacional quien determine qué información específica ha de tenerse en cuenta para establecer un equilibrio entre no tomar en consideración en absoluto esos años de transición o bien considerarlos todos, como si el recurrente hubiese trabajado en el sector público durante todo ese tiempo.

C. Cuestiones prejudiciales cuarta y quinta

141. A la luz de la respuesta que propongo dar a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, tampoco es necesario responder a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta. Sin embargo, para el caso de que el Tribunal de Justicia alcanzase una conclusión diferente, expongo algunas sugerencias.

⁵⁹ Véanse el anterior punto 42 y las observaciones del Gobierno austriaco según las cuales un agente de policía que incita a mantener prácticas sexuales a menores podría ser objeto de sanción en un procedimiento disciplinario *con independencia de la orientación sexual* de las partes afectadas.

142. Mediante sus cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta a partir de qué momento debería producir efectos una posible anulación (parcial) de la reducción del 25 %. Estas cuestiones prejudiciales se limitan al momento a partir del cual deben neutralizarse los efectos de la reducción del 25 %. No hacen alusión a los efectos de la jubilación forzosa anticipada. Sin embargo, como se ha señalado en el anterior punto 133, considero que aplicar un enfoque distinto a los efectos futuros de la reducción del 25 % y a los efectos futuros de la jubilación forzosa plantea problemas de incoherencia.

143. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión se deduce de la jurisprudencia expuesta en los anteriores puntos 44 y siguientes. Se espera que — pese al alcance potencialmente amplio de la eliminación de los efectos futuros que se ha examinado en las presentes conclusiones— la aplicación de la Directiva 2000/78 siga estando sujeta al principio de irretroactividad. Por tanto, con independencia de la respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, este principio sirve en cualquier caso como base para alegar que los efectos de la reducción del 25 % deben neutralizarse a partir de la expiración del plazo de transposición de la Directiva, pero no antes.

D. Discriminación por razón de sexo

1. Alcance de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente

144. Por último, en sus observaciones escritas, el recurrente alega que la sanción impuesta por la resolución disciplinaria conlleva (asimismo) una discriminación por razón de sexo, contraria al artículo 157 TFUE (antiguos artículos 119 CEE y 141 CE). Según el recurrente, esta disposición, que entró en vigor por primera vez en 1979, puede invocarse, en consecuencia, para suprimir los efectos futuros de la resolución disciplinaria de una forma similar a la prevista en la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente en relación con la Directiva 2000/78. Ahora bien, los suprimiría a partir de una fecha muy anterior.

145. A este respecto, realizaré las observaciones siguientes.

146. El órgano jurisdiccional nacional no hace referencia al artículo 157 TFUE (ni a sus predecesores). De hecho, el recurrente es la única parte que ha señalado esta cuestión en sus observaciones escritas. Podría alegarse que abordar la posibilidad de aplicar el artículo 157 TFUE podría ser útil para el órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, en mi opinión, el Tribunal de Justicia no debería hacerlo, en particular, por los siguientes motivos.

147. En primer lugar, no se hace referencia alguna a dicha disposición ni en las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente ni, con carácter general, en la resolución de remisión. Considero que, en caso de que el órgano jurisdiccional nacional hubiese considerado que es pertinente, la habría, al menos, mencionado. Puede haber muchas razones por las que haberla omitido y sería erróneo presuponer que la ausencia de referencias es un «descuido». No se trata de determinar si el Tribunal de Justicia debería señalar los detalles y la pertinencia de una parte oscura de una legislación técnica que podría haberse pasado por alto. El artículo 157 TFUE es una disposición importante del Tratado. En cambio, dado que las alegaciones sobre el artículo 157 TFUE son, de hecho, el elemento central de las observaciones escritas del recurrente, es asimismo plausible que el recurrente haya propuesto al órgano jurisdiccional nacional qué cuestiones prejudiciales debía plantear al Tribunal de Justicia respecto de dicha disposición y que su propuesta haya sido desestimada.

148. En segundo lugar, el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia establece que la petición de decisión prejudicial deberá indicar, en particular, los hechos pertinentes, la normativa nacional aplicable y las razones que han llevado al órgano jurisdiccional nacional a plantear las cuestiones de que se trate al Tribunal de Justicia. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional nacional no ha incluido ninguna mención al artículo 157 TFUE (o sus predecesores) en la resolución de remisión ni ha indicado los hechos potencialmente pertinentes o la normativa nacional relativa a dicha disposición. En estas circunstancias, sería, en mi opinión, contrario a la jurisprudencia⁶⁰ relativa al artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia obviar tales omisiones y, a petición de una de las partes, pronunciarse proactivamente sobre una cuestión que no ha sido planteada.

149. Ahora bien, para el caso de que el Tribunal de Justicia optase por abordar las alegaciones formuladas por el recurrente en relación con el artículo 157 TFUE, en la sección siguiente se exponen sucintamente algunas observaciones.

