CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 15 de julio de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El presente asunto tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia por la Court of Appeal of England and Wales destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CEE. Las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia se suscitaron en el marco de un litigio entre Birds Eye Walls Ltd (en lo sucesivo, «Birds»), parte recurrente en el procedimiento principal, y la Sra. Roberts, parte recurrida en el mismo.

Hechos y procedimiento

2. La Sra. Roberts, nacida el 13 de junio de 1930, comenzó a trabajar en Birds, empresa filial del grupo Unilever, el 16 de febrero de 1970. Por motivos de salud, se jubiló el 14 de agosto de 1987, a la edad de 57 años y dos meses.

Su situación en materia de pensión puede resumirse de la forma siguiente. Desde el día en que cumplió la edad de 60 años, es decir, a partir del 13 de junio de 1990, tiene derecho a una *pensión del régimen general.* La edad en que se causa el derecho a dicha pensión del régimen general está fijada en 60 años para las mujeres y 65 años para los hombres. Además de esta pensión del régimen general, la Sra. Roberts tiene derecho a prestaciones con arreglo al *Plan de Pensiones de Empresa de Unilever.* [1] En la época en que se produjeron los hechos, la edad en que se causaba el derecho a esta pensión del Plan de Empresa era asimismo de 60 años para las mujeres y de 65 años para los hombres. [2] En la vista se puso de manifiesto que, desde entonces, el Plan ha sido adaptado, y que en la actualidad tanto los hombres como las mujeres pueden jubilarse en las mismas condiciones entre la edad de 60 y la de 65 años.

3. Además de la pensión del régimen general y de la pensión profesional del Plan de Unilever, la Sra. Roberts tiene también derecho a una *pensión complementaria* financiada en su totalidad por Birds, pensión que se destina a los trabajadores que deben abandonar la empresa por motivos de salud antes de haber alcanzado la edad en que se causan el derecho a pensión. En primer lugar, dicha pensión complementaria tiene por finalidad garantizar a estos trabajadores una pensión de igual cuantía que aquella a la que tienen derecho sus compañeros que están en condiciones de continuar trabajando hasta la edad en que se causa el derecho a pensión. Asimismo, pretende garantizar que los trabajadores de sexo masculino y de sexo femenino perciban una pensión de cuantía total

* Lengua original: neerlandés.

1 — Se trata de una pensión de profesional del tipo denominado «contributory contracted-out». Estas pensiones profesionales llamadas «contracted-out» se caracterizan por el hecho de sustituir parcialmente a la pensión del régimen general, al menos en el caso de los trabajadores afiliados al Plan. Véase la sentencia de 3 de diciembre de 1987, Newstead (192/85, Rec. p. 4753), apartado 3. Cuando se dice que se trata de un régimen «contributory», ello significa que los trabajadores participan en la financiación del Plan mediante cotizaciones.

2 — Sin embargo, de los autos se desprende que ya antes de alcanzar la edad en que se causa el derecho a pensión, la Sra. Roberts percibió prestaciones con arreglo al Plan de Pensiones de Empresa de Unilever. Las condiciones con arreglo a las cuales se concedieron dichas ventajas no están perfectamente claras. Sin embargo, no forman parte de la materia objeto del litigio (véase el punto 8 *infra*).

idéntica (pensión del Plan de Empresa más pensión del régimen general).

Aunque, en sentido estricto, los trabajadores interesados no pueden invocar ningún derecho a esta pensión complementaria, en cuya financiación, por otra parte, tampoco participan, en la práctica se les concede de forma sistemática. Por lo demás, las partes litigantes están de acuerdo en que la pensión complementaria es una «retribución» con arreglo al artículo 119 del Tratado (véase el punto 11 *infra*).

4. Para determinar la cuantía de la pensión complementaria, Birds calcula en primer lugar, para cada beneficiario, una «pensión de jubilación bruta» («Gross Retirement Pension»; en lo sucesivo, «GRP»). Para llevar a cabo dicho cálculo, Birds se basa en el último salario de los trabajadores interesados y en la antigüedad que hayan adquirido en caso de que hayan permanecido en activo hasta la edad de jubilación normal. Mediante la GRP, que evidentemente existe sólo en teoría, Birds determina de ese modo la cuantía global de la pensión a que tendrían derecho los trabajadores que se hayan visto obligados a abandonar la empresa por motivos de salud si hubieran podido continuar trabajando con normalidad.

