CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIILO JÄÄSKINEN presentadas el 15 de julio de 2010[1]

Índice

I. Introducción ..... I - 3596

II. Marco jurídico ..... I - 3597

A. Normativa comunitaria ..... I - 3597

1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ..... I - 3597

2. El Tratado CE ..... I - 3597

3. La Directiva 2000/78 ..... I - 3598

B. Normativa nacional ..... I - 3599

1. La Ley Fundamental ..... I - 3599

2. La Ley sobre las parejas estables inscritas ..... I - 3600

3. Normativa aplicable en el Land de Hamburgo en materia de previsión social I - 3600

4. La HmbZVG ..... I - 3601

5. La primera RGG ..... I - 3602

III. Litigio principal ..... I - 3602

IV. Cuestiones prejudiciales ..... I - 3604

V. Análisis ..... I - 3607

A. Introducción ..... I - 3607

B. Sobre el ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/78 ..... I - 3609

1 — Lengua original: francés.

1. Sobre el ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/78 ..... I - 3609

2. Sobre el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 ..... I - 3614

C. Sobre la existencia de una discriminación por motivos de orientación sexual en el sentido de la Directiva 2000/78 ..... I - 3617

1. Sobre la discriminación directa ..... I - 3617

2. Sobre la discriminación indirecta ..... I - 3622

3. Conclusión intermedia ..... I - 3625

D. Sobre la infracción del artículo 141 CE o de un principio general del Derecho de la Unión ..... I - 3626

E. Sobre los aspectos temporales del asunto ..... I - 3631

1. Sobre los efectos en el tiempo del derecho a la igualdad de trato ..... I - 3631

2. Sobre la limitación en el tiempo de los efec-tos de la sentencia del Tribunal de Justicia ..... I - 3636

F. Sobre la combinación del principio de igualdad de trato y del objetivo de especial protección del matrimonio y de la familia, propio del Derecho nacional ..... I - 3638

1. Sobre la primacía del principio del Derecho de la Unión relativo a la igualdad de trato ..... I - 3638

2. Sobre la eventual justificación de una discriminación por un objetivo propio del Derecho nacional ..... I - 3640

VI. Conclusiones ..... I - 3642

I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los principios generales y de las disposiciones del Derecho de la Unión, tanto primario como derivado, relativas a la discriminación por motivos de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

2. Esta petición ha sido presentada en el marco de un litigio entre el Sr. Römer y la Freie und Hansestadt Hamburg [2] que tiene por objeto la negativa de ésta a reconocer al Sr. Römer el derecho a una pensión de jubilación complementaria de la cuantía solicitada por él, teniendo en cuenta que el método de cálculo elegido por su antiguo empleador era más favorable para los beneficiarios casados que para los beneficiarios que, como el Sr. Römer, mantenían una relación de pareja estable inscrita conforme al Derecho alemán.

3. Dicha remisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar, e incluso de completar, la postura adoptada por él en la sentencia Maruko, [3] dictada en Gran Sala el 1 de abril de 2008, relativa a la negativa a reconocer a un hombre, que había constituido una pareja estable inscrita y cuyo compañero había fallecido, el derecho a la pensión de supervivencia establecida por el régimen obligatorio de previsión profesional al que estaba afiliado su difunto compañero. Además, el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de su jurisprudencia relativa al derecho a la igualdad de trato que ha desarrollado en particular a través de las sentencias Mangold [4] y Kücükdeveci, [5] en un ámbito paralelo al de la discriminación por motivos de orientación sexual, en concreto el de la discriminación por motivos de edad.

4. En el presente caso, se pide en particular al Tribunal de Justicia que delimite el ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, [6] que detalle los elementos constitutivos de una discriminación directa o indirecta por razón de la orientación sexual, en el sentido de este texto y de otras normas del Derecho de la Unión, y que determine el alcance en el tiempo de sus respuestas. Por desgracia, el cumplimiento de esta tarea por parte del Tribunal de Justicia se ve dificultado, particularmente en lo que respecta a la comprensión del Derecho nacional, por la circunstancia de que la República Federal de Alemania ha decidido no presentar observaciones sobre las cuestiones prejudiciales, mientras que el Land de Hamburgo se ha limitado a aportar a los autos del proceso seguido ante el Tribunal de Justicia un escrito de gran concisión.

2 — La «Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo» es a la vez un municipio y uno de los dieciséis Estados federados (Länder) que integran la República Federal de Alemania. Según el artículo 4, apartado 1, de la Constitución de Hamburgo (Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg), de 6 de junio de 1952, no existe allí separación entre las actividades estatales y las municipales.

3 — Sentencia de 1 de abril de 2008 (C-267/06, Rec. p. I-1757).

4 — Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04, Rec. p. I-9981).

5 — Sentencia de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Rec. p. I-365).

6 — DO L 303, p. 16.

II. Marco jurídico

A. *Normativa comunitaria* [7]

1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

5. El artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [8] tiene el siguiente tenor: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

2. El Tratado CE

6. El Tratado de Ámsterdam [9] dotó al artículo 13 CE, apartado 1, de una nueva redacción, según la cual: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

7. El artículo 141 CE establece:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

7 — Dado que el litigio principal se refiere a la aplicación de unas normas de Derecho alemán en su versión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, esto es, el 1 de diciembre de 2009, se hará referencia a las disposiciones del Tratado CE de acuerdo con la numeración aplicable antes de esa fecha.

8 — La Carta, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), fue modificada y dotada de valor jurídico vinculante al adoptarse el Tratado de Lisboa (DO 2007, C 303, p. 1).

9 — DO 1997, C 340, p. 1.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. […]»

3. La Directiva 2000/78

8. Los considerandos decimotercero y vigésimo segundo de la Directiva 2000/78, que fue adoptada sobre la base del artículo 13 CE, antes citado, están redactados así:

«(13) Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo.

[…]

(22) Lo dispuesto en la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil.»

9. El artículo 1 de la misma Directiva dispone:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

10. Con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva:

«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;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios […]»

11. El artículo 3 de la Directiva 2000/78 tiene el siguiente tenor:

«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;

[…]

3. La presente Directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social. […]»

12. Según el artículo 18, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros debían en principio adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella a más tardar el 2 de diciembre de 2003, o bien podían confiar su aplicación a los interlocutores sociales, por lo que se refiere a las disposiciones que dependen de los convenios colectivos.

B. *Normativa nacional*

1. La Ley Fundamental

13. El artículo 6, apartado 1, de la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; en lo sucesivo, «la Ley Fundamental») [10] establece que: «El matrimonio y la familia gozan de especial protección por parte del ordenamiento estatal».

10 — Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 23 de mayo de 1949, BGBl. III 100-1.

2. La Ley sobre las parejas estables inscritas

14. El artículo 1 de la Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Ley sobre las parejas estables inscritas), de 16 de febrero de 2001, [11] en su versión modificada por la Ley de 15 de diciembre de 2004 [12] (en lo sucesivo, «LPartG»), dispone lo siguiente, en relación con la forma y los requisitos de constitución de tales parejas:

«1. Dos personas del mismo sexo podrán constituir una pareja estable inscrita cuando declaren de modo recíproco, personalmente y en presencia mutua, que desean mantener una relación de convivencia de por vida (miembros de la pareja estable inscrita). Las declaraciones no podrán sujetarse a condición ni término alguno. Las declaraciones producirán sus efectos cuando se realicen ante la autoridad competente. […]»

15. El artículo 2 de la LPartG establece:

«Los miembros de la pareja estable inscrita se deben socorro y protección mutuos y se obligan a llevar vida en común. Son responsables el uno del otro.»

16. A tenor del artículo 5 de dicha Ley:

«Los miembros de la pareja estable inscrita están mutuamente obligados a contribuir adecuadamente, con su trabajo y patrimonio, al sostenimiento de su vida en común. Serán de aplicación por analogía los artículos 1360, segunda frase, 1360a y 1360b del Código Civil [Bürgerliches Gesetzbuch, en lo sucesivo "BGB"], así como el artículo 16, párrafo segundo.»

17. El artículo 11, apartado 1, de la misma Ley, relativo a otros efectos de la pareja estable inscrita, establece:

«Salvo que se disponga lo contrario, cada miembro de la pareja estable inscrita será considerado miembro de la familia del otro.»

3. Normativa aplicable en el Land de Hamburgo en materia de previsión social

18. El Derecho nacional pertinente a efectos del litigio principal lo componen dos actos legislativos adoptados por el Land de Hamburgo, [13] en concreto, la Hamburgisches

11 — BGBl. 2001 I, p. 266.

12 — BGBl. 2004 I, p. 3396. Según el órgano jurisdiccional remitente, éstas son las disposiciones pertinentes para el presente asunto.

13 — Las informaciones aportadas por el órgano jurisdiccional remitente y por la Comisión no están completas en lo que respecta al tenor literal de las normas aplicables. Me parecen, sin embargo, suficientes para examinar, en relación con el Derecho de la Unión, las prestaciones satisfechas con arreglo a ellas.

Zusatzversorgungsgesetz (Ley de pensiones complementarias; en lo sucesivo, la «HmbZVG»), de 7 de marzo de 1995, [14] y la Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg (Ley de pensiones complementarias de jubilación y de supervivencia de los empleados de la Freie und Hansestadt Hamburg; en lo sucesivo, la «primera RGG») [15] en su versión de 30 de mayo de 1995, modificada por última vez el 2 de julio de 2003.