2. Artículo 157 TFUE

150. Al proponer mi respuesta a la primera cuestión prejudicial, he explicado por qué la Directiva 2000/78 no se opone al mantenimiento de los efectos de la resolución disciplinaria. Tal resolución no estaba comprendida en el ámbito de aplicación temporal de la Directiva. La Directiva no puede utilizarse para volver a considerar una resolución con el pretexto de neutralizar algunos de sus efectos. Estos argumentos se aplican *mutatis mutandis* al artículo 157 TFUE.

151. En la medida en que el Tribunal de Justicia alcance una solución diferente, incumbiría al órgano jurisdiccional nacional determinar la posible existencia de tal discriminación. No obstante, entiendo que el argumento de base es que los hombres homosexuales recibían un trato menos favorable que las mujeres homosexuales.⁶¹ El recurrente ha sugerido que una agente de policía que hubiera practicado actos homosexuales con una joven de 14 años no habría sido objeto de una sanción disciplinaria (o, en cualquier caso, lo habría sido de una menos severa), a diferencia de un agente de policía homosexual que hubiese practicado actos similares.

152. En la medida en que dicha alegación resulte cierta a juzgar por los hechos (la práctica disciplinaria de las fuerzas policiales austriacas en la década de los 70), cuestión esta que incumbe determinar al órgano jurisdiccional nacional, el artículo 157 TFUE prohíbe la discriminación de sexo en lo que respecta a la «retribución». Según jurisprudencia consolidada, el término «retribución» a estos efectos *no incluye* los pagos realizados en el marco de un régimen de pensiones fijado por la Ley, considerados más bien prestaciones de seguridad social.⁶² En la vista, el Gobierno austriaco señaló que, en este caso, el régimen de pensiones está fijado por la Ley. Determinar si esto es así o no (en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)⁶³ es una cuestión que, también en este caso, compete al órgano jurisdiccional nacional. Ahora bien, según las declaraciones del Gobierno austriaco al respecto, este tipo de pagos, en principio, no estaría comprendido en el artículo 157 TFUE, de modo que esta disposición no resultaría aplicable al presente asunto.

⁶⁰ Con carácter reciente, véanse, por ejemplo, los autos de 31 de mayo de 2018, Bán (C-24/18, no publicado, EU:C:2018:376), apartados 18 y ss.; de 7 de junio de 2018, easyJet Airline (C-241/18, no publicado, EU:C:2018:421), apartados 12 y ss., y de 7 de junio de 2018, Filippi y otros (C-589/16, EU:C:2018:417), apartados 25 y ss.

⁶¹ Véase, *a contrario*, la sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant (C-249/96, EU:C:1998:63).

⁶² Véase la sentencia de 28 de septiembre de 1994, Beune (C-7/93, EU:C:2010:350), apartados 20 a 24 y jurisprudencia citada.

⁶³ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 28 de septiembre de 1994, Beune (C-7/93, EU:C:2010:350), apartados 20 a 24 y jurisprudencia citada, y de 24 de noviembre de 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897), apartados 34 y 35.

153. Ahora bien, si esto no fuera así, debería examinarse cuál es el ámbito de aplicación temporal del artículo 157 TFUE (y sus predecesores). A este respecto, me remito a las observaciones realizadas respecto de las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, aplicables a este punto *mutatis mutandis*. Además, con arreglo a las sentencias Barber⁶⁴ y Ten Oever⁶⁵ «solo puede invocarse el efecto directo del artículo 119 del Tratado para exigir la igualdad de trato en materia de pensiones de empresa respecto de las prestaciones devengadas *en virtud de períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990* [fecha de la sentencia Barber], sin perjuicio de la excepción prevista a favor de los trabajadores o de sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable».⁶⁶

154. Ahora bien, de los hechos que se señalan en la resolución de remisión se deduce que ninguno de los períodos de empleo es posterior al 17 de mayo de 1990.

V. Conclusión

155. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria) como sigue:

«El artículo 2 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, no se opone a que se mantenga el efecto normativo de una resolución administrativa en materia de sanciones a los funcionarios (resolución disciplinaria) que ha adquirido firmeza con arreglo a la legislación nacional, por la cual se dispuso la jubilación de un funcionario con reducción del importe de la pensión, cuando:

- en el momento de su adopción la citada resolución administrativa aún no estaba sujeta al Derecho de la Unión, en particular a la Directiva 2000/78, si bien
- una (hipotética) resolución similar sería contraria a la Directiva 2000/78 si hubiese sido adoptada durante la vigencia de dicha Directiva.»

⁶⁴ Sentencia de 17 de mayo de 1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

⁶⁵ Sentencia de 6 de octubre de 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

⁶⁶ Véase la parte dispositiva de la sentencia de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833). El subrayado es mío.