Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 17 de marzo de 2016[1]

Asunto C-187/15

Joachim Pöpperl
contra
Land Nordrhein-Westfalen

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Düsseldorf, Alemania)]

«Artículo 45 TFUE — Libre circulación de trabajadores — Funcionarios de un Estado miembro que abandonan ese Estado miembro para ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro — Normativa que prevé la inaplicación del régimen especial de funcionarios y su inclusión en el régimen general de pensiones»

I. **Introducción**

1. Cuando los funcionarios deciden dejar de prestar sus servicios al Land Nordrhein-Westfalen (en lo sucesivo, «demandado») antes de su jubilación, pierden el derecho a estar incluidos en el régimen especial de pensiones de funcionarios. Los períodos de seguro cubiertos en virtud de dicho régimen especial se transfieren con carácter retroactivo al régimen general obligatorio de pensiones. No obstante, dicha transferencia puede suponer una reducción considerable del importe de la pensión que eventualmente recibirá el funcionario de que se trate.

2. El Sr. Pöpperl (en lo sucesivo, «demandante»), antiguo funcionario del demandado, renunció a su condición de funcionario público en el Land Nordrhein-Westfalen para ejercer una actividad profesional en Austria. Mediante la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional nacional que conoce de su situación, el Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de la Contencioso-Administrativo de Düsseldorf) solicita que se dilucide, en esencia, si la transferencia obligatoria al régimen general de pensiones y la consiguiente disminución del importe de la pensión que el funcionario tiene derecho a percibir son conformes con la libre circulación de trabajadores garantizada por el artículo 45 TFUE.

1 — Lengua original: inglés.

II. **Marco jurídico**

A. *Derecho de la Unión*

3. El artículo 45 TFUE tiene el siguiente tenor:

«1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

[...]

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.»

4. El artículo 60 del Reglamento (CE) n.º 883/2004[2] recoge «Disposiciones particulares para funcionarios». El artículo 60, apartado 2, dispone lo siguiente:

«2. [...] cuando la legislación de un Estado miembro competente supedite la adquisición, liquidación, conservación o recuperación del derecho a prestaciones con arreglo a un régimen especial de funcionarios a la condición de que todos los períodos de seguro se hayan cumplido en uno o varios regímenes especiales de funcionarios de este Estado miembro, o a que la legislación de este Estado miembro los considere equivalentes a tales períodos, la institución competente de dicho Estado sólo computará los períodos que puedan reconocerse con arreglo a la legislación que aplique.

Si, teniendo en cuenta los períodos cumplidos de este modo, el interesado no satisface las condiciones requeridas para disfrutar de dichas prestaciones, esos períodos se computarán para la concesión de las prestaciones del régimen general o, en su defecto, del régimen aplicable a los trabajadores manuales o al personal de oficina, según corresponda.»

B. *Derecho nacional*

5. La normativa nacional que afecta al derecho a pensión del demandante está contenida, por un lado, en el libro VI del Código social federal (en lo sucesivo, «libro VI del SGB»)[3] y, por otro, en dos instrumentos del Land Nordrhein-Westfalen: la Ley de pensiones de los funcionarios de Renania del Norte-Westfalia (en lo sucesivo, «LBeamtVG NRW»)[4] y la Ley de la función pública de Renania del Norte-Westfalia (en lo sucesivo, «LBG NRW»).[5]

6. Las pensiones de jubilación de los funcionarios del Land Nordrhein-Westfalen están reguladas en la LBeamtVG NRW. El artículo 4 de esa Ley dispone, entre otras cosas, que la pensión de jubilación se calculará sobre la base de la remuneración que genere derecho a pensión y del tiempo de servicio que genere derecho a pensión. Asimismo, del artículo 28, apartado 3, de la LBG NRW se desprende que «tras el despido, el antiguo funcionario no tendrá derecho a prestaciones por parte de su empleador, salvo disposición normativa en contrario [...]».

2 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2014, L 166, p. 1).

3 — Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) — Gesetzliche Rentenversicherung.

4 — Beamtenversorgungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtenversorgungsgesetz — LBeamtVG NRW).

5 — Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz — LBG NRW).

7. En el ámbito federal, el artículo 1 del libro VI del SGB establece el marco del régimen general obligatorio de pensiones. Pese a que el artículo 5 del libro VI del SGB excluye a los funcionarios del régimen general obligatorio de pensiones, el artículo 8 los somete a él en caso de que causen baja de «su empleo sin derecho ni expectativa de pensión, o al perder su derecho a pensión [...]». El régimen general obligatorio de pensiones opera cubriendo, con carácter retroactivo, el período durante el cual la persona interesada estaba excluida de él.

8. Por otra parte, el artículo 107b de la Ley de pensiones de funcionarios y jueces federales [6] (en lo sucesivo, «BeamtVG») establece normas generales sobre el reparto de los costes derivados de las prestaciones para funcionarios que deben ser abonadas por los empleadores de Derecho público a los funcionarios que, durante su carrera, cambian de empleador de Derecho público por trasladarse de un Land a otro o por dejar de prestar servicios para un Land a fin de prestarlos para un empleador público federal o viceversa. Dicha norma y la normativa alemana relacionada con ésta establecen reglas de coordinación para aquellos supuestos en los que los funcionarios cambian un empleador público por otro dentro de Alemania.