Al proceder de esta forma, Birds procura que la GRP considerada se sitúe a un nivel idéntico para hombres y mujeres. Cuando, por una razón u otra, la cuantía de la GRP de un beneficiario determinado resultante del cálculo es inferior a la cuantía a la que tendría derecho un compañero del sexo opuesto —real o ficticio— en situación comparable, se procede a incrementarla hasta que alcance el mismo nivel. [3]

5. Una vez calculada la GRP, Birds abona en concepto de pensión complementaria la parte de la GRP que el beneficiario no puede obtener ya con arreglo a otros regímenes de pensiones. Por consiguiente, a los trabajadores que deben abandonar la empresa por motivos de salud, Birds les abona la diferencia entre su GRP y las pensiones que pueden obtener de la Administración, de Unilever, o de ambos.

6. No obstante, los efectos concretos de la aplicación de dicho principio difieren en función del sexo del beneficiario. En aras de la claridad, procede distinguir tres períodos parciales en el desarrollo completo de la pensión, es decir, entre el momento de la baja por motivos de salud y el momento del fallecimiento.

Desde el momento del abandono de la empresa hasta la edad de 60 años (primer período parcial), ni los hombres ni las mujeres tienen derecho a una pensión del régimen general. Las prestaciones económicas que eventualmente perciben con arreglo al Plan de Pensiones de Unilever [4] pueden variar en función del sexo del beneficiario. No obstante, la pensión complementaria abonada por Birds compensa dicha diferencia, de forma que, a fin de cuentas, todos los trabajadores jubilados, con independencia de su sexo, perciben una pensión (profesional) de idéntica cuantía.

3 — Semejante adaptación se practicó en el momento de la determinación de la GRP de la Sra. Roberts. Cuando se puso de manifiesto que su GRP ascendía a 1.295 UKL anuales mientras que la de un compañero masculino que se encontrara en una situación comparable se habría elevado a 1.302 UKL, Birds incrementó la GRP de la Sra. Roberts hasta un total de 1.302 UKL.

4 — Véase la nota 2 *supra*.

Entre los 60 y los 65 años (segundo período parcial), las mujeres tienen ya derecho a una pensión del régimen general, pero no los hombres. Birds disminuye entonces la cuantía de la pensión complementaria que paga a las antiguas trabajadoras hasta el importe de la pensión del régimen general que perciben, mientras que los pensionistas de sexo masculino continúan percibiendo la pensión complementaria de la que ya disfrutaban antes de cumplir los 60 años. Como consecuencia de ello, si bien los antiguos trabajadores femeninos y masculinos que se encuentran en una situación comparable continúan percibiendo una pensión de igual cuantía total, los hombres perciben una pensión complementaria superior a la percibida por las mujeres, lo que no sucedía en el período anterior.

A partir de la edad de 65 años (tercer período parcial), también los hombres tienen derecho a una pensión del régimen general. Birds reduce entonces su pensión complementaria, asimismo, en la cuantía de la pensión del régimen general que les corresponde. En la medida en que, durante dicho período, los hombres perciban una pensión del régimen general más elevada que la de sus compañeras de sexo femenino que se encuentran en circunstancias comparables, reciben de Birds una pensión complementaria de cuantía inferior a la abonada por el mismo concepto a sus compañeras.

7. En resumen, la Court of Appeal observa que para la concesión de las pensiones complementarias, Birds aplica a los hombres y a las mujeres un trato diferente que se encuentra indiscutible y directamente basado en el sexo. Sin embargo, en la medida en que se ha puesto de manifiesto que el modo de proceder de Birds «tiene por finalidad y efecto equiparar el importe total de las pensiones (pensión del régimen general más pensión del Plan de Empresa) percibidas por la parte recurrida con el importe de las pensiones que percibiría un compañero del sexo masculino que se encontrara en la misma situación», la primera cuestión prejudicial, que es fundamental, tiene por objeto que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre si la práctica seguida por Birds es incompatible o no con el artículo 119 del Tratado.

Antes de pasar a examinar esta primera cuestión, me remito al informe para la vista, en el que se exponen más detalladamente los hechos y se reproducen en su totalidad las cuestiones prejudiciales.