4. La HmbZVG

19. El artículo 1 de la HmbZVG señala que ésta se aplica a las personas empleadas por la Freie und Hansestadt Hamburg, así como a toda persona a la que la Freie und Hansestadt Hamburg deba abonar una pensión contemplada en el artículo 2 (los titulares de pensiones). Según este artículo, la pensión se concederá en forma de pensión de jubilación (artículos 3 a 10) o de supervivencia (artículos 11 a 19). El artículo 2 *bis* establece que los empleados participarán en los gastos de las pensiones abonando una cotización a un tipo inicial del 1,25 %. Según el artículo 2 *ter*, la obligación de cotizar comenzará en la fecha en que se celebre el contrato de trabajo y concluirá en la fecha en que termine la relación laboral. El artículo 2 *quater* dispone que la cotización se calculará sobre la base de la retribución imponible que percibe el empleado y se abonará mediante una retención practicada sobre la retribución.

20. El artículo 6 de la HmbZVG establece que el importe mensual de la pensión de jubilación ascenderá a un 0,5 % de la retribución sobre la que se calcule la pensión de jubilación por cada año completo del período de empleo que dé derecho a pensión de jubilación. [16]

21. La retribución sobre la que se calcula la pensión de jubilación se detalla en el artículo 7 de la HmbZVG, mientras que los períodos de empleo que dan derecho a pensión de jubilación, así como los que están excluidos, se definen en el artículo 8.

22. El artículo 29 de la HmbZVG contiene las disposiciones transitorias relativas a los titulares de pensiones, en el sentido del artículo 1, apartado 1, segunda frase, a quienes se aplicaba la primera RGG. El artículo 29, apartado 1, en relación con el apartado 5 de dicho artículo, establece que, no obstante lo dispuesto en el artículo 6, apartados 1 y 2, dicha categoría de titulares de pensiones continuarán percibiendo una pensión de un importe igual al que percibían en julio de 2003 o a aquél al que habrían tenido derecho, en virtud de los apartados 2 y 4 del mismo artículo, en diciembre de 2003.

14 — HmbGVBl. p. 53.

15 — Gesetz über die zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung für Angestellte und Arbeiter der Freien und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz – 1. RGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Mai 1995 (GVBl. p. 108).

16 — La Comisión señala que los artículos 1, 1 *bis*, 1 *ter*, 1 *quater*, 6, 7 y 8 de la primera RGG establecen también una regla similar.

5. La primera RGG

23. El artículo 10, apartado 6, de la primera RGG establece:

«6. Los ingresos netos que se tendrán en cuenta para el cálculo de la pensión se determinarán deduciendo de las retribuciones sobre las que se calcula la pensión de jubilación (artículo 8):

1. la cantidad que habría debido pagarse en concepto de impuesto sobre el salario [una vez deducida la parte transferida a la Iglesia (Kirchenlohnsteuer)] en aplicación de la escala de gravamen III/0 el día en que comience a abonarse la pensión de jubilación (artículo 12, apartado 1), en el caso de los beneficiarios casados que no vivan permanentemente separados en esa fecha o de los beneficiarios que, en esa fecha, tengan derecho a percibir subsidios familiares o prestaciones equivalentes;

2. la cantidad que habría debido pagarse en concepto de impuesto sobre el salario (una vez deducida la parte transferida a la Iglesia) en aplicación de la escala de gravamen I el día en que comience a abonarse la pensión de jubilación, en el caso del resto de beneficiarios. […]»

24. Conforme al artículo 8, apartado 10, segunda frase, de la primera RGG, si los requisitos previstos en el artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG sólo concurren después de que comience a abonarse la pensión de jubilación, a partir de ese momento se aplicará la escala de gravamen III/0, si el interesado así lo solicita.

25. Procede añadir que el importe que se deduce al aplicar la escala de gravamen III/0 es notablemente inferior al que se deduce al aplicar la escala de gravamen I.

III. Litigio principal

26. Existe discrepancia entre las partes acerca de la cuantía de la pensión que el demandante en el litigio principal, el Sr. Römer, puede exigir a partir de noviembre de 2001.

27. Desde 1950 hasta que se produjo su incapacidad laboral, el 31 de mayo de 1990, el Sr. Römer trabajó para la demandada en el procedimiento principal, la Freie und Hansestadt Hamburg, en calidad de empleado administrativo. Desde 1969 ha vivido de manera ininterrumpida con el Sr. U. El 15 de octubre de 2001, el demandante en el procedimiento principal y su compañero constituyeron una pareja estable inscrita conforme a la LPartG. El Sr. Römer informó de ello a su empleador mediante una carta de 16 de octubre de 2001. En una nueva carta, fechada el 28 de noviembre de 2001, solicitó que se volviese a calcular

la pensión de jubilación que se le abonaba, aplicándole la retención salarial más favorable prevista en la escala de gravamen III, y ello con efectos a partir del 1 de agosto de 2001, según indica el órgano jurisdiccional remitente, mientras que el demandante en el litigio principal afirma en sus observaciones haber solicitado este aumento de su pensión sólo a partir del 1 de noviembre de 2001.

28. Mediante carta de 10 de diciembre de 2001, la Freie und Hansestadt Hamburg informó al Sr. Römer de que no procedía aplicarle la escala de gravamen III, en vez de la escala de gravamen I, porque el artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG sólo permitía aplicar la escala de gravamen III a los beneficiarios casados que no viviesen permanentemente separados y a los beneficiarios que tuviesen derecho a subsidios familiares o a otra prestación equivalente.

29. De acuerdo con la hoja de liquidación de derechos a pensión elaborada por la Freie und Hansestadt Hamburg el 2 de septiembre de 2001, la pensión de jubilación abonada mensualmente al Sr. Römer a partir de septiembre de 2001, aplicando la escala de gravamen I, ascendía a 1204,55 DEM (615,88 euros). Según los cálculos del interesado, no rebatidos por su antiguo empleador, esta pensión mensual de jubilación habría sido de 590,87 DEM más (302,11 euros), en septiembre de 2001, si se hubiese aplicado la escala de gravamen III.

30. El litigio se planteó ante el Arbeitsgericht Hamburg (Tribunal de Trabajo de Hamburgo). El Sr. Römer considera que tiene derecho a ser tratado como un beneficiario casado que no vive permanentemente separado, a fin de que su pensión se calcule conforme al artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG. Alega que el criterio del «beneficiario casado que no viva permanentemente separado», establecido en dicha disposición, debe interpretarse en el sentido de que incluye a los beneficiarios que han constituido una pareja estable inscrita conforme a la LPartG.

31. El Sr. Römer estima que, en todo caso, su derecho a la igualdad de trato con respecto a los beneficiarios casados que no viven permanentemente separados se deriva de la Directiva 2000/78. En su opinión, la justificación de la diferencia de trato entre los beneficiarios casados y los que han constituido una pareja estable inscrita basada en la capacidad de los cónyuges para tener hijos no resulta convincente, dado que, incluso en el caso de las parejas estables inscritas constituidas por personas del mismo sexo, los hijos concebidos por uno de los miembros de la pareja son educados por la pareja estable inscrita y pueden ser adoptados por ella. Señala asimismo que, como el Derecho nacional no se ha adaptado a dicha Directiva en el plazo fijado en su artículo 18, apartado 2, es decir, el 2 de diciembre de 2003 como muy tarde, la Directiva se aplica directamente a la demandada en el procedimiento principal.

32. La Freie und Hansestadt Hamburg solicita la desestimación de la demanda. Alega que

el término «casado» del artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG no puede interpretarse en el sentido solicitado por el Sr. Römer. Sostiene esencialmente que el artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental ofrece al matrimonio y a la familia una especial protección del ordenamiento estatal porque constituyen desde hace mucho tiempo la unidad básica de la comunidad nacional y que, por este motivo, el matrimonio sin hijos (sea ésta una decisión deliberada o no) está igualmente protegido, ya que permite un equilibrio entre los sexos en el primer nivel de la comunidad nacional. Además, en su opinión, el matrimonio es en general un requisito previo para la fundación de una familia, ya que, al ser la forma más corriente de comunidad entre el hombre y la mujer reconocida por el Derecho, constituye el marco para el nacimiento de los hijos y la transformación, pues, de la pareja casada en familia.

33. Siempre en opinión de la Freie und Hansestadt Hamburg, existe un paralelismo entre la cuestión de la tributación conjunta y la relativa a la posibilidad de aplicar de forma ficticia la escala de gravamen III al cálculo de las pensiones pagadas con arreglo a la primera RGG. La parte demandada alega que los recursos financieros de los que dispondrán mensualmente los interesados para cubrir las necesidades de la vida cotidiana vienen determinados tanto por la tributación conjunta durante el período de actividad profesional como por la aplicación ficticia de la escala de gravamen III para calcular las pensiones. La ventaja concedida a las personas que han fundado una familia, o que habrían podido hacerlo, tiene como objetivo compensar la carga financiera suplementaria que ello implica.

IV. Cuestiones prejudiciales

34. Mediante auto presentado en la Secretaría el 10 de abril de 2008, [17] el Arbeitsgericht Hamburg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales. [18]

«1) ¿Constituyen las pensiones complementarias para los antiguos empleados de la Freie und Hansestadt Hamburg y sus supervivientes, reguladas en la [primera RGG] "pagos […] efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social", en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la [Directiva 2000/78], con la consecuencia de que dicha Directiva no rige en el ámbito de aplicación de la primera RGG?

2) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior:

a) ¿Constituyen "legislación nacional sobre el estado civil [o] prestaciones que dependen del estado civil" en el

17 — Es decir, sólo algunos días después de que se dictase la sentencia Maruko, antes citada.