9. El artículo 107b de la BeamtVG fue modificado después de que el Gobierno federal y los correspondientes Länder celebraran el Convenio Estatal sobre reparto de las prestaciones para funcionarios en caso de cambio de empleador a nivel federal o estatal (en lo sucesivo, «Convenio Estatal»).[7] El Convenio Estatal fue consecuencia de una reforma constitucional llevada a cabo en 2006 en virtud de la cual, entre otras cosas, las competencias sobre las pensiones de los funcionarios públicos fueron transferidas del gobierno federal a los Länder.

III. **Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales**

10. El demandante trabajó para el demandado como funcionario —profesor— entre el 1 de septiembre de 1978 y el 31 de agosto de 1999. El 31 de agosto de 1999, renunció a su condición para ocupar un puesto de profesor en el Land Kärnten de Austria.

11. El 25 de abril de 2013, el demandado informó al demandante que, a raíz de su decisión de renunciar a su condición de funcionario, no tenía derecho a una pensión en virtud del régimen especial de pensiones de funcionarios, sino que la totalidad del período durante el que había prestado servicios para el demandado había sido transferido al régimen general obligatorio de pensiones y asegurado en virtud de éste.

6 — Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes, Beamtenversorgungsgesetz.

7 — Staatsvertrag über die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrenwechseln, vom 16. Dezember 2009 und 26. Januar 2010 (BGBl. 2010 I S. 1290). Convenio Estatal de 16 de diciembre de 2009 y de 26 de enero de 2010 sobre reparto de las prestaciones para funcionarios en caso de cambio de empleador a nivel federal o estatal. El Convenio Estatal entró en vigor el 1 de enero de 2011.

12. Según el órgano jurisdiccional remitente, la pensión del demandante con arreglo al régimen general obligatorio de pensiones asciende a un importe mensual de 1 050,67 euros. En cambio, si el demandante hubiera permanecido afiliado al régimen especial de pensiones de funcionarios en lugar de haber sido transferido al régimen general obligatorio de pensiones en relación con los años durante los que prestó servicios al demandado, habría tenido derecho a una pensión mensual igual a 2 263,03 euros o incluso 2 728,18 euros. [8]

13. A raíz de su condición de funcionario, el demandante no tenía la posibilidad de contratar un seguro adicional de pensión ni podía suscribirlo con carácter retroactivo. Intentó hacerlo pero el demandado rechazó su solicitud mediante resolución de 10 de febrero de 2009.

14. Al no estar de acuerdo con su transferencia del régimen especial de pensiones de funcionarios al régimen general obligatorio de pensiones, el demandante impugnó dicha medida ante el Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Düsseldorf). La resolución de remisión no expone con detalle los argumentos del demandante en el litigio principal. Sin embargo, de ella se desprende que considera que dicha transferencia es contraria al artículo 45 TFUE.

15. El Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 45 TFUE en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual un funcionario público de otro Estado miembro puede perder sus derechos de pensión de jubilación derivados de su condición de funcionario por haber renunciado a su condición de funcionario a fin de aceptar un nuevo empleo en otro Estado miembro, cuando el Derecho nacional dispone, al mismo tiempo, que dicha persona se afilie al seguro obligatorio de pensiones de manera retroactiva teniendo en cuenta los ingresos brutos percibidos durante su condición de funcionario, quedando la consiguiente pensión por debajo de los derechos de pensión perdidos?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial (para todos o para algunos funcionarios): ¿Debe interpretarse el artículo 45 TFUE en el sentido de que, a falta de otra normativa nacional, la anterior entidad empleadora del funcionario afectado bien debe pagarle la pensión de jubilación, sobre la base del tiempo de servicio cubierto que generase derecho a pensión en su anterior condición de funcionario, deduciendo los derechos de pensión correspondientes al seguro retroactivo, o bien debe compensarle de otro modo la pérdida de la pensión de jubilación aunque, con arreglo a la normativa nacional, sólo se le puedan conceder las prestaciones previstas en el Derecho nacional?»

8 — En aras de la exhaustividad, procede señalar que el Gobierno alemán y el demandado impugnan la comparación realizada por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta a la pensión que el demandante tendría derecho a percibir en virtud del régimen especial de pensiones de funcionarios, por un lado, y con arreglo al régimen general obligatorio de pensiones, por otro. Aducen que ambas categorías de derechos a pensión son distintas por su naturaleza y que sólo puede determinarse de forma efectiva el importe de la pensión una vez que la persona de que se trata se jubila efectivamente, a la luz de la situación jurídica que exista en ese momento concreto. Discrepo por dos motivos. En primer lugar, en lo que respecta a la adecuación de la comparación, debo atenerme al análisis realizado por el órgano jurisdiccional remitente. En segundo lugar, la clasificación de las prestaciones para funcionarios con arreglo al Derecho alemán no puede afectar a la apreciación autónoma con arreglo al Derecho de la Unión de dicho régimen, que se centra, por su propia naturaleza, en el funcionamiento efectivo de un régimen nacional, y no en la categoría dogmática específica en la que pueda clasificarse con arreglo al Derecho nacional. Desde esa perspectiva, no hay nada cuestionable en la comparación realizada por el órgano jurisdiccional remitente. A la luz de su operativa general, el régimen especial de pensiones de funcionarios puede considerarse claramente un sistema especial de pensiones exclusivo para los funcionarios.