Primera cuestión prejudicial

Alcance del litigio

8. Creo necesario precisar el alcance exacto del litigio principal que ha originado esta cuestión prejudicial.

Lo que se discute no es la existencia, en su día, en el Plan de Pensiones de Empresa de Unilever, y hoy todavía, en el régimen legal, de requisitos de edad diferentes para hombres y mujeres en relación con el nacimiento de los derechos a pensión (véase el punto 2 *supra).* La Sra. Roberts tampoco cuestiona el concepto de GRP ni la forma en que éste se calcula, como quedan expuestos. Por último, no cuestiona tampoco la manera en que Birds paga las pensiones complementarias a sus antiguos trabajadores hasta la edad de 60 años (es decir, durante el primer

período; véase el punto 6 *supra)* y a partir de la edad de 65 años (es decir durante el tercer período; véase el punto 6 *supra).*

9. Por el contrario, la Sra. Roberts considera que la forma en que Birds calcula la cuantía de la «pensión transitoria» («bridging pension»), es decir, la pensión destinada a los antiguos trabajadores de edades comprendidas entre los 60 y 65 años de edad (es decir, durante el segundo período; véase el punto 6 *supra),* contraviene lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado. Como ha dicho el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial, en efecto, la Sra. Roberts afirma

«que el hecho de que perciba de un tercero (en el presente caso, el Estado) un pago que, en la misma situación, no percibiría un trabajador masculino, carece de importancia en el caso presente y no puede afectar a la obligación que incumbe al empresario con arreglo al artículo 119 del Tratado, consistente en retribuirse igual que a un trabajador masculino que se encuentre en la misma situación».

10. Como es sabido, el artículo 119 del Tratado impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la aplicación del «principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos». El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el alcance preciso del artículo 119. Desde la primera sentencia Defrenne de 25 de mayo de 1971, este Tribunal ha interpretado de forma amplia el concepto de «retribución». [5] Por otra parte, desde la segunda sentencia Defrenne de 8 de abril de 1976, [6] ha quedado establecido que el artículo 119 puede aplicarse directamente

«a toda forma de discriminación directa y manifiesta que pueda comprobarse utilizando exclusivamente los criterios de la identidad de trabajo y la igualdad de retribución adoptados en el citado artículo». [7]

Asimismo, este Tribunal ha declarado que los requisitos enunciados en el artículo 119 no se aplican a las discriminaciones que se derivan de regímenes de Seguridad Social y de las prestaciones que éstos prevén, en particular en el caso de las pensiones de vejez, [8] aunque, por el contrario, se aplican a los Planes de Pensiones de Empresa denominados «contracted out». [9] En relación con estos últimos, el Tribunal ha declarado que

«la fijación de un requisito de edad, distinto según el sexo, para las pensiones pagadas en el marco de un Plan convencionalmente excluido del régimen general es contraria al artículo 119, aunque la diferencia entre las edades de jubilación de los hombres y de las mujeres corresponda a la prevista por el régimen legal nacional». [10]

11. Ambas partes están de acuerdo en que la pensión complementaria de que se trata constituye hoy una «retribución» con arreglo al artículo 119 del Tratado y en que la Sra. Roberts podía invocar directamente el artículo 119 ante el Juez nacional para poner en tela de juicio la forma en que Birds concede la pensión complementaria. Habida cuenta

5 — Véase la sentencia de 25 de mayo de 1971, Defrenne (80/70, Rec. p. 445), apartado 6, confirmada recientemente por la sentencia de 17 de febrero de 1993, Comisión/Bélgica (C-173/91, Rec. p. I-673), apartado 13.

6 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455).

7 — Sentencia de 27 de marzo de 1980, Macarthys (129/79, Rec. p. 1275), apartado 10, confirmada por la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (262/88, Rec. p. I-1889).

8 — Sentencia Defrenne I, antes citada, apartado 12.

9 — Sentencia Barber, antes citada, apartado 28.

10 — Sentencia Barber, antes citada, apartado 32. El Tribunal, sin embargo, limitó la eficacia temporal de su sentencia. La interpretación de dicha limitación temporal constituye una cuestión fundamental en los asuntos pendientes C-109/91, Ten Oever, C-110/91, Moroni, C-152/91, Neath, y C-200/91, Coloroll. Véanse, a este respecto, mis conclusiones de 28 de abril de 1993.

de la interpretación amplia que este Tribunal hace del concepto de «retribución» y dado que ya en el pasado ha declarado que el artículo 119 es aplicable tanto a las pensiones profesionales del tipo de las denominadas sustitutivas [11] como a las no sustitutivas, [12] considero que puedo adherirme al punto de vista de las partes.