18 — De la resolución de remisión se deduce que el Arbeitsgericht Hamburg ha remitido al mismo tiempo, con el fin de que se controle la constitucionalidad del artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, por un lado al Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional federal) y por otro al Hamburgisches Verfassungsgericht (Tribunal Constitucional del Land de Hamburgo) una cuestión formulada en términos equiparables a la tercera de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia.

sentido del vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 las disposiciones de la primera RGG que, a efectos de cálculo de las pensiones, distinguen entre beneficiarios casados, por un lado, y el resto de los beneficiarios, por otro, favoreciendo a los beneficiarios casados con respecto a las personas que han constituido una pareja estable inscrita con una persona de su mismo sexo al amparo de la Lebenspartnerschaftsgesetz (Ley sobre las parejas estables inscritas) de la República Federal de Alemania?

b) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior: ¿Tiene esto como consecuencia que la Directiva 2000/78 no sea de aplicación a las mencionadas disposiciones de la primera RGG, aunque la propia Directiva no contenga en este sentido ninguna restricción de su ámbito de aplicación análoga a la de su vigésimo segundo considerando?

3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión, letra a) o b): ¿El artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, según el cual las pensiones abonadas a los beneficiarios casados que no vivan permanentemente separados se calculan aplicándoles ficticiamente la escala de gravamen III/0 (más favorable para el sujeto pasivo), mientras que a los demás beneficiarios se les aplica ficticiamente la escala de gravamen I (menos favorable para el sujeto pasivo), infringe las disposiciones del artículo 1 de la Directiva 2000/78, puesto en relación con el artículo 2 y con el artículo 3, apartado 1, letra c) de dicha Directiva, en el supuesto de un beneficiario que haya constituido una pareja estable inscrita con una persona de su mismo sexo y no viva permanentemente separado de ella?

4) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión o a la segunda cuestión, letra b), o de respuesta negativa a la tercera cuestión: ¿El artículo 10, apartado 6, de la primera RGG viola el artículo 141 CE o algún principio general del Derecho comunitario, habida cuenta de las disposiciones o de las consecuencias jurídicas descritas en la tercera cuestión?

5) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones tercera o cuarta: ¿Tiene esto como consecuencia que, en tanto no sea modificado el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG de manera que se elimine la presunta desigualdad de trato, el beneficiario de la pensión que haya constituido una pareja estable inscrita con otra persona y no viva permanentemente separado de ella puede exigir ser tratado, a efectos de cálculo de su pensión, como un beneficiario casado que no vive permanentemente separado? De ser así, y en el caso de que la Directiva 2000/78 sea aplicable y la respuesta a la tercera

cuestión afirmativa, ¿esta conclusión sigue siendo válida para el período anterior a la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78 establecido en el artículo 18, apartado 1, de dicha Directiva?

6) En caso de respuesta afirmativa a la quinta cuestión: ¿Esta conclusión queda sujeta a la restricción de que la igualdad de trato a efectos de cálculo de su pensión sólo se aplica a los derechos a pensión adquiridos por el beneficiario a partir del 17 de mayo de 1990, conforme a lo declarado en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889)?»

35. Mediante auto de 23 de enero de 2009, el Arbeitsgericht Hamburg decidió completar su petición de decisión prejudicial inicial añadiéndole una serie de cuestiones del siguiente tenor:

«7) Si el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que existe una discriminación directa:

a) ¿Qué relevancia tiene a este respecto la circunstancia particular de que, por una parte, la Ley Fundamental [...] y el Derecho comunitario obligan a respetar el principio de igualdad de trato, pero, por otra parte, con arreglo al Derecho de la República Federal de Alemania, el matrimonio y la familia gozan de especial protección del Estado en virtud del expreso mandato constitucional del artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental?

b) ¿Puede estar justificada, a pesar de la letra de la Directiva [2000/78], una normativa directamente discriminatoria por el hecho de perseguir un objetivo diferente que forma parte del ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro, pero no del Derecho comunitario? En tal supuesto, ¿el objetivo diferente perseguido por el ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro tiene preferencia, de por sí, sobre el principio de igualdad de trato?

En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior:

c) ¿Qué criterios jurídicos deben aplicarse para ponderar, en ese supuesto, el principio del Derecho comunitario de igualdad de trato y el objetivo diferente perseguido por el ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro? ¿Son igualmente aplicables a este respecto los criterios establecidos en el artículo 2, apartado 2, letra b),[19] inciso i), de la Directiva [2000/78], para aceptar la existencia de una discriminación indirecta, a saber, que la normativa discriminatoria pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que

19 — Esta cuestión fue objeto de una corrección enviada el 11 de marzo de 2009, según la cual la fórmula correcta es "artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i)" en vez de "artículo 2, apartado 1, letra a), inciso i)".

los medios empleados para alcanzarla sean adecuados y necesarios?

d) ¿Una normativa de la índole del artículo 10, apartado 6, de la primera RGG cumple los requisitos de conformidad con el Derecho comunitario determinados en la respuesta a las cuestiones anteriores? ¿Cumple tales requisitos únicamente como consecuencia de la disposición especial del Derecho nacional que no tiene equivalente en el Derecho comunitario, a saber, el artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental?»

V. Análisis

A. *Introducción*

36. Pese a su aparente complejidad, debida a una redacción detallada y a una articulación en cascada, me parece que las diferentes cuestiones prejudiciales que se someten a la consideración del Tribunal de Justicia pueden agruparse, fundamentalmente, en cinco problemas de carácter general.

37. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el régimen de pensiones complementarias de la Freie und Hansestadt Hamburg está comprendido *ratione materiae* en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, y ello desde dos puntos de vista diferentes. Se pregunta, ante todo, sobre el alcance de la exclusión de los pagos efectuados por los regímenes públicos o asimilados que dicha norma impone y, a continuación, sobre la delimitación que debe establecerse entre la competencia de los Estados miembros en materia de estado civil y la aplicación de las normas del Derecho de la Unión relativas a la no discriminación por motivos de orientación sexual.

38. En segundo lugar, en el supuesto de que la Directiva 2000/78 resulte efectivamente aplicable en relación con el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se le ofrezcan orientaciones para apreciar la existencia de una discriminación directa o indirecta con arreglo a las disposiciones de dicha Directiva.

39. En tercer lugar, en el supuesto contrario, el órgano jurisdiccional remitente solicita, con carácter subsidiario, una aclaración acerca de la repercusión del artículo 141 CE y de los principios generales del Derecho de la Unión en el litigio principal.

40. En cuarto lugar, el órgano jurisdiccional *a quo* se pregunta acerca de los efectos *ratione temporis,* por un lado, de las normas de Derecho de la Unión a las que se ha referido y, por otro, de la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia.

41. En quinto lugar, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que

defina las reglas que permitan resolver un conflicto entre las directrices establecidas por una norma constitucional presente en el ordenamiento jurídico nacional y las exigencias derivadas del principio de igualdad de trato con respecto a la orientación sexual, aplicable en virtud del Derecho de la Unión.

42. En mi opinión, es el tercero de estos problemas el que sin duda suscita las mayores dificultades de interpretación, a falta de una jurisprudencia consolidada sobre la existencia de un principio general del Derecho de la Unión en este ámbito.

43. En sus conclusiones sobre el asunto Maruko, antes citado, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer explicó en profundidad la evolución jurídica que ha llevado al reconocimiento del derecho a la igualdad de trato de las personas de orientación homosexual en el Derecho de la Unión. [20]

44. En la sentencia que dictó en dicho asunto, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 1, en relación con el artículo 2, de la Directiva 2000/78 se oponía a una normativa como la que se discutía en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja estable inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tenía derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja estable inscrita colocaba a las personas del mismo sexo en una situación análoga a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. El Tribunal de Justicia precisó que correspondía al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja estable inscrita se hallaba en una situación análoga a la de un cónyuge beneficiario de la prestación en cuestión. [21]

45. Los autos del presente asunto ponen de manifiesto que los tribunales alemanes han sostenido interpretaciones diferentes respecto a la aplicación de los criterios fijados por el Tribunal de Justicia para considerar análogas dos situaciones. En concreto, se ha planteado la cuestión de determinar si se trata de buscar una identidad abstracta entre las instituciones jurídicas o más bien una similitud suficiente entre las situaciones jurídicas y fácticas en que se hallan las personas afectadas.

46. La jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia en materia de no discriminación por motivos de edad lleva también a preguntarse si la no discriminación por motivos de orientación sexual reviste o no el carácter de principio general del Derecho de la Unión. Una respuesta afirmativa a esta cuestión repercutiría en los aspectos temporales del presente asunto. Una respuesta negativa exigiría explicar por qué razón la prohibición de discriminar por motivos de orientación sexual tendría menos valor normativo que la

20 — Puntos 83 a 95 de dichas conclusiones.

21 — Sentencia Maruko, antes citada (apartado 73).

aplicable a los demás motivos de discriminación prohibidos por el artículo 13 CE y por la Carta de los Derechos Fundamentales.

B. *Sobre el ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/78*

47. Es conveniente examinar conjuntamente las dos primeras cuestiones prejudiciales, dado que ambas se refieren al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2000/78. El órgano jurisdiccional remitente recuerda que para que exista infracción de dicha Directiva es necesario ante todo que ésta sea aplicable al presente asunto, algo discutible, en su opinión, por dos razones: por un lado, a causa de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78 y, por otro, a causa de lo establecido en su vigésimo segundo considerando.

1. Sobre el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78

48. Del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 se desprende que ésta se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación, en particular, con las condiciones de remuneración.