16. Han presentado observaciones escritas el Gobierno alemán, el demandado [9] y la Comisión. Esas mismas partes, así como el demandante, [10] formularon observaciones orales en la vista que se celebró el 14 de enero de 2016.

IV. **Apreciación**

A. *Primera cuestión prejudicial*

17. Mediante su primera cuestión prejudicial, el Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Düsseldorf) desea que se dilucide, en esencia, si el artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que modifica con carácter retroactivo, y en perjuicio del beneficiario, el régimen especial de pensiones aplicable a un funcionario que ha renunciado a su condición para ocupar un nuevo puesto en otro Estado miembro.

18. Para evaluar si la normativa controvertida constituye una discriminación o restricción (o ambas) contraria a la libre circulación de los trabajadores (apartado 2), determinaré en primer lugar las disposiciones del Derecho de la Unión que resultan pertinentes para llevar a cabo dicha apreciación (apartado 1).

1. Derecho aplicable

19. El demandante, el demandado y la Comisión coinciden en que el artículo 45 TFUE resulta aplicable al presente asunto. No cabe ninguna duda de que el demandante es un trabajador en el sentido del artículo 45 TFUE. [11] Además, por sus circunstancias, no está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la Administración pública prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4. [12]

20. Por consiguiente, la aplicabilidad del artículo 45 TFUE al presente asunto no plantea problemas. En cambio, sí suscita controversia la pertinencia del Reglamento n.º 883/2004.

21. El Gobierno alemán y el demandado invocan el Reglamento n.º 883/2004 y, en concreto, su artículo 60, apartado 2, para sostener la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con el artículo 45 TFUE. El demandante también se remite al Reglamento n.º 883/2004 pero con otra finalidad: insiste en la importancia que dicho Reglamento atribuye a los derechos adquiridos.

9 — Mediante escrito de 10 de agosto de 2015, el demandado se adhirió íntegramente a la postura del Gobierno federal alemán sin aportar observaciones escritas por separado.

10 — El demandante presentó observaciones escritas, mas una vez concluida la fase escrita del procedimiento.

11 — Véase, entre otros, el auto Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164), apartado 19.

12 — En primer lugar, dicha excepción se refiere al *acceso* al empleo, cuestión de la que no trata el presente asunto. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha confirmado que los profesores no están incluidos en esa excepción. Véase el auto Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164), apartados 21 a 23 y jurisprudencia citada.

22. Está claro que, a día de hoy, los derechos de seguridad social de los funcionarios están sujetos a las normas de coordinación contenidas en el Reglamento n.º 883/2004. En un primer momento, los regímenes especiales aplicables a los funcionarios estaban excluidos del ámbito de coordinación intracomunitario con arreglo al Reglamento (CEE) n.º 1408/71,[13] predecesor del Reglamento n.º 883/2004. A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Vougioukas,[14] dicha excepción fue eliminada mediante el Reglamento (CE) n.º 1606/98.[15]

23. No obstante, pese a ser aplicable con carácter general a los derechos a pensión de los funcionarios públicos, el Reglamento n.º 883/2004 no se aplica a la situación del demandante en el presente asunto. Como acertadamente subraya la Comisión, el demandante no pretende que sus derechos a pensión sean transferidos desde un Estado miembro a otro. En cambio, desea que sus derechos a pensión adquiridos en Alemania con arreglo al régimen especial de pensiones de funcionarios se mantengan pese al hecho de que haya decidido desarrollar una actividad profesional en Austria.

24. La situación fáctica del litigio principal no genera la necesidad de coordinar los derechos a pensión del demandante en el sentido del Reglamento n.º 883/2004. Por lo tanto, dicho Reglamento no es aplicable al presente asunto. En consecuencia, en las presentes conclusiones desarrollaré mi análisis exclusivamente en relación con el artículo 45 TFUE.

2. Apreciación sobre el fondo

25. El Tribunal de Justicia ha reconocido que los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social. Sin embargo, ha señalado repetidamente que al ejercitar dicha competencia deben respetar las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de trabajadores.[16]

26. Esas disposiciones, entre las que se incluye el artículo 45 TFUE, tienen por objeto facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión. Se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a los nacionales de un Estado miembro en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro.[17]

27. Intuitivamente está bastante claro que la normativa nacional controvertida coloca al demandante en cierta desventaja a raíz de su decisión de aceptar un nuevo empleo en Austria. Como el órgano jurisdiccional remitente subraya, esa desventaja específica se traduce en la pérdida de más de la mitad del importe de su derecho a pensión.