Por el contrario, las partes discrepan de si la forma en que Birds concede una pensión complementaria a los antiguos trabajadores que hayan tenido que abandonar la empresa por motivos de salud, con edades comprendidas entre los 60 y 65 años, constituye una discriminación directa o indirecta en perjuicio de los trabajadores de sexo femenino, así como sobre si puede justificarse dicha discriminación. La Sra. Roberts y la Court of Appeal consideran que sólo una discriminación indirecta puede justificarse, mientras que la Comisión y Birds consideran que pueden justificarse tanto las discriminaciones directas como las indirectas.

La posibilidad de justificar objetivamente una discriminación, ¿depende del carácter directo o indirecto de la misma?

12. En mi opinión, la tesis según la cual el carácter directo o indirecto de una discriminación [13] es decisivo para determinar si es posible justificarla [14] suscita problemas.

Birds sostiene que, en materia de discriminación por razón de sexo, este Tribunal sólo ha admitido hasta el momento la existencia de motivos de justificación en supuestos de discriminación indirecta, [15] mientras que ha considerado que no podían justificarse los casos de discriminación directa. [16] Sin ánimo de contradecir este punto de vista, considero, discrepando con la Sra. Roberts, con el órgano jurisdiccional de remisión y con el Gobierno del Reino Unido, que de la jurisprudencia no puede deducirse que *nunca* pueda justificarse objetivamente una discriminación directa. En cualquier caso, el Tribunal nunca ha efectuado dicha deducción. Por el contrario, aunque a la hora de *aplicar* su concepto de discriminación a casos concretos de discriminación por razón de sexo, el Tribunal de Justicia únicamente ha considerado justificables los supuestos de discriminación indirecta, ello no impide en absoluto que, en relación con la *definición* de dicho concepto de discriminación, el Tribunal sólo mencione la posibilidad de justificación en términos estrictamente generales. En efecto, es jurisprudencia reiterada que sólo existe una discriminación ilícita cuando

11 — Véase la citada sentencia Barber.

12 — Véase la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607).

13 — Véase respecto a dicha diferencia, la segunda sentencia Defrenne, antes citada en la nota 7, apartado 18.

14 — Según la Comisión, sería más correcto hablar de la justificación de una desigualdad de trato (ya sea directa o indirecta) más que de la justificación de una discriminación. En efecto, en opinión de esta Institución, una discriminación supone, por definición, un trato diferente de situaciones comparables (o un trato idéntico de situaciones diferentes) *que no puede justificarse objetivamente*. Aun admitiendo que una terminología como la mencionada sería efectivamente más correcta, sin embargo, tenderé a utilizar la terminología consagrada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que utiliza indistintamente los conceptos de «desigualdad de trato» y de «discriminación». Véase, por ejemplo, el apartado 32 de la citada sentencia Barber, en el que el Tribunal de Justicia declara que «el artículo 119 prohíbe toda *discriminación* en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine *esta desigualdad*» (el subrayado es mío).

15 — Véanse las sentencias de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), apartados 10 a 15; Bilka, antes citada, apartados 29 y ss.; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartado 12, y de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartados 15 y 16.

16 — Véanse la citada sentencia Barber, apartado 32, y la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (177/88, Rec. p. I-3941), apartado 12.

«se hayan tratado de una forma diferente situaciones comparables, implicando una desventaja para algunos sujetos en relación con otros, sin que dicha diferencia de trato se justifique por la existencia de diferencias objetivas de una cierta importancia». [17]

Asimismo, en la sentencia dictada el 19 de octubre de 1977 en el asunto Ruckdeschel [18] en relación con una prohibición de discriminación prevista en el Tratado, [19] este Tribunal declaró

«que, sin embargo, la prohibición de discriminación enunciada en la citada disposición no es sino expresión concreta del principio general de igualdad que se cuenta entre los principios fundamentales del Derecho comunitario».