49. La primera cuestión pretende determinar si dicha Directiva es aplicable al ámbito cubierto por la primera RGG, que regula las pensiones complementarias para los antiguos empleados de la Freie und Hansestadt Hamburg y sus supervivientes, a pesar de que el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78 excluye «los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social». [22]

50. Esta exclusión se anuncia en términos similares en el decimotercer considerando de dicha Directiva, que señala que ésta «no se aplicará a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE». [23]

51. El examen del alcance del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78 ha planteado

22 — Para salir al paso de un análisis realizado por el órgano jurisdiccional remitente basándose solamente en la versión alemana del texto, he de indicar que en la versión alemana del artículo 3, apartado 3 de la Directiva 2000/78, la expresión «der staatlichen Systeme» se utiliza como equivalente a las palabras «les régimes publics» empleadas en la versión francesa, mientras que en el apartado 1 de dicho artículo el calificativo «öffentlichen» se usa en lugar del adjetivo «public» en francés.

23 — Recuerdo que, conforme al artículo 141 CE, apartado 2, hay que entender por «retribución» el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

problemas de aplicación uniforme dentro de los sistemas jurídicos nacionales, teniendo en cuenta que los términos empleados varían de una versión lingüística a otra. En Alemania, los órganos jurisdiccionales nacionales han adoptado posturas divergentes respecto a la interpretación, más o menos restrictiva, de esta disposición. En particular, la cuestión de la posible exclusión de las pensiones de supervivencia del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 ha dividido a los tribunales alemanes. [24]

52. Con carácter preliminar, he de señalar que varias sentencias del Tribunal de Justicia, en particular la sentencia Maruko, [25] aportan datos útiles para interpretar el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78, en el sentido de que dicha Directiva es aplicable al presente asunto. Al igual que el demandante en el procedimiento principal y la Comisión, no dudo en absoluto que este texto se aplica a las pensiones de jubilación abonadas, con arreglo a la primera RGG, a los antiguos empleados de Freie und Hansestadt Hamburg y a sus derechohabientes.

53. El Tribunal de Justicia ha afirmado que, a la luz del artículo 3, apartados 1, letra c), y 3, de la Directiva 2000/78 en relación con el decimotercer considerando de la misma, debe entenderse que el ámbito de aplicación de dicha Directiva no cubre los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no estén equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 CE, ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo sea el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo. A *sensu contrario,* si una prestación como la controvertida en el procedimiento principal puede equipararse a una «retribución» en el sentido del artículo 141 CE, estará comprendida en el ámbito de aplicación de las normas de la Directiva 2000/78.

54. Ahora bien, el Tribunal de Justicia concibe la noción de «retribución» del artículo 141 CE, apartado 2 de un modo muy amplio. [26] Esta noción comprende, en particular, las pensiones de todo tipo pagadas a título profesional, por oposición a aquellas derivadas de un régimen de origen legal y de carácter general. [27] Según una jurisprudencia

24 — Sobre la jurisprudencia alemana relativa a esta cuestión y las repercusiones de la sentencia Maruko, antes citada, véase: Mahlmann, M., *Report on measures to combat discrimination – Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC – Country report 2008 – Germany* (en especial la nota a pie de página 211), informe al que se puede acceder a través del sitio web de la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación: http://www.non.discrimination.net.

25 — Sentencia antes citada; véanse en particular los apartados 41 y ss., sin olvidar que esta sentencia trata una cuestión similar, pero en relación con una pensión de supervivencia concedida por un régimen de previsión profesional.

26 — Se ha interpretado que esta noción comprende «todas las ventajas en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legislativas o tengan carácter voluntario». Véanse, en particular, las sentencias de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 12, y de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros (C-66/96, Rec. p. I-7327), apartado 32.

27 — En la sentencia de 17 de abril de 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Rec. p. I-2057), el Tribunal de Justicia declaró que un plan de pensiones de un organismo público estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CE (actualmente artículo 141 CE) porque poco importaba que este plan de pensiones hubiese sido creado por el legislador, desde el momento en que, a la vista de los criterios enumerados, podía legítimamente estimarse que la pensión se pagaba en atención a la relación laboral con el organismo en cuestión.

consolidada, [28] el hecho de que determinadas prestaciones, como las pensiones de jubilación, se paguen una vez extinguida la relación laboral no excluye que puedan tener carácter de «retribución» con arreglo al artículo 141 CE. [29]

55. Para determinar si una pensión puede calificarse de retribución, el Tribunal de Justicia ha sostenido que el único criterio que puede revestir carácter decisivo es el de la relación de trabajo, derivado del propio tenor del artículo 119 del Tratado (actualmente artículo 141 CE), lo que supone comprobar que esta gratificación se abona al trabajador en razón de la relación laboral que lo vincula a su antiguo empleador. [30]

56. No obstante, es pacífico que el criterio de la relación de trabajo no puede tener carácter exclusivo, ya que las pensiones abonadas por los regímenes legales de seguridad social pueden tener en cuenta, total o parcialmente, la retribución de la actividad. [31] El Tribunal de Justicia ha añadido, pues, otros factores que deben tenerse en cuenta para calificar de «retribución» una pensión establecida por un régimen profesional de jubilación. Procede examinar, por un lado, si la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores; por otro, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y, finalmente, si su cuantía se calcula basándose en el último [32] sueldo.

57. En el presente asunto, [33] del artículo 1 de la HmbZVG se desprende que las prestaciones controvertidas en el procedimiento principal cumplen el primero de estos tres criterios, puesto que las pensiones de jubilación complementaria abonadas por la Freie und Hansestadt Hamburg afectan solamente a una categoría particular de trabajadores.

58. Efectivamente, dichas pensiones se pagan como complemento a las prestaciones del régimen legal general de seguridad social, que el órgano jurisdiccional remitente califica de «primer pilar» del sistema de pensiones en Alemania, y se distinguen de las prestaciones derivadas de seguros privados, que representan el «tercer pilar».

28 — Véase, en particular, la sentencia Maruko, antes citada (apartado 44), y la jurisprudencia que allí se cita.

29 — Por lo que se refiere, por ejemplo, a las pensiones de jubilación pagadas por el Estado finlandés a los funcionarios empleados de las fuerzas armadas de este país, véase la sentencia de 12 de septiembre de 2002, Niemi (C-351/00, Rec. p. I-7007).

30 — Véanse en especial las sentencias de 28 de septiembre de 1994, Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471), apartado 43; Evrenopoulos, antes citada (apartado 19), y Maruko, antes citada (apartado 46).

31 — Sentencia Maruko, antes citada (apartado 47), y la jurisprudencia que allí se cita.

32 — Sentencia Maruko, antes citada (apartado 48), y jurisprudencia que allí se cita. En mi opinión, el Tribunal de Justicia podría eliminar el calificativo «último» del tercer requisito, porque ello sería más acorde con el estado actual de los sistemas de pensiones que, a efectos de dicho cálculo, toman en consideración normalmente, varios sueldos, o incluso todos ellos, en vez de limitarse al último. La interpretación jurisprudencial de este criterio, que a mi juicio ha perdido así parte de su pertinencia, no parece atribuirle carácter absoluto, dado que ciertas prestaciones cuyo importe se calculaba en función de varios sueldos no han sido excluidas del ámbito de aplicación de la noción de «retribución».

33 — Compárese la aplicación de los criterios antes recordados que llevó a cabo el Tribunal de Justicia en los apartados 49 a 57 de la sentencia Maruko, antes citada.

59. Según el órgano jurisdiccional remitente, el «segundo pilar» lo constituyen los planes de pensiones de empresa ofrecidos, directa o indirectamente, por el antiguo empleador privado o público. El régimen legal del plan de pensiones de empresa para los antiguos empleados de la Freie und Hansestadt Hamburg se incluye en esta categoría. Está reservado a los empleados que hayan pertenecido durante su vida activa al sector público, pero sin ser funcionarios, trabajando para la Freie und Hansestadt Hamburg en virtud de un contrato de trabajo de Derecho privado.

60. Conforme a lo señalado por la Comisión, dicho régimen lo financian los trabajadores y el empleador, que es ciertamente un organismo público pero que, en este caso, sólo interviene en calidad de empleador de Derecho privado.

61. Por lo que respecta al segundo criterio pertinente, según el cual la pensión ha de estar directamente en función del tiempo de servicio cumplido, el artículo 6 de la HmbZVG establece que el método de cálculo depende del período de empleo. Los períodos de empleo que dan derecho a la pensión complementaria («Ruhegeldfähige Beschäftigungszeit») se definen en el artículo 8 de dicha ley.

62. En relación con el tercer criterio, que consiste en determinar si la cuantía de la pensión se calcula basándose en el último sueldo, del propio artículo 6 de la HmbZVG se desprende que el importe mensual de la pensión de jubilación no viene fijado por ley sino que asciende a un 0,5 % de la retribución sobre la que se calcula la pensión de jubilación, retribución esta última («Ruhegeldfähige Bezüge») que se define de un modo bastante detallado en el artículo 7, por cada año completo del período de empleo que dé derecho a pensión de jubilación.

63. De ello se deduce que las prestaciones controvertidas en el procedimiento principal satisfacen los tres criterios que caracterizan la relación de trabajo, los cuales desempeñan un papel decisivo a la hora de atribuir la calificación de retribución a efectos del artículo 141 CE, según ha estimado el Tribunal de Justicia.

64. Al órgano jurisdiccional remitente parece incomodarle sobre todo la interpretación del concepto de «regímenes públicos o asimilados» recogido en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78. Se pregunta si, aunque se atribuyera la calificación de «retribución» en sentido amplio a las pensiones abonadas al demandante en el litigio principal en virtud de la primera RGG, la Directiva no sería sin embargo inaplicable, dado que estas prestaciones constituirían pagos efectuados por un régimen público o asimilado a efectos de este artículo. El órgano jurisdiccional remitente pone de relieve que, si el Tribunal de Justicia respondiera afirmativamente a esta cuestión, la primera parte del decimotercer considerando de dicha Directiva resultaría

claramente engañosa y estaría, en el fondo, vacía de contenido.