28. Queda por determinar, no obstante, qué tipo de desventaja provoca la normativa nacional y si además está justificada. Para responder a esa pregunta analizaré si dicha legislación resulta efectivamente discriminatoria [letra a)], si constituye una restricción a la libre circulación de trabajadores [letra b)] y, en tal caso, si dicha discriminación o restricción está objetivamente justificada [letra c)].

13 — Reglamento del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO 1971 L 149, p. 2; EE 05/01 p. 98). Según el artículo 4, apartado 4, de dicho Reglamento, no se aplicaba a «[...] los regímenes especiales de los funcionarios o del personal asimilado».

14 — C-443/93, EU:C:1995:394.

15 — Reglamento del Consejo de 29 de junio de 1998 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) n.º 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71, con objeto de ampliarlos para incluir los regímenes especiales de funciones (DO 1998, L 209, p. 1).

16 — Recientemente en la sentencia Comisión/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30), apartado 38 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, la sentencia Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178), apartado 43.

17 — Sentencias Comisión/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30), apartado 39 y jurisprudencia citada, y Comisión/Bélgica (C-317/14, EU:C:2015:63), apartado 22 y jurisprudencia citada.

a) Existencia de discriminación

29. La normativa nacional controvertida se aplica a todos los funcionarios sin distinción alguna por razón de su nacionalidad. Por lo tanto, está bastante claro que no genera una discriminación *directa*: el motivo prohibido de diferenciación (nacionalidad) no es la razón de la diferenciación en este caso. [18]

30. No obstante, el artículo 45 TFUE no sólo prohíbe la discriminación directa por razón de nacionalidad, sino también la indirecta. [19]

31. El Tribunal de Justicia ha calificado como indirectamente discriminatoria toda normativa nacional que sea indistintamente aplicable en función de la nacionalidad, pero que, *por su propia naturaleza*, pueda afectar *más* a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales del Estado cuya legislación resulte controvertida y que implique por consiguiente el riesgo de perjudicar *específicamente* a los primeros. [20] El Tribunal de Justicia también ha declarado que «para que pueda calificarse una medida como indirectamente discriminatoria no es necesario que tenga como efecto favorecer a todos los nacionales del Estado miembro interesado o desfavorecer sólo a los nacionales de los otros Estados miembros, con exclusión de los primeros». [21] Además, no es necesario comprobar si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores migrantes. Basta con comprobar que dicha disposición puede producir tal efecto. [22]

32. En el presente asunto, la Comisión sostiene que la normativa controvertida genera una discriminación indirecta porque, por su propia naturaleza, puede afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales y colocarles en una situación desfavorable con respecto a ellos.

33. No obstante, como exponen el Gobierno alemán y el demandado, la aplicación de la normativa controvertida no está vinculada con la partida del funcionario público hacia otro Estado miembro. No deviene aplicable por el hecho de que un funcionario emigre a otro Estado miembro. Se aplica en caso de que renuncie a su condición de funcionario al servicio del demandado. Por lo tanto, según el Gobierno alemán y el demandado, los trabajadores que renuncian a su condición de funcionario para aceptar un nuevo empleo en Alemania de un empleador privado se encuentran exactamente en la misma posición que aquellos que lo hacen para ir al extranjero.

34. El razonamiento del Gobierno alemán y del demandado tiene lógica. En efecto, la operativa de la normativa controvertida no hace que esta, *por su naturaleza*, afecte *más* a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales, perjudicando más *específicamente* a los primeros si se admite que el acontecimiento que da lugar a esa consecuencia es renunciar a su condición de funcionario.

35. Me gustaría insistir en los tres elementos de la definición de discriminación indirecta formulada por el Tribunal de Justicia: *por su naturaleza, más*, y *específicamente*. Resumen lo esencial de la prohibición de discriminación indirecta: conforme a motivos de diferenciación supuestamente neutrales, la normativa o régimen en cuestión debe afectar a la categoría protegida (en este caso, los trabajadores migrantes) en mayor medida que a la categoría general (en este caso, aquellos que

18 — Sentencias Comisión/Francia (167/73, EU:C:1974:35), apartados 44 a 46, y Marsman (44/72, EU:C:1972:120), apartado 4.

19 — Sentencia Graf (C-190/98, EU:C:2000:49), apartado 14 y jurisprudencia citada.

20 — Sentencias Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458), apartado 32 y jurisprudencia citada; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799), apartado 26 y jurisprudencia citada; Erny (C-172/11, EU:C:2012:399), apartado 41 y jurisprudencia citada, y O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206), apartados 18 a 20. El subrayado es añadido.

21 — Sentencias Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799), apartado 27, y Erny (C-172/11, EU:C:2012:399), apartado 41 y jurisprudencia citada.

22 — Sentencia Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458), apartado 33 y jurisprudencia citada.

permanecen en Alemania pero renuncian a su condición de funcionario). En caso de discriminación indirecta, la apreciación a primera vista (*por su naturaleza*) puede reforzarse con argumentos estadísticos: *más* miembros de la categoría protegida se ven afectados o estos sufren una desventaja *específica*.