Aún en fecha reciente, el Tribunal, en una sentencia de 7 de julio de 1993, definió el principio de igualdad de trato de la siguiente forma:

«Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato contemplado como principio general del Derecho comunitario exige que situaciones comparables no se traten de forma diferente y que situaciones diferentes no se traten de forma idéntica, a menos que dicha diferenciación se justifique objetivamente.» [20]

13. Por tanto, no es razonable afirmar que el Tribunal de Justicia ha limitado en el pasado la posibilidad de justificar una discriminación a los casos de discriminación indirecta. Tampoco me parece deseable que el Tribunal adopte semejante actitud en el futuro, en especial porque no siempre puede distinguirse tan claramente entre las discriminaciones directas y las indirectas. El asunto presente es un buen ejemplo de ello. Como señala la Comisión, la política de Birds en materia de pensiones puede analizarse, efectivamente, en el sentido de que establece una desigualdad de trato directa, pero también en el sentido de que ocasiona una desigualdad de trato indirecta. En efecto, se puede destacar que Birds paga a todos sus antiguos trabajadores de sexo femenino en edades comprendidas entre 60 y 65 años una pensión complementaria de cuantía inferior a la de la pensión complementaria que paga a sus compañeros de sexo masculino en situación comparable, lo que permite suponer la existencia de una discriminación directa. Sin embargo, también puede subrayarse que Birds calcula la pensión complementaria de todos sus antiguos trabajadores de la misma forma, a saber, deduciendo de su GRD el importe de las prestaciones en concepto de pensión que los trabajadores pueden obtener de la Administración o de Unilever. Sucede simplemente que dicho modo de cálculo, «casualmente», conduce a que, durante cinco años, las mujeres perciban una pensión complementaria de

17 — Sentencia de 13 de julio de 1962, Klöckner-Werke y Hoesch (asuntos acumulados 17/61 y 20/61, Rec. pp. 615 y ss., especialmente p. 652). Esta sentencia confirma sentencias anteriores como la de 17 de diciembre de 1959, Pont-à-Mousson (14/59, Rec. 1958-1959, pp. 445 y ss., especialmente p. 475), que, a su vez, ha sido confirmada, por ejemplo, por la de 13 de noviembre de 1984, Racke (283/83, Rec. p. 3791), apartado 7.

18 — Asuntos acumulados 117/76 y 16/77, Rec. p. 1753.

19 — En aquel caso, se trataba de la prohibición contenida en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 40 del Tratado. No obstante, lo mismo se aplica a la prohibición de discriminación contenida en el artículo 119 del Tratado.

20 — Sentencia de 7 de julio de 1993, España/Comisión (C-217/91, Rec. p. I-3923), apartado 37.

cuantía inferior. Desde esta óptica, la política de pensiones aplicada por Birds constituye una discriminación indirecta. [21]

Por tanto, en casos como el presente, parece arbitrario hacer depender la posibilidad de justificar una desigualdad de trato comprobada del carácter directo o indirecto de dicha desigualdad.

14. Incluso haciendo abstracción de la vaga línea divisoria existente entre la discriminación directa y la indirecta, en mi opinión no es deseable concluir categóricamente que sea imposible justificar una discriminación directamente basada en el sexo. La Comisión se refiere a este respecto a la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia en el asunto pendiente, C-32/93, Webb. Dicho asunto tiene por objeto el despido de una mujer que, tras haber sido contratada para sustituir a una empleada embarazada, se dio cuenta de que también ella se encontraba embarazada. Aunque el despido por causa de embarazo constituye indiscutiblemente una discriminación directa, [22] no cabe excluir que, habida cuenta de las circunstancias singulares, en un asunto como el asunto Webb pueda, pese a todo, justificarse dicha discriminación.

Durante la vista, se citaron otros ejemplos de situaciones en las que una discriminación directamente basada en el sexo podría, no obstante, justificarse. [23] Reconozco, de acuerdo con Birds y la Comisión, que semejantes situaciones pueden presentarse excepcionalmente.

Existencia de una justificación objetiva

15. Acto seguido, por lo que respecta a la propia cuestión de los motivos objetivos de justificación, examinaré brevemente, en primer lugar, el punto de vista de la Sra. Roberts, según la cual el hecho de que perciba de un tercero, en el presente caso el Estado, una pensión a la que no tendría derecho un compañero de sexo masculino que se encontrara en la misma situación (véase el punto 9 *supra)* carece de relevancia para la interpretación que debe darse a la obligación que el artículo 119 impone al empresario de pagar retribuciones iguales a hombres y mujeres. No suscribo el punto de vista de la Sra. Roberts puesto que implica una nueva desigualdad, a saber, que una empresa como Birds pagaría importes significativamente más elevados por la pensión de las antiguas trabajadoras en edades comprendidas entre 60 y 65 años, que por la pensión de los antiguos trabajadores que se encontraran en una situación comparable. En efecto, Birds, en su condición de empresario, participa en buena medida en la financiación de la pensión de vejez que la Sra. Roberts percibe del Estado.