65. En mi opinión, los «regímenes públicos o asimilados» distintos de los de seguridad social o de protección social que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 pueden ser los regímenes públicos especiales no vinculados a una relación de trabajo, como por ejemplo las prestaciones otorgadas por el Estado a las personas que han quedado inválidas durante el servicio militar o civil obligatorio, a los antiguos combatientes o inválidos de guerra, a las víctimas de guerras o de persecuciones, a los artistas eminentes, etc. Como en los Estados miembros existen regímenes de este tipo, de carácter público o asimilado, la expresión «incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social», que aparece en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78, no carece de objeto.

66. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite afirmar que la calificación de este régimen profesional de pensiones no se ve afectada ni por el hecho de que la Freie und Hansestadt Hamburg ostente la condición de persona jurídica de Derecho público ni por el carácter obligatorio de la afiliación al régimen que da derecho a la pensión de jubilación controvertida en el procedimiento principal. [34] Dado que el presente asunto satisface el triple criterio arriba examinado, la pensión pagada por el empleador público no se diferencia de la que pagaría un empleador privado a sus antiguos trabajadores.

67. El Tribunal de Justicia ha decidido que la comprobación de que un plan de pensiones ha sido establecido por ley no basta por sí sola para incluirlo en las categorías «seguridad social» o «protección social», excluyéndolo así del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado (actualmente artículo 141 CE). [35] Además, no ha considerado que los rasgos estructurales del sistema de prestaciones desempeñen un papel decisivo, al contrario de lo que ocurre con la existencia de un vínculo entre la relación de trabajo y la prestación de que se trate. [36]

68. Dado que la pensión de jubilación complementaria controvertida en el procedimiento principal está en función, esencialmente, de la relación de trabajo que existió entre el Sr. Römer y la Freie und Hansestadt Hamburg, dicha pensión constituye una «retribución» a efectos del artículo 141 CE y no le

34 — Sentencia Maruko, antes citada (apartado 57), y la jurisprudencia que allí se cita. Véase también la sentencia Niemi, antes citada (apartado 42).

35 — Sentencias Evrenopoulos, antes citada (apartado 16) y Niemi, antes citada (apartado 41).

36 — Sentencia Niemi, antes citada (apartado 45). El Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que el régimen de pensiones de los funcionarios del Estado finlandés formase parte de un sistema armonizado, de modo que la pensión global percibida por un asegurado reflejaba el trabajo efectuado durante toda su carrera, con independencia del trabajo y del sector de actividad de que se tratase, y la circunstancia de que este régimen hubiese sido notificado como régimen comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98) no podían excluir por sí solos la aplicación del artículo 119 del Tratado, al estar la pensión vinculada a la relación laboral y, en consecuencia, al ser pagada por el Estado en su condición de empleador.

es aplicable la excepción establecida en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78.

2. Sobre el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78

69. Con carácter subsidiario, para el supuesto de que se responda de forma negativa a su cuestión anterior, como a mi juicio debería hacerse, el Arbeitsgericht Hamburg pregunta, por un lado, si la reserva formulada en el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 se aplica a las disposiciones de la primera RGG que, a efectos de cálculo del importe de las pensiones de jubilación, distinguen entre los beneficiarios casados y los demás, favoreciendo a los primeros, y, por otro lado, si en tal caso sería preciso renunciar a aplicar la Directiva, a pesar de que ninguna norma de la parte dispositiva de ésta contiene una restricción del ámbito de aplicación de la Directiva que corresponda explícitamente a dicho considerando.

70. Procede recordar que el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 indica que lo dispuesto en ella «se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil.»

71. La Comisión comparte el punto de vista del órgano jurisdiccional remitente, según el cual el artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG no es una ley nacional sobre el estado civil. Efectivamente, como señalan una y otro, este artículo no contiene norma alguna relativa al matrimonio como tal, sino que exige que el estado civil del beneficiario sea el de casado, convirtiendo, pues, tal estado en un requisito previo para el disfrute del cálculo más favorable de la pensión que en él se contempla. Por consiguiente, este artículo puede constituir todo lo más una disposición relativa a una prestación que depende del estado civil, en el sentido del vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78.

72. El Arbeitsgericht Hamburg puntualiza que plantea esta cuestión porque dos de los tribunales superiores de la República Federal de Alemania [37] han estimado evidente una concepción extensiva del alcance del vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78, excluyendo del ámbito de aplicación de dicha Directiva las disposiciones que obligan a calcular una retribución, en sentido amplio, en función del estado civil, como ocurre con el artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG.

37 — El órgano jurisdiccional *a quo* señala (en el apartado 55 de la primera resolución de remisión) que el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Contencioso-Administrativo Federal) ha defendido este razonamiento basado en el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 con respecto a las «prestaciones familiares de primer nivel» reservadas a las personas casadas, y que el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles) ha adoptado la misma postura en lo relativo a las pensiones de supervivencia abonadas en función del mismo criterio distintivo con arreglo a un plan complementario de pensiones de empresa (el de las cajas de pensiones de la Federación y de los Länder) y de un método de cálculo de las pensiones complementarias más ventajoso, que se corresponde totalmente con el previsto por el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG.

73. Yo comparto la opinión de la Comisión cuando afirma que el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 no hace sino retomar la limitación, por lo demás evidente, de su ámbito de aplicación que establece el artículo 3, apartado 1, *in limine,* según el cual dicha Directiva sólo se aplica «dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad». Efectivamente, la Unión Europea no posee competencias para legislar sobre el «estado civil y [...] las prestaciones que dependen del estado civil».

74. En la sentencia Maruko, [38] el Tribunal de Justicia se pronunció sobre una cuestión similar, señalando que, en efecto, el estado civil y las prestaciones que de él dependen, en el sentido del vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78, son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho comunitario no restringe. Recordó, sin embargo, que en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación.

75. En mi opinión, sería conveniente precisar esta observación señalando que la competencia de que disponen los Estados miembros en el ámbito del estado civil implica que la regulación del matrimonio y de cualquier otra forma de unión jurídicamente reconocida entre personas del mismo sexo o de distinto sexo, así como el estatuto jurídico de los hijos y de los demás miembros de la familia en sentido amplio, queda reservada a los Estados miembros.

76. Son estos últimos los que han de decidir por sí solos si su ordenamiento jurídico nacional admite o no una forma cualquiera de vínculo jurídico a la que puedan acceder las parejas homosexuales o, incluso, si la institución del matrimonio está reservada únicamente o no a las parejas de distinto sexo. A mi juicio, en el supuesto de que un Estado miembro no admitiese ninguna forma de unión legalmente reconocida abierta a las personas del mismo sexo cabría considerar que existe una discriminación por motivos de orientación sexual, porque puede deducirse del principio de igualdad, puesto en relación con el deber de respetar la dignidad humana de las personas homosexuales, [39] una obligación de reconocer a éstas la facultad de vivir una relación afectiva duradera en el marco de

38 — Sentencia antes citada, apartado 59 y 60, y jurisprudencia que allí se cita por analogía.

39 — El Tribunal Constitucional húngaro (Alkotmánybíróság), tras haber anulado en su resolución nº 154/2008, de 17 de diciembre de 2008, la Ley nº CLXXXIV de 2007 sobre la pareja inscrita por violación del artículo 15 de la Constitución, que protege la institución matrimonial, basándose en que el legislador pretendía establecer esta otra fórmula de vida en pareja no sólo para los homosexuales, sino también para los heterosexuales, ha declarado recientemente, en su resolución nº 32/2010, de 25 de marzo de 2010, que la Ley nº XXIX de 2009 respeta la Constitución, ya que reserva la pareja inscrita a las parejas homosexuales. En esta última resolución, el Alkotmánybíróság ha puesto de relieve que el reconocimiento de posibilidad de que dos personas del mismo sexo constituyan una pareja inscrita se justificaba por el derecho al respeto de la dignidad humana (Magyar Közlöny 2010/43).

un compromiso consagrado jurídicamente. [40] No obstante, este problema, relacionado con la regulación del estado civil, queda fuera, en mi opinión, de la esfera de intervención del Derecho de la Unión.

77. En cambio, en las materias comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como el ejercicio de las libertades fundamentales o las condiciones de trato aplicadas a los trabajadores en su vida profesional, un Estado miembro no puede justificar la violación de este Derecho invocando lo dispuesto en unas normas nacionales en materia de estado civil.

78. Procede afirmar, como hizo el Tribunal de Justicia en el asunto Maruko, antes citado, que desde el momento en que una prestación como la controvertida en el procedimiento principal se califica de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE y queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, el vigésimo segundo considerando de dicha Directiva no puede poner en tela de juicio la aplicación de la misma, por las razones expuestas en respuesta a la primera cuestión planteada en el presente asunto.

79. La interpretación del vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 así dada por el Tribunal de Justicia me parece suficiente para evitar las divergencias en la jurisprudencia nacional puestas de manifiesto por el órgano jurisdiccional remitente y adecuada para garantizar una aplicación uniforme de ese texto. En todo caso, dicho considerando, que carece por completo de fuerza vinculante independiente, por las razones ya expuestas por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, [41] no debería seguir siendo utilizado como si permitiese por sí solo excluir la aplicación de un control de conformidad con la Directiva 2000/78 a las normas de Derecho nacional que reconocen a los esposos ventajas más amplias que a las parejas estables inscritas. En efecto, el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 no hace más que recordar que ésta se aplica dentro del límite de las «competencias conferidas a la Comunidad», según lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1 *in limine*, de dicha Directiva, limitación derivada del artículo 13 CE, apartado 1, y por lo demás evidente.