36. Sin embargo, no parece que en este caso se cumpla ninguno de esos requisitos. A primera vista, la normativa controvertida afecta a los trabajadores migrantes y a los trabajadores no migrantes en la misma medida: ambos pierden su derecho a la pensión especial para funcionarios si dejan de prestar servicios al demandado. Además, no ha quedado acreditado que, en términos meramente cuantitativos, los trabajadores migrantes puedan verse más afectados por esa norma que aquellos que permanecen en Alemania y renuncian a su condición de funcionario. De hecho, cabría incluso afirmar lo contrario: el número de personas que pierden su derecho a percibir una pensión especial para funcionarios por aceptar un empleo de un empresario del sector privado en Alemania puede ser incluso mayor que el de aquellos que lo pierden por trasladarse a otro Estado miembro.

37. Por lo tanto, no considero que a primera vista la normativa controvertida, *por su naturaleza*, afecte *más* a los trabajadores migrantes que a los nacionales. Por los motivos expuestos, considero que la normativa controvertida no establece una discriminación indirecta entre trabajadores migrantes y no migrantes.

b) Existencia de una restricción

38. No obstante, el ámbito del artículo 45 TFUE no se limita a la discriminación directa o indirecta por razón de la nacionalidad. Según reiterada jurisprudencia [23] del Tribunal de Justicia, el artículo 45 TFUE también abarca las normas nacionales aplicables con independencia de la nacionalidad de los trabajadores pero que obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de la libertad de circulación por parte de los nacionales de un Estado miembro al impedirles o disuadirles de abandonar su país de origen. Lo mismo sucede con las medidas nacionales que se aplican de forma indistinta a situaciones nacionales o transfronterizas pero que afectan directamente al acceso al mercado de trabajo en otros Estados miembros. [24]

39. Por tanto, está claro que, más allá de las categorías de discriminación directa e indirecta, existe la de la restricción. Para que una medida nacional quede comprendida en dicha categoría, basta que pueda *obstaculizar* o *hacer menos atractivo* el ejercicio de la libertad de que se trate. Dentro de esa lógica, la comparación entre grupos de referencia (herramienta clave para analizar ambos tipos de discriminación) se suprime en gran medida. Antes bien, en lo que respecta a la restricción, el examen se concentra en la categoría protegida, es decir, en los trabajadores migrantes, y en los efectos que la medida impugnada tiene en la probabilidad de que éstos ejerzan su libertad de circulación al amparo del Tratado.

40. El Tribunal de Justicia ha examinado recientemente una normativa chipriota que privaba a los funcionarios menores de 45 años de sus derechos a pensión si renunciaban a su condición de funcionario de la Administración pública chipriota para desarrollar una actividad profesional en otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia consideró que esa pérdida disuadía a los funcionarios

23 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799), apartado 30 y jurisprudencia citada; Las (C-202/11, EU:C:2013:239), apartado 20; Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131), apartado 22; Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178), apartado 45 y jurisprudencia citada, y Bosmann (C-415/93, EU:C:1995:463), apartado 96 y jurisprudencia citada.

24 — Sentencia Bosmann (C-415/93, EU:C:1995:463), apartado 103.

públicos de dejar de prestar servicios como funcionarios en la función pública chipriota. Concluyó que la normativa controvertida constituía una restricción a la libre circulación de trabajadores porque condiciona directamente el acceso de los funcionarios chipriotas al mercado de trabajo en otros Estados miembros. [25]

41. Procede aplicar el mismo razonamiento en el presente asunto. Un profesor que es un funcionario que trabaja para el demandado y que desea aceptar un nuevo empleo en otro Estado miembro tiene que renunciar a su condición de funcionario y a los beneficios inherentes a ella. Estoy de acuerdo con la Comisión en que es probable que obstaculice o, desde luego, haga menos atractivo el ejercicio del derecho de libre circulación y disuada a dicha persona de dejar de trabajar para el demandado.

42. Al mismo tiempo, considero que los efectos disuasorios de la normativa controvertida no son demasiado indirectos o inciertos. [26] En otras palabras, existe suficiente grado de proximidad entre la normativa nacional de que se trata y sus efectos en los trabajadores migrantes. Como se ha indicado en el punto anterior, estoy de acuerdo con Alemania y el demandado en que la causa *inmediata*, o el acontecimiento desencadenante, de la reducción del importe de la pensión a que tiene derecho el demandante fue dejar de prestar sus servicios al demandado. Sin embargo, para poder aceptar un nuevo empleo en Austria, no tenía más opción que renunciar a su condición de funcionario. Por tanto, la pérdida de una parte sustancial de su derecho a pensión fue una consecuencia bastante *directa* y *cierta*, y estaba claramente relacionada con el ejercicio de su libertad de circulación.

43. Por lo tanto, al igual que el Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Chipre, considero que la normativa controvertida en el presente asunto constituye una restricción a la libertad de circulación de trabajadores. Disuade a los funcionarios que trabajan para el demandado de renunciar a su condición de funcionario para acceder al mercado de trabajo de otros Estados miembros.

c) Justificación

44. El artículo 45 TFUE prohíbe toda medida nacional que constituya una restricción a la libre circulación de los trabajadores a menos que persiga alguno de los objetivos legítimos establecidos en el Tratado o se justifique por razones imperiosas de interés general.