21 — Birds afirma, incluso con carácter principal, que en el presente caso no existe ninguna discriminación. En apoyo de esta afirmación, la empresa declaró durante la vista que también reduciría el importe de la pensión complementaria de un trabajador de sexo masculino que tuviera derecho a una pensión del régimen general — en hipótesis, extranjera— a partir de la edad de 60 años. Sin embargo, nadie ha sostenido que con ello se estuviera aludiendo a algo más que una pura hipótesis o, dicho de otro modo, que Birds hubiera aplicado efectivamente alguna vez semejante reducción a la pensión de un trabajador de sexo masculino con menos de 65 años de edad.

22 — Sentencia Dekker, antes citada, apartado 12.

23 — Dichos ejemplos se refieren a la desigualdad de trato derivada de necesidades objetivas ligadas al ejercicio de una profesión determinada (negativa a contratar, para una actuación que debía tener lugar en una fecha próxima, a una bailarina en avanzado estado de embarazo o negativa a contratar candidatos femeninos para la vigilancia de prisioneros violentos de sexo masculino: sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 3 del fallo) o a una desigualdad de trato basada en circunstancias objetivas particulares que hacían necesaria o aceptable la discriminación por razón de sexo (no consideración de candidatos masculinos en la contratación de una dama de compañía por parte de una señora de edad avanzada; concesión de una prima destinada exclusivamente a permitir que las trabajadoras del turno de noche cojan un taxi para volver a su casa, por haberse puesto de manifiesto que, a diferencia de lo que sucedía con sus compañeros masculinos, eran molestadas en su camino de regreso a casa).

Por tanto, es incorrecto calificarla sin más de pensión pagada por «un tercero». Si para calcular las pensiones complementarias, Birds no tuviera en cuenta el importe —en cuya financiación, sin embargo, participa la empresa— de la pensión del régimen general que perciben los beneficiarios, pagaría dos veces por la pensión de las antiguas trabajadoras de 60 a 65 años (una vez por la pensión del régimen general y otra por una pensión complementaria no minorada), mientras que sólo pagaría una vez por la pensión de los antiguos trabajadores en situación comparable a la antes descrita (pero que aún no tienen derecho a una pensión del régimen general).

16. A continuación examinaré el motivo de justificación invocado por Birds. Según Birds, las deducciones practicadas por la empresa en relación con las pensiones de sus antiguas trabajadoras cuando alcanzan la edad de 60 años constituyen una desigualdad de trato lícita porque tienen por finalidad impedir que dichas trabajadoras perciban un importe total en concepto de pensión (pensión del Plan de Empresa más pensión del régimen general) más elevado que sus compañeros masculinos en situación comparable. En opinión de Birds, las deducciones practicadas permiten impedir la aparición de una desigualdad entre ambos sexos en el ámbito de las prestaciones de pensión.

Este argumento me parece especialmente convincente. Creo, en efecto, que una desigualdad de trato en materia de pensión complementaria que, adoptando la expresión del órgano jurisdiccional de remisión, «tiene por finalidad y efecto» eliminar o impedir otra desigualdad de trato respecto al importe total de las prestaciones en concepto de pensión y que, por tanto, entraña, en el plano de los resultados, una verdadera igualdad de trato, se justifica objetivamente. Ello es aún más cierto en un asunto como el presente, en el que la diferencia que se establece entre hombres y mujeres por parte de la Administración en relación con los requisitos de edad para el nacimiento de los derechos de pensión y que implica una desigualdad de trato relativa al importe total de las prestaciones en concepto de pensión, sólo representa «una discriminación tolerada actualmente respecto a las pensiones de jubilación pero que la Comunidad se propone, aunque lentamente, eliminar». [24] En la vista, la Comisión señaló con razón que, en todo caso, debe evitarse que dicha excepción al principio de igualdad de trato, aun cuando se admita provisionalmente, se eleve al rango de objetivo del Derecho comunitario.

17. En mi opinión, el argumento precedente en nada resulta menoscabado por las posiciones adoptadas por este Tribunal en la citada sentencia Barber, en la que declaró que

«el artículo 119 prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad» (apartado 32),

y que

«el principio de igualdad de retribución debe garantizarse en cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación

24 — Conclusiones del Abogado General Sr. Slynn en el asunto en el que recayó la sentencia de 26 de febrero de 1986, Roberts (151/84, Rec. pp. 703 y ss., especialmente p. 710).

global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores» (apartado 35).