80. En cualquier caso, conviene recordar que, cuando actúan en el ámbito de las competencias que les están reservadas, los Estados

40 — A este respecto he de señalar que, en una sentencia de 24 de junio de 2010 (aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions)*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») se ha pronunciado sobre el asunto Schalk y Kopf c. Austria, en el que dos ciudadanos austriacos del mismo sexo que vivían en concubinato oficial invocaban el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH») para denunciar la decisión de las autoridades austriacas de no permitirles contraer matrimonio, demanda inédita ante el Tribunal de Estrasburgo que ha sido desestimada por unanimidad. Los demandantes denunciaban también una discriminación por razón de su orientación sexual, pues se les había denegado el derecho a contraer matrimonio sin que dispusieran de otra posibilidad de ver legalmente reconocida su relación, pero el TEDH consideró que no existía violación del artículo 14 del CEDH, puesto en relación con su artículo 8. Por último, los demandantes invocaban el artículo 1 del Protocolo adicional nº 1 al CEDH para alegar que se les había colocado así en una situación económica desventajosa en comparación con las parejas casadas, pero el TEDH ha declarado manifiestamente infundada esta parte de su demanda. Deseo añadir que la legislación austriaca reconoce el concubinato oficial como una forma de unión a disposición de las personas homosexuales y asimilada en buena medida al matrimonio.

41 — Conclusiones en el asunto Maruko, antes citado (punto 76). El valor de un considerando como éste es solamente el de servir de herramienta de interpretación, en la medida en que recoge la motivación de las disposiciones esenciales de la Directiva, y no el de contener una norma que tenga efecto imperativo.

miembros no pueden eximirse de la obligación general, que les incumbe, de respetar el Derecho de la Unión, incluidas las normas relativas al principio de no discriminación.

81. De ello se deriva que, frente a lo que haya podido apreciar la jurisprudencia nacional, el vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78 no puede poner en tela de juicio la aplicación de ésta a unas normas, como las de la primera RGG, relativas al cálculo de una retribución, en sentido amplio, y que utilizan como factor decisivo un determinado estado civil, en concreto el de casado.

82. Para terminar, opino que procede responder a las cuestiones primera y segunda que las pensiones complementarias abonadas a los antiguos empleados de la Freie und Hansestadt Hamburg y a sus supervivientes, reguladas por la primera RGG puesta en relación con la HmbZVG, están comprendidas en el ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/78 y que las normas de Derecho nacional deben ser examinadas, pues, a la luz de las exigencias que ésta impone.

C. *Sobre la existencia de una discriminación por motivos de orientación sexual en el sentido de la Directiva 2000/78*

83. La tercera cuestión se plantea para el supuesto de que de las respuestas dadas a las cuestiones precedentes resulte, como yo lo entiendo, que la Directiva 2000/78 se aplica al artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, en virtud del cual, fundamentalmente, las pensiones abonadas a los beneficiarios casados son más ventajosas que las abonadas a un beneficiario que haya constituido una pareja estable con una persona del mismo sexo. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si esta disposición es incompatible con las disposiciones de los artículos 1, 2 y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 por discriminar al demandante en el procedimiento principal a causa de su orientación sexual, directamente o sólo indirectamente. [42]

1. Sobre la discriminación directa

84. El órgano jurisdiccional *a quo* señala que se inclina por pensar que el artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG supone una discriminación directa. Pone de relieve que el matrimonio, para las personas de orientación heterosexual, y la pareja estable

42 — El artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/78 establece que existirá una discriminación directa por razón de la orientación sexual «cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra [que se encuentre] en situación análoga [por razón de su orientación sexual]». En cambio, el artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva señala que existirá una discriminación indirecta por razón de la orientación sexual «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar [no obstante] una desventaja particular a personas con una [orientación sexual] determinada respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

inscrita, para las personas de orientación homosexual, representan respectivamente la forma de comunidad vital jurídicamente regulada o el estado civil más comunes, aunque no pueda excluirse que una persona de orientación homosexual decida, a pesar de ello, casarse con una persona de diferente sexo. Es preciso destacar que, según lo señalado en la resolución de remisión, el hecho de que sólo dos personas de distinto sexo puedan casarse entre sí no es algo expresamente establecido en el BGB, pero en la práctica se considera un requisito previo necesario. En cambio, del artículo 1, apartado 1, de la LPartG se desprende que sólo dos personas del mismo sexo pueden constituir una pareja estable inscrita a efectos de dicha Ley.

85. La Freie und Hansestadt Hamburg afirma que la normativa controvertida, que establece el derecho al régimen complementario de los miembros de una pareja estable inscrita aplicando la escala de gravamen I y no la III/0, no supone una diferencia de trato por motivos de sexo o de orientación sexual.

86. El Sr. Römer pone de relieve que en la sentencia Maruko, antes citada, el Tribunal de Justicia dejó ciertamente en manos del órgano jurisdiccional remitente la comprobación de si existía una «situación análoga», pero fijó sin embargo unos criterios materiales claros al efecto. Recuerda, en primer lugar, que, conforme a la Directiva 2000/78, el Tribunal de Justicia no exige que se trate de situaciones de idéntica naturaleza, en el sentido de una asimilación máxima, sino solamente de situaciones análogas. Añade que esto ha de verificarse comparando, no las instituciones jurídicas, de una manera abstracta, sino las dos categorías de personas afectadas, y esto en relación con la prestación social controvertida, de una manera concreta. En contra de la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes que, en su opinión, han comprendido mal la Directiva 2000/78 y los criterios interpretativos que ofrece la sentencia Maruko, en el presente asunto es preciso comparar, pues, por un lado, la situación de un antiguo empleado de la Freie und Hansestadt Hamburg que viva con su compañero en régimen de pareja estable inscrita y, por otro, la de un antiguo empleado de la Freie und Hansestadt Hamburg que viva con su esposo o esposa en régimen de matrimonio. El Sr. Römer sostiene principalmente que, a fin de garantizar una tutela judicial efectiva contra la discriminación, conforme al objetivo perseguido por la Directiva, el Tribunal de Justicia debe formular de una manera más explícita los criterios materiales que los tribunales nacionales deben aplicar cuando lleven a cabo la comparación.

87. La Comisión considera, como el Arbeitsgericht Hamburg, que en el presente caso se trata de manera menos favorable a los miembros de la pareja estable inscrita que a los esposos en lo que respecta a sus pensiones de jubilación, sin que exista una razón válida que permita explicar esta desigualdad de trato en este caso concreto. Alega la Comisión que, en particular, el hecho de que los esposos soporten eventualmente la carga de unos hijos que han de educar no puede justificar tal diferenciación, ya que el artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG favorece a todos los beneficiarios casados que no vivan permanentemente separados, con independencia de que exista o no descendencia. La Comisión comparte también el parecer del órgano jurisdiccional remitente según el cual no hay ninguna prueba empírica que confirme que

los beneficiarios casados necesitan más apoyo que los beneficiarios que han constituido una pareja estable inscrita, habida cuenta de la pensión de sus respectivos compañeros. Añade que, en todo caso, la disposición en cuestión no sirve para alcanzar el objetivo así perseguido, puesto que no toma en consideración la existencia de un hijo común del beneficiario y de su cónyuge y ni siquiera convierte tal circunstancia en un requisito. La Comisión considera que, a diferencia de la vía seguida en la sentencia Maruko, antes citada, en este asunto sería superfluo dejar en manos del órgano jurisdiccional *a quo* la decisión sobre si una persona casada y un miembro de una pareja estable inscrita se hallan en situaciones análogas por lo que respecta a la prestación de que se trata, dado que en su resolución de remisión el órgano jurisdiccional ya ha llevado a cabo los exámenes necesarios sobre el estatus jurídico de este último y extraído las conclusiones oportunas al respecto. La Comisión propone que se declare que una normativa como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación directa por motivos de orientación sexual.

88. Del tenor literal del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 se desprende que la existencia de una discriminación directa, a efectos de este texto, depende de la analogía existente entre las situaciones que se cotejan. Los criterios que deben utilizarse para determinar esta analogía resultan, pues, decisivos. El Tribunal de Justicia debe dar una respuesta que concilie varias exigencias, a saber, no sólo la de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los datos que le permitan resolver el litigio principal, cuidando de no invadir las atribuciones de los jueces nacionales, sino también la de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, respetando al mismo tiempo los ámbitos de competencia exclusiva de los Estados miembros, particularmente en materia de estado civil.

89. Con carácter preliminar deseo señalar que, en la gran mayoría de los Estados miembros, el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer. La posibilidad de crear una pareja estable inscrita o alguna forma de vínculo jurídico similar puede estar reservada a las parejas del mismo sexo o ser ofrecida igualmente a parejas de distinto sexo, como en el caso del «pacte civil de solidarité» del Derecho francés. La relación entre la homosexualidad y la forma de unión entre dos personas no es automática. Efectivamente, no puede excluirse que, por razones sociales, una persona de orientación homosexual opte por casarse con una persona de diferente sexo y, a la inversa, nada impediría que una persona de orientación heterosexual optase por vivir en régimen de pareja estable inscrita con una persona del mismo sexo. No obstante, en mi opinión, en este análisis jurídico no debemos contentarnos con ese sofisma. Sería contrario a la realidad dominante negarse a reconocer que, en un país como Alemania, en el que no se permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio y en el que la forma de unión jurídica que les está reservada es la pareja estable inscrita, una diferencia de trato

en perjuicio de las personas unidas por una relación de pareja de este tipo constituye una discriminación por motivos de orientación sexual. [43]

90. En la sentencia Maruko, [44] pese a indicar que dejaba la cuestión en manos del órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Justicia parece haber optado implícitamente por considerar análogas las situaciones, estableciendo unos criterios bastante claros al respecto. Siguiendo el tenor del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, el Tribunal de Justicia no aludió a unas situaciones idénticas, sino que se refirió a la existencia de situaciones suficientemente análogas, basándose en el análisis del Derecho alemán efectuado por el órgano jurisdiccional remitente. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue el mismo enfoque. [45]

91. Procede recordar que, con independencia de su relevancia en el plano moral, religioso o sociológico, el matrimonio, en el plano jurídico, es una institución compleja cuyo contenido se define por los derechos y obligaciones de los esposos entre sí, así como frente a terceros y frente a la sociedad en su conjunto. Además, la existencia de un matrimonio puede constituir un requisito previo para que se produzcan diversos efectos jurídicos, en Derecho social, fiscal o administrativo. Del mismo modo, una pareja estable inscrita o cualquier otra forma de unión legalmente reconocida se caracteriza, bien por los derechos y obligaciones de las partes, bien por las consecuencias jurídicas que el ordenamiento de que se trate hace derivar de la existencia de una relación de pareja de ese tipo.