45. Además, la aplicación de dicha medida debe ser proporcionada al objetivo legítimo perseguido. Con carácter general, la proporcionalidad es el análisis de la concordancia entre los objetivos declarados y los medios elegidos. Para cumplir el principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas deben ser *apropiadas* para lograr los objetivos legítimos perseguidos, no rebasar los límites de lo *necesario* para alcanzarlos (cuando existan varias alternativas normativas, debe privilegiarse la menos restrictiva) y sus inconvenientes no deben ser desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos (*ponderación interna* o *proporcionalidad* stricto sensu). [27]

46. El demandado y el Gobierno alemán alegan que la normativa está justificada por el objetivo legítimo de garantizar el «correcto funcionamiento de la función pública».

25 — Sentencia Comisión/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30), apartados 45, 47, 51 y jurisprudencia citada.

26 — Sentencia Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178), apartado 51; auto Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164), apartado 27, y sentencia Graf (C-190/98, EU:C:2000:49), apartados 24 y 25.

27 — Sentencias Léger (C-528/13, EU:C:2015:288), apartado 58 y jurisprudencia citada; Comisión/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30), apartado 54; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799), apartado 36 y jurisprudencia citada, y Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131), apartado 30 y jurisprudencia citada. Véanse, asimismo, mis conclusiones presentadas en el asunto Lidl (C-134/15), punto 40 y jurisprudencia citada.

47. Procede observar que, en la vista, el demandado confirmó que ese objetivo se persigue *en el ámbito del Land Nordrhein-Westfalen* (y no a nivel federal). Por consiguiente, debe apreciarse desde esa perspectiva. Supeditar la concesión de una pensión de jubilación especial para funcionarios a que el funcionario siga prestando servicios para el demandado hasta su jubilación tiene como finalidad que los trabajadores cualificados permanezcan al servicio de dicho Land.

48. Estoy de acuerdo en que ese objetivo puede constituir una razón imperiosa de interés general. [28]

49. La primera etapa del análisis de proporcionalidad consiste en apreciar si las medidas elegidas, es decir, reducir el derecho a pensión de los trabajadores que dejan de prestar servicios al Land antes de su jubilación, son *adecuadas* para lograr el objetivo establecido, que es mantener trabajadores cualificados al servicio del Land Nordrhein-Westfalen.

50. No creo que sea así, por una sencilla razón: pese a manifestar que el objetivo de la normativa controvertida es que los funcionarios cualificados sigan prestando servicios al Land Nordrhein-Westfalen, esa misma norma permite la «salida» de los funcionarios de dicho Land para aceptar un nuevo empleo en otros Länder alemanes o en el Gobierno federal.

51. Como el demandado expuso en la vista, los funcionarios públicos que renuncian a su condición de funcionario del Land Nordrhein-Westfalen para aceptar un nuevo empleo público en otro Land o en el ámbito federal conservan, en principio, su derecho a permanecer afiliados al régimen especial de pensiones de funcionarios, sin perjuicio de las normas establecidas por su nuevo empleador de Derecho público. Ello se debe a que existen mecanismos de coordinación entre el demandado y otros empleadores públicos en Alemania.

52. El demandado expuso en la vista que esa coordinación entre empleadores públicos en materia de pensiones de los funcionarios que migran *dentro* de Alemania estaba prevista en la normativa aplicable en el período pertinente, es decir, en el momento en que el demandante renuncia a su condición de funcionario.

53. Además, tras la reforma constitucional llevada a cabo en 2006 por Alemania, el Gobierno federal transfirió sus competencias en materia de pensiones a los Länder. Tras esa modificación se concluyó el Convenio Estatal, que en su exposición de motivos subraya, en términos bastante explícitos, la importancia de la movilidad de los funcionarios dentro del territorio alemán y la consiguiente necesidad de coordinar sus derechos a pensión.

54. A la luz de lo anterior, no creo que la sustitución del régimen especial de pensiones de funcionarios por el régimen general obligatorio de pensiones sea *adecuada* para lograr el objetivo de garantizar el correcto funcionamiento de la función pública del demandado. No puede alegarse que se haya perseguido realmente ese objetivo en el ámbito del Land Nordrhein-Westfalen cuando, al mismo tiempo, la legislación aplicable permite la «salida» hacia otros Länder o hacia la Administración federal.

55. En aras de la exhaustividad, cabe añadir que la normativa controvertida va más allá de lo necesario y no pondera equilibradamente los intereses de las distintas partes afectadas.

28 — Véanse, por analogía, el auto Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164), apartados 32 y ss., y la sentencia Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), apartados 80 y ss. En esos asuntos, los Gobiernos alemán y austriaco alegaron respectivamente que las medidas nacionales controvertidas estaban justificadas porque retribuían la lealtad de los funcionarios, en ese caso, de los profesores universitarios.

56. En cuanto al requisito de *necesidad*, está claro que el objetivo declarado podría haberse perseguido con medios menos restrictivos. Por ejemplo, en su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente señaló que tres Länder —Land Baden-Württemberg, Land Hessen y Land Niedersachsen— ofrecen a los funcionarios que hayan renunciado a su condición la posibilidad de conservar sus derechos correspondientes a sus años de servicio. No hay motivo alguno para considerar que esos Länder no persigan también el objetivo del «correcto funcionamiento de la función pública». No obstante, lo determinante es que lo hacen a través de medios menos restrictivos.