En efecto, la problemática del citado asunto Barber es distinta de la examinada en el asunto presente. El asunto Barber versaba sobre la aplicación a un Plan de Pensiones de Empresa de los requisitos de edad para el nacimiento de los derechos a pensión, diferentes para hombres y mujeres, que los poderes públicos estaban provisionalmente autorizados para aplicar en el ámbito del régimen legal, aplicación que fue condenada por el Tribunal de Justicia. En otras palabras, se trataba de los requisitos reguladores de la edad de acceso a los Planes de Pensiones de Empresa, problemática que es totalmente independiente de la que se examina en este asunto, a saber, la doble cotización a un único régimen de pensión del régimen general. Asimismo, y ante todo, la práctica condenada por este Tribunal en el asunto Barber tenía por efecto *reforzar* aún más la desigualdad entre hombres y mujeres que se tolera en los regímenes de pensiones legales. En el presente litigio, se trata, por el contrario, de una pensión del Plan de Empresa complementaria que se calcula de manera que se *suprima* dicha desigualdad. A mi parecer, ello constituye una diferencia fundamental: como se habrá deducido de la argumentación precedente, el modo de cálculo controvertido tiene por finalidad garantizar iguales prestaciones en concepto de pensión a los trabajadores de sexo masculino y femenino (véase el punto 16 *supra)* e impedir, al mismo tiempo, que el empresario pague una doble aportación en el caso de la pensión de las mujeres mientras que sólo realiza una aportación a la financiación de la de los hombres (véase el punto 15 *supra).* Por tanto, la aplicación de este modo de cálculo permite, precisamente, ejecutar el principio de igualdad de trato en relación con cada elemento del plan de pensiones, y ello por lo que respecta tanto a la aportación del empresario como a las prestaciones abonadas al trabajador.

Conclusión

18. Dado que, en mi opinión, Birds puede justificar objetivamente la política en materia de pensiones objeto del presente litigio, concluyo que debe responderse a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que un empresario no contraviene el artículo 119 del Tratado cuando, habida cuenta de los diferentes requisitos de edad establecidos para el nacimiento de los derechos a pensión de hombres y mujeres que aplican los poderes públicos y que todavía son lícitos, utiliza, para aplicar su Plan de Pensiones de Empresa complementarias, un modo de cálculo dirigido a garantizar a los trabajadores jubilados de sexo femenino y masculino una pensión de jubilación de idéntica cuantía total (resultado de la suma de la pensión del Plan de Empresa y la pensión del régimen general).

Cuestiones prejudiciales segunda y tercera

19. La segunda cuestión prejudicial se refiere a la elección que el sistema de Seguridad Social inglés deja en manos de las mujeres casadas, entre, por una parte, abonar íntegramente sus cotizaciones en concepto de pensión, en cuyo caso tienen derecho a una pensión de jubilación completa, y, por otra, efectuar pagos a tipo reducido, lo que sólo les da derecho a una pensión de jubilación reducida (o inexistente).

En el caso de las mujeres que, como la Sra. Roberts, han optado por la segunda solución y, por tanto, no perciben una pensión de

jubilación completa, Birds, no obstante, calcula la pensión complementaria como si la percibieran. Más concretamente, Birds reduce el importe abonado a estas mujeres en concepto de pensión complementaria cuando alcanzan la edad de 60 años no en la cuantía correspondiente a la pensión del régimen general que *realmente* perciben sino en la cuantía que *habrían podido* percibir de haber cotizado al tipo máximo. La Court of Appeal desea saber qué influencia puede tener este elemento en la respuesta del Tribunal de Justicia a la primera cuestión prejudicial.

Aunque por las cotizaciones que pagó en concepto de pensión durante su vida profesional la Sra. Roberts no causó ningún derecho a una pensión de jubilación legal, percibe de los poderes públicos una pensión de viudedad de importe equivalente al de una pensión de jubilación completa. Mediante su tercera cuestión prejudicial, la Court of Appeal desea saber si este factor puede influir en la respuesta del Tribunal a las dos primeras cuestiones prejudiciales.

20. Tras leer la tercera cuestión prejudicial, este Tribunal podría inclinarse a declarar la inadmisibilidad de la segunda cuestión planteada por la Court of Appeal debido a su naturaleza puramente hipotética. [25] En efecto, los importes que Birds deduce de la pensión complementaria de la Sra. Roberts parecen corresponder efectivamente a una pensión del régimen general verdaderamente percibida por la Sra. Roberts, en el caso de autos, una pensión de viudedad. No obstante, este hecho no impide que se aborde la segunda cuestión prejudicial. En efecto, desde el momento en que la base jurídica sobre la cual la Administración concede las pensiones de jubilación y las pensiones de viudedad es diferente, [26] me parece que dicha cuestión reviste una importancia que excede del plano de lo hipotético.