92. El Tribunal de Justicia ha tomado la precaución de puntualizar que la analogía debe verificarse con respecto a la prestación controvertida en concreto, es decir, centrándose en el elemento jurídico pertinente y no limitándose a adoptar un enfoque global de la situación jurídica. De este modo –recordemos que la cuestión prejudicial planteada en el asunto Maruko se refería a la concesión de una pensión de supervivencia al compañero de un beneficiario fallecido–, el Tribunal de Justicia, tras dejar constancia de una «aproximación progresiva del régimen establecido para la pareja estable inscrita y del aplicable al matrimonio» en el Derecho alemán, puso de relieve que «la pareja estable inscrita se asimila al matrimonio en lo relativo a las pensiones de viudedad». [46]

93. La comparación de las situaciones debe basarse, pues, en un análisis focalizado, especialmente dirigido a identificar los derechos

43 — Me adhiero de este modo a la posición mantenida por la Sala Primera del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) en la sentencia que dictó el 7 de julio de 2009 (BVerfG, 1 BvR 1164/07). Para reconocer la existencia de tal discriminación, el Tribunal Constitucional puso de relieve que existe una estrecha vinculación entre la orientación sexual y la opción entre matrimonio o pareja estable inscrita (apartado 89) y que el legislador alemán ha creado esta última forma de vínculo jurídico para permitir que las personas homosexuales se unan (apartado 90).

44 — Sentencia antes citada (apartado 69).

45 — Así, en la sentencia Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008 (aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions),* la Gran Sala de ese Tribunal decidió que dos hermanas que vivían juntas desde hacía más de treinta años en una casa indivisa no podían denunciar una diferencia de trato fiscal basándose en el artículo 14 de la CEDH, ya que no se hallaban en una situación comparable a la de los cónyuges o los miembros de una pareja estable inscrita.

46 — Sentencia antes citada (apartados 67 a 69).

y obligaciones de las personas casadas y los de los miembros de una pareja estable inscrita, recogidos en las disposiciones de Derecho privado, que resulten pertinentes en relación con la prestación de que se trate. En mi opinión, el efecto útil de la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual no estaría garantizado si se exigiese una identidad completa de las instituciones jurídicas o si hubiese que tener en cuenta derechos u obligaciones inoperantes en relación con la situación específica de cada caso concreto.

94. En particular, la normativa aplicable en caso de una eventual disolución del vínculo que une a los miembros de la pareja estable inscrita, por fallecimiento o por cualquier otra causa, no debería influir en la comparación de las situaciones existentes en el matrimonio y en la pareja estable inscrita, en lo que respecta a los pagos que dependen del hecho de que el beneficiario casado no viva permanentemente separado. Por el contrario, tal normativa podría influir en la valoración de la analogía existente entre la situación de esposos separados y la de miembros de una pareja estable inscrita separados.

95. Los efectos que las normas de Derecho fiscal, social o administrativo atribuyen al matrimonio en cuanto requisito para la concesión de una ventaja o de un derecho tampoco deberían influir en la comparación entre la situación de personas unidas por matrimonio y la de quienes forman una pareja estable inscrita, puesto que la diferencia de trato que resulte de dichas disposiciones será más bien un indicio de la existencia de una discriminación que un factor que determine la existencia de una analogía entre ambas situaciones.

96. Como el Tribunal de Justicia ya las ha descrito en la sentencia Maruko, [47] me parece inútil reproducir aquí las etapas que ha seguido el Derecho civil alemán para aproximar el régimen aplicable a las parejas estables inscritas al existente para el matrimonio.

97. Por lo que respecta más concretamente a la prestación controvertida en el procedimiento principal, es decir, la pensión complementaria de jubilación abonada por la Freie und Hansestadt Hamburg a uno de sus antiguos empleados, dicha prestación está comprendida en el ámbito jurídico de las obligaciones patrimoniales entre los cónyuges. He de señalar que, según la información que aparece en la resolución de remisión, los miembros de una pareja estable inscrita tienen los deberes mutuos de prestarse socorro y protección, por una parte, y de contribuir adecuadamente con su trabajo y patrimonio al sostenimiento de su vida en común, [48] por otra, como ocurre también con los esposos durante su vida en común. [49] Aunque la LPartG no ha llevado a cabo una unificación total de los derechos de las parejas casadas y de las parejas estables inscritas, ha creado, sin

47 — Sentencia antes citada (apartados 67 y ss).

48 — Artículos 2 y 5 de la LPartG, en la redacción dada por la Ley de 15 de diciembre de 2004, de reforma de la normativa sobre parejas estables inscritas (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts), que entró en vigor el 1 de enero de 2005.

49 — De este modo, el artículo 5 de la LPartG remite expresamente a las disposiciones paralelas del BGB, al disponer que «serán de aplicación por analogía los artículos 1360, segunda frase, 1360a y 1360b del Código Civil, así como el artículo 16, párrafo segundo».

embargo, obligaciones muy similares para estas dos uniones, especialmente desde el punto de vista pecuniario.

98. Según el órgano jurisdiccional *a quo,* tras las sucesivas reformas de la LPartG,[50] «no existen ya, por consiguiente, diferencias jurídicas notables entre estos dos estados de las personas que propone el ordenamiento jurídico alemán, esto es, el matrimonio y la pareja estable inscrita […]. En lo esencial, la diferencia ya es sólo de carácter fáctico: el matrimonio implica que los cónyuges son de sexos diferentes, mientras que la pareja estable inscrita implica que sus miembros son del mismo sexo». La diferencia de situaciones no basta, pues, para justificar una desigualdad de trato como la controvertida en el procedimiento principal.

99. De los autos se desprende que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8, párrafo 10, última frase, de la primera RGG, la pensión del Sr. Römer habría aumentado si en octubre de 2001 hubiese contraído matrimonio con una mujer, en lugar de constituir una pareja estable inscrita con un hombre. Este trato más favorable no se habría debido ni a los ingresos de los miembros de la pareja, ni a la existencia de hijos, ni a otros factores tales como los relativos a las necesidades económicas del cónyuge. Además, el estado civil del interesado no influyó en absoluto en las cotizaciones que tuvo que abonar durante su vida laboral, ya que se vio obligado a contribuir a los gastos de las pensiones abonando una cotización igual a la de sus compañeros de trabajo casados. Así pues, la diferencia de trato observada se basa exclusivamente en un criterio prohibido por la Directiva 2000/78, a saber, la orientación sexual.

100. Habida cuenta de la información aportada por el órgano jurisdiccional remitente, todo parece indicar que, por lo que respecta a la prestación controvertida en el procedimiento principal, la situación de las personas que han celebrado un contrato de matrimonio y la situación de las personas que han constituido una pareja estable inscrita conforme a la normativa nacional aplicable son análogas a efectos del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78. En tales circunstancias, el incremento de la pensión de jubilación que establece el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG basándose únicamente en el criterio del matrimonio parece constituir una discriminación directa por motivos de orientación sexual.

2. Sobre la discriminación indirecta

101. La cuestión de la interpretación del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, relativo a la noción de discriminación indirecta, únicamente se plantea en el supuesto de que no se aprecie la existencia de una discriminación directa, bien al término del examen de la analogía entre las situaciones que lleve a cabo el propio Tribunal de Justicia, si estima poder hacerlo, como le sugiere la Comisión, o bien al término del análisis de esta naturaleza que realice el órgano

50 — El Arbeitsgericht Hamburg puntualiza que, en particular, la mencionada Ley de 15 de diciembre de 2004, de reforma de la normativa sobre parejas estables inscritas, ha «acercado todavía más el estatuto de la pareja estable inscrita al del matrimonio».

jurisdiccional nacional, si se ha dejado en sus manos tal apreciación. Por tanto, presentaré las observaciones siguientes sólo a título subsidiario y en aras de la exhaustividad.

102. El demandante en el procedimiento principal pide al Tribunal de Justicia que amplíe la jurisprudencia Maruko, proporcionando asimismo una respuesta a la cuestión relativa a la discriminación indirecta. Para sostener que es víctima de una discriminación indirecta basada en su orientación sexual, el Sr. Römer alega que el hecho de supeditar las prestaciones a la existencia de un matrimonio, válido exclusivamente entre personas de diferente sexo, produce ese resultado, sin que exista una justificación objetiva para ello con arreglo al Derecho de la Unión. Alega que la Freie und Hansestadt Hamburg no ha explicado por qué la protección de las parejas casadas exige que él perciba una pensión menos elevada que la de sus compañeros de trabajo heterosexuales, pese a haber pagado las mismas cotizaciones que ellos a la entidad de previsión profesional durante cuarenta y cinco años.