57. Por último, en mi opinión la normativa controvertida no *pondera equilibradamente* los intereses públicos y privados en juego. El demandante trabajó para el demandado durante más de 20 años. Es una parte importe de la carrera de una persona. Según la resolución de remisión, los derechos a pensión del demandante a raíz de su cese ascienden a menos de la mitad de lo que habrían supuesto si la normativa controvertida no hubiera cancelado su derecho a permanecer sujeto al régimen especial de pensiones de funcionarios en el momento de su salida hacia Austria. Desde mi punto de vista, esa consecuencia resulta particularmente dura desde el punto de vista del demandante, por un lado, y especialmente beneficiosa para el demandado, por otro.

58. A la luz de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el derecho a pensión de un trabajador queda reducido de forma significativa, como le sucedió al demandante en el litigio principal, si decide aceptar un nuevo empleo en otro Estado miembro.

B. *Segunda cuestión prejudicial*

59. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, qué medidas deben adoptar las autoridades nacionales competentes en caso de que se determine que el artículo 45 TFUE se opone a la normativa controvertida. Indaga sobre las consecuencias derivadas de una potencial declaración de incompatibilidad y sobre el modo en que debería ejecutarse, en el ámbito nacional, una sentencia en tal sentido del Tribunal de Justicia.

60. Normalmente, esas cuestiones se dejan al arbitrio de las autoridades nacionales competentes, en virtud del principio de autonomía procesal y también porque entrañan interpretar u ofrecer una nueva redacción de las normas nacionales.[29] Sin embargo, para ofrecer al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil sobre una cuestión que ha planteado expresamente, abordaré este asunto ofreciendo ciertas orientaciones que cabe inferir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente.

61. Para proponer una respuesta a la segunda cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente desarrollaré un análisis en dos niveles: estructural e individual.

29 — Por ejemplo, en el contexto del procedimiento prejudicial, el Abogado General Lenz ya observó en sus conclusiones presentadas en el asunto Wagner Miret que «el Tribunal de Justicia no tiene ni la función ni la facultad de interpretar las disposiciones jurídicas de los Estados miembros» (C-334/92, EU:C:1993:322), punto 20.

1. Nivel estructural

62. Conforme a reiterada jurisprudencia, una normativa nacional contraria al Derecho de la Unión debe interpretarse de conformidad con éste. Cuando sea imposible, deberá excluirse su aplicación. [30] No obstante, no existe un estricto orden de prelación entre ambas opciones: éste dependerá del caso concreto. [31] Sin embargo, con carácter general, es más recomendable la interpretación conforme con el Derecho de la Unión porque minimiza el impacto en el ordenamiento jurídico nacional, [32] siempre y cuando pueda garantizarse su compatibilidad con el Derecho de la Unión mediante interpretación.

63. Pese a que la *interpretación conforme con el Derecho de la Unión* es preferible, tiene unos límites claros. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que la interpretación conforme con el Derecho de la Unión no puede servir de base para una interpretación *contra legem*. [33]

64. Estoy de acuerdo con el demandante en que ese límite parece haberse alcanzado en el presente asunto. De la resolución de remisión y de las explicaciones adicionales proporcionadas en la vista se desprende que las autoridades competentes únicamente pueden conceder derechos a pensión sobre la base y dentro de los límites claramente establecidos en la ley, conforme al principio de legalidad. En estas circunstancias, en mi opinión la propuesta de la Comisión de considerar que la expresión «salvo disposición normativa en contrario» contenida en el artículo 28, apartado 3, de la LBG NRW hace referencia al Derecho de la Unión y examinar las reclamaciones de derechos a pensión sobre la base de dicha interpretación va demasiado lejos. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar si dicha interpretación del Derecho nacional es *contra legem*.

65. Además, cuando resulte imposible realizar una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional nacional sigue obligado a ejecutar plenamente el Derecho de la Unión incluso, de ser necesario, *excluyendo la aplicación* de las disposiciones de Derecho nacional incompatibles, antes de que éstas sean derogadas. [34]

66. Sin embargo, es posible que, en el presente asunto, ese método de evitar la incompatibilidad con el Derecho de la Unión plantee a las autoridades nacionales competentes problemas prácticos similares. Los órganos de la seguridad social no pueden operar en caso de que se genere un vacío legal que, al parecer, se produciría si en el presente asunto simplemente se excluye la aplicación de la normativa nacional. Una vez más, incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la inaplicación del artículo 28, apartado 3, de la LBG NRW generaría un vacío legal o si podría quedar compensado con otra disposición de Derecho nacional.

67. A la luz de lo anterior, es lícito afirmar, como hicieron en la vista el demandante y el demandado, que lo más probable es que la solución estructural para garantizar que la normativa nacional cumple el artículo 45 TFUE deba ser legislativa. En el ámbito de los derechos de la seguridad social, la práctica administrativa o los órganos jurisdiccionales que interpretan las normas administrativas de forma

30 — Véanse, entre otras, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Taricco y otros (C-105/14, EU:C:2015:293), puntos 107 a 111 y jurisprudencia citada.