21. Si una empresa como Birds sólo estuviera autorizada a deducir de la cuantía de la pensión complementaria que satisface a un antiguo miembro femenino de su personal, como la Sra. Roberts, la cuantía de la pensión del régimen general que ésta percibe *realmente,* ello obligaría a dicha empresa, de hecho, a compensar, por lo que respecta a dicha trabajadora, la pérdida de la pensión del régimen general que se deriva directamente de haber optado por el régimen de cotizaciones reducidas. Comparto la opinión de Birds, de la Comisión y del órgano jurisdiccional de remisión, según la cual ello favorecería ilegalmente a las antiguas trabajadoras casadas que eligieron cotizar al tipo reducido. En efecto, pese a haber pagado cotizaciones notablemente inferiores, percibirían una pensión de jubilación de igual cuantía total (pensión del Plan de Empresa más pensión del régimen general) que aquellos —hombres, mujeres solteras y parte de las mujeres casadas— que siempre cotizaron al tipo máximo en concepto de pensión. Dicha interpretación del artículo 119 del Tratado incitaría a todas las trabajadoras casadas de Birds o de empresas comparables a optar por el tipo reducido, lo que no puede haber sido la intención del artículo 119. Asimismo, sería incompatible con el principio de igualdad que este Tribunal considera, sin embargo, «uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario» (véase el punto 12 *supra).*

25 — El artículo 177 del Tratado no autoriza al Tribunal de Justicia a responder a cuestiones puramente hipotéticas. Véase la sentencia de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartados 25, 32 y 33.

26 — En cualquier caso, la importancia de la cuestión excedería de lo hipotético si se pusiera de manifiesto que las pensiones de jubilación y de viudedad concedidas por la Administración son acumulables. Sin embargo, los autos no contienen ninguna indicación en este sentido.

22. Por tanto, es mi parecer que para calcular la pensión complementaria que concede a sus antiguas trabajadoras casadas que han optado por el sistema de cotización a tipo reducido y que, en consecuencia, perciben una pensión del régimen general minorada, una empresa como Birds puede, sin embargo, deducir de la cuantía de dicha pensión complementaria la cuantía de la pensión del régimen general que sus trabajadoras jubiladas habrían podido percibir si hubieran pagado sus cotizaciones en concepto de pensión al tipo máximo. Evidentemente, la empresa puede, con mayor razón, deducir dicha cuantía cuando, aparentemente, la antigua trabajadora de que se trata percibe de la Administración una pensión de viudedad de cuantía igual a la de una pensión de vejez completa.

23. Por ello, respondo a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el hecho de que, durante su vida profesional, una trabajadora jubilada haya optado por el régimen de cotización a tipo reducido y que, en consecuencia, no perciba de la Administración ninguna pensión de vejez o perciba únicamente una pensión de vejez reducida, a la cual se añade o no una pensión de viudedad, no influye en la respuesta que debe darse a la primera cuestión prejudicial.

Conclusión

24. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Court of Appeal:

«1) Un empresario no contraviene el artículo 119 del Tratado CEE cuando, habida cuenta de los diferentes requisitos de edad establecidos para el nacimiento de los derechos a pensión de hombres y mujeres que aplican los poderes públicos y que todavía son lícitos, utiliza, para aplicar su Plan de Pensiones de Empresa complementarias, un modo de cálculo dirigido a garantizar a los trabajadores jubilados de sexo femenino y masculino una pensión de jubilación de idéntica cuantía total (resultado de la suma de la pensión del Plan de Empresa y la pensión del régimen general).

2) Cuando una trabajadora jubilada ha optado, durante su vida profesional, por pagar cotizaciones en concepto de pensión al tipo reducido, su empresario no infringe el artículo 119 del Tratado CEE si, no obstante, calcula el importe total de la pensión de vejez mencionado en el punto precedente con base en la pensión del régimen general que la trabajadora jubilada habría podido obtener si hubiera cotizado al tipo máximo. Esta conclusión es aplicable con mayor razón cuando la trabajadora jubilada percibe una pensión de viudedad de cuantía igual a la de una pensión de vejez.»