103. La Comisión, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de no discriminación por motivos de edad, [51] señala que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación a la hora de elegir los medios oportunos para alcanzar los objetivos de su política social, pero que esta facultad no puede tener como efecto que la aplicación del principio de no discriminación quede vacía de contenido.

104. En el caso de que no se concluyera que los miembros de una pareja estable inscrita y los esposos se hallan en situaciones análogas por lo que respecta a la prestación de que se trata, lo que excluiría la existencia de una discriminación directa en el presente asunto, sería preciso interpretar las disposiciones del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 con el fin de ayudar al órgano jurisdiccional remitente a determinar si una normativa como la controvertida en el procedimiento principal puede generar una discriminación indirecta por motivos de orientación sexual.

105. Por lo que a mí me consta, la jurisprudencia no contiene criterios relativos a la interpretación del concepto de discriminación indirecta, en particular de la basada en la orientación sexual, a efectos de la Directiva 2000/78.

106. Según el tenor de dicha Directiva, es necesario preguntarse en primer lugar si existe, en cada caso concreto, «una disposición [o] criterio […] aparentemente neutros [que] pueda ocasionar una desventaja particular a personas […] con una orientación sexual determinada, respecto de otras personas». El criterio del vínculo matrimonial, utilizado en el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, puede parecer en principio un factor de diferenciación neutro. No obstante, desde el

51 — Véase en particular la sentencia de 5 de marzo de 2009, Age Concern England (C-388/07, Rec. p. I-1569), apartados 47 y ss. Es preciso destacar que la Directiva 2000/78 contiene reglas específicas sobre los motivos que pueden legitimar las desigualdades de trato basadas, directa o indirectamente, en la edad (véase el punto 32 de las conclusiones presentadas el 6 de mayo de 2010 por la Abogado General Kokott en el asunto Andersen, C-499/08, pendiente ante el Tribunal de Justicia).

momento en que el matrimonio y las ventajas que de él se derivan están reservados exclusivamente a las personas de distinto sexo, como ocurre en particular en Alemania, el efecto distintivo de tal criterio no es anodino. Dicho efecto resulta especialmente desfavorable para las personas homosexuales, puesto que el único medio jurídico de que disponen para formalizar su unión es la pareja estable inscrita y, por lo tanto, sólo pueden acceder al grupo favorecido renunciando a su orientación sexual.

107. El enfoque aplicado a esta cuestión no debe ser subjetivo, sino objetivo. Poco importa que el requisito del matrimonio actual pretenda o no excluir específicamente a las parejas del mismo sexo, desde el momento en que tal requisito, en sí, resulta claramente desfavorable para estas parejas, comparadas con las parejas de distinto sexo. Es cierto que la norma controvertida en el procedimiento principal excluye a todos los beneficiarios no casados, [52] pero, de hecho, ocasiona un perjuicio mayor a las personas homosexuales que, por ejemplo, a las personas heterosexuales que viven en concubinato, pues estas últimas no han sido privadas definitivamente de la posibilidad de obtener tal ventaja, dado que disponen de la posibilidad de contraer matrimonio si un día lo desean.

108. La constatación de que el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG puede ocasionar una «desventaja particular» no basta por sí sola para caracterizar una discriminación indirecta, puesto que una «finalidad legítima» podría justificar «objetivamente» esa disposición, según el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78. La explicación apuntada por la Freie und Hansestadt Hamburg está relacionada con consideraciones de carácter fiscal, pero no se han presentado pruebas que apoyen la realidad y la legitimidad de tales consideraciones, a pesar de que incumbía hacerlo a la demandada en el procedimiento principal. Por su parte, el órgano jurisdiccional remitente menciona una posible intención del legislador de proteger el matrimonio y la familia. [53]

109. Deseo comenzar señalando que, a mi juicio, resulta dudosa la existencia de un nexo de causalidad entre la desigualdad de trato controvertida y la protección del matrimonio y de la familia, que en sí podría constituir una «finalidad legítima».

110. Incluso en el supuesto de que esta finalidad pueda considerarse legítima, no me parece, en cualquier caso, que las disposiciones del artículo 10, apartado 6, de la primera RGG puedan superar con éxito el examen

52 — No obstante, deseo recordar que el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG garantiza el método de cálculo más favorable resultante de la aplicación de la escala de gravamen III/0 no sólo a los beneficiarios casados, sino también a los beneficiarios no casados que tengan derecho a percibir subsidios familiares o prestaciones equivalentes.

53 — Volveré sobre esto al responder a la última serie de cuestiones relativas a la incidencia del artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental, antes citada, que formula un objetivo de este tipo.

de la procedencia y la proporcionalidad que la Directiva 2000/78 obliga a realizar a continuación, al exigir que «los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios». Considero que existen medios para promover la institución del matrimonio que no perjudican, aunque sea indirectamente, a los intereses económicos de las parejas homosexuales, a las que de todos modos no se permite contraer matrimonio en Alemania, por lo que no existe el riesgo de que eludan el matrimonio para optar por la pareja estable inscrita. En cualquier caso, es posible proteger la institución del matrimonio sin favorecer un modo de vida conyugal jurídicamente reconocido con respecto a otro, medida que no resulta ni adecuada ni indispensable. [54]

111. A la vista de estas observaciones, corresponderá al órgano jurisdiccional *a quo,* que es el único competente para apreciar los hechos del litigio del que conoce y para interpretar la legislación nacional aplicable, determinar si existe en concreto una discriminación indirecta. Será él quien deberá valorar en qué medida el hecho de que el Sr. Römer perciba una pensión menos elevada que la que percibe una persona casada, en virtud del artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, está o no objetivamente justificado por una finalidad legítima, y en qué medida la existencia de un matrimonio actual como requisito previo para la obtención de esta ventaja constituye o no un medio proporcionado para alcanzar tal objetivo.

3. Conclusión intermedia

112. Para terminar con el conjunto de problemas planteados en la tercera cuestión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a este respecto que el artículo 1 de la Directiva 2000/78, puesto en relación con los artículos 2 y 3, apartado 1, letra c), de la misma, se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un beneficiario miembro de una pareja estable inscrita no percibe una pensión complementaria de jubilación equivalente a la que se otorga a un beneficiario casado que no vive permanentemente separado, a pesar de que, en el Derecho nacional, la institución de la pareja estable inscrita parece colocar a las personas del mismo sexo en una situación análoga a la de los cónyuges en lo que respecta a dicha pensión. El análisis de la analogía entre ambas situaciones debe centrarse en los derechos y obligaciones de los esposos y de los miembros de parejas estables inscritas –tal como se derivan de la normativa aplicable al matrimonio y de la aplicable a las parejas estables inscritas, respectivamente– que resulten pertinentes, habida cuenta de los requisitos de concesión de la prestación en cuestión. Corresponde al órgano

54 — Confróntese con la sentencia dictada por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán) el 7 de julio de 2009, antes citada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado igualmente que «cuando el margen de apreciación que se deja a los Estados es estrecho, [como en el caso] de una diferencia de trato por motivos de […] orientación sexual, […] el principio de proporcionalidad exige que la medida adoptada permita normalmente alcanzar el fin perseguido, pero obliga también a demostrar que para alcanzar este fin era necesario excluir a ciertas personas (en el presente asunto, las personas que vivían una relación homosexual) del ámbito de aplicación de la medida en cuestión» (sentencia TEDH Karner c. Austria, de 24 de julio de 2003, *Recueil des arrêts et décisions,* 2003-IX, apartado 41).

jurisdiccional remitente comprobar si un miembro de una pareja estable inscrita se halla en una situación jurídica y fáctica análoga a la de un cónyuge beneficiario de la pensión de jubilación complementaria establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por la Freie und Hansestadt Hamburg.

113. Con carácter subsidiario, si el análisis de la analogía entre ambas situaciones excluye la existencia de una discriminación directa por motivos de orientación sexual, habría al menos una discriminación indirecta, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, desde el momento en que las disposiciones del artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, que establecen un método de cálculo de la pensión de jubilación complementaria más favorable para los beneficiarios casados que no viven permanentemente separados, generen, por una parte, una desventaja particular en detrimento de los beneficiarios miembros de parejas estables inscritas y, por otra parte, no respondan objetivamente a una finalidad legítima o no constituyan un medio adecuado y necesario para alcanzar dicha finalidad, circunstancias que corresponderá determinar al órgano jurisdiccional remitente.

D. *Sobre la infracción del artículo 141 CE o de un principio general del Derecho de la Unión*

114. En su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si, en caso de que no se declare que el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG infringe la Directiva 2000/78, dicha disposición de Derecho nacional viola no obstante el artículo 141 CE o algún principio general del Derecho de la Unión.

115. Más concretamente, esta cuestión se subdivide en tres alternativas. El Arbeitsgericht Hamburg ha aportado aclaraciones sobre este tema en su petición complementaria de decisión prejudicial.

116. Conviene señalar que el primer y segundo supuestos contemplados en la cuarta cuestión son los de que se haya respondido afirmativamente a las preguntas relativas a una posible exclusión de la aplicación de la Directiva 2000/78. En cuanto a la tercera parte de la cuarta cuestión, se basa en el supuesto de que se haya declarado que el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG no viola el principio de no discriminación, ni directa ni indirecta, formulado en la Directiva 2000/78. Por las razones que he expuesto anteriormente, las tres partes de esta cuestión prejudicial carecen, en mi opinión, de objeto. No obstante, en aras de la exhaustividad, para el caso de que el Tribunal de Justicia no siga mis propuestas, expondré a título subsidiario las indicaciones siguientes para la respuesta.

117. Por lo que respecta a una posible infracción