31 — Por un lado, véanse las sentencias Pflücke (C-125/01, EU:C:2003:477), apartado 48; Santex (C-327/00, EU:C:2003:109), apartados 62 a 65, y Murphy y otros (157/86, EU:C:1988:62), apartado 11, que son proclives a la interpretación conforme con el Derecho de la Unión. Por otro lado, véase, por ejemplo, la afirmación contenida en la sentencia Adeneler y otros (C-212/04, EU:C:2006:443), apartados 113 y 124, según la cual existe la obligación de interpretación conforme con el Derecho de la Unión cuando una disposición concreta de una directiva carece de efecto directo, lo cual implica que la interpretación conforme con el Derecho de la Unión únicamente entra en juego cuando dicha norma no tiene efecto directo.

32 — Véase, con carácter general Prechal, S.: *Directives in EC Law*, segunda edición, Oxford University Press, 2005, pp. 314 y 315.

33 — Véase, entre otras, la reciente sentencia Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742), apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada.

34 — Véase, entre otras, la reciente sentencia Taricco y otros (C-105/14, EU:C:2015:555), apartado 49 y jurisprudencia citada.

amplia o excluyen su aplicación, caso por caso, pueden constituir una solución de «emergencia» en un caso concreto, remediando la inexistencia de una solución sistémica. Sin embargo, a largo plazo, es poco probable que ello cumpla los requisitos de previsibilidad de la ley [35] y de legalidad de la actuación administrativa.

2. Nivel individual

68. De nuevo según reiterada jurisprudencia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho de la Unión, como el artículo 45 TFUE. [36] Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que, cuando una disposición del Derecho nacional se caracteriza como una restricción no justificada a la libertad de movimiento de los trabajadores, «los miembros del grupo perjudicado deben ser tratados de la misma forma y debe aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados». [37]

69. Soy consciente de la dificultad que supone en este asunto determinar el importe de la pensión a la que tendría derecho el demandante. Sin embargo, de la resolución de remisión se desprende que es posible efectuar ese cálculo con respecto al demandante pese a que éste haya dejado de prestar servicios para el demandado.

70. Considero que el demandante debe tener derecho a dejar de prestar servicios como funcionario para el demandado y aceptar un nuevo empleo en otro Estado miembro sin que sus derechos a pensión se reduzcan en mayor medida que los de aquellos que, en circunstancias análogas, renuncian a su condición de funcionario del demandado pero siguen prestando servicios como funcionarios públicos en otros lugares de Alemania.

71. Corresponde a las autoridades nacionales determinar qué derechos son comparables y buscar, dentro de los límites del Derecho nacional, medios que les permitan reconocérselos al demandante con respecto al período en el que prestó servicios al demandado.

72. Por las razones arriba indicadas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que incumbe a las autoridades nacionales competentes, aplicando su propio Derecho nacional y en virtud de la autonomía procesal que tienen los Estados miembros, identificar los medios que les faculten para conceder al demandante en el litigio principal derechos a pensión comparables a los que habría recibido en relación con el período en que prestó servicios al demandado si hubiera decidido aceptar un empleo de otro empleador público en Alemania.

73. Por último, a modo de cierre, procede insistir en que el análisis realizado en las presentes conclusiones únicamente se refiere al «derecho de salida» de un trabajador del mercado de trabajo de un Estado miembro, reconocido en el artículo 45 TFUE. Como ya he observado antes, el Reglamento n.º 883/2004 no es aplicable al presente asunto. Por lo tanto, las conclusiones a que se ha llegado no afectan en modo alguno los derechos individuales o las obligaciones de los Estados miembros en virtud de ese Reglamento.

35 — Cabe remitirse, por analogía, a jurisprudencia del Tribunal de Justicia en asuntos de incumplimiento por falta de transposición de directivas. Véanse, entre otras, la sentencia Comisión/Reino Unido (C-530/11, EU:C:2014:67), apartado 34 y jurisprudencia citada.

36 — Sentencia Factortame y otros (C-213/89, EU:C:1990:257), apartado 19 y jurisprudencia citada y conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el asunto Terhoeve (C-18/95 EU:C:1998:177), punto 73.

37 — Sentencia Terhoeve (C-18/95, EU:C:1999:22), apartado 57 y jurisprudencia citada.

V. **Conclusión**

74. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo al Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, Düsseldorf):

«1) El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual los derechos a pensión de un trabajador quedan reducidos de forma significativa, como le sucedió al demandante en el litigio principal, si decide aceptar un nuevo empleo en otro Estado miembro.

2) Incumbe a las autoridades nacionales competentes, aplicando su propio Derecho nacional y en virtud de la autonomía procesal que tienen los Estados miembros, identificar los medios que les faculten para conceder al demandante en el litigio principal derechos a pensión comparables a los que habría recibido en relación con el período en que prestó servicios al demandado si hubiera decidido aceptar un empleo de otro empleador público en Alemania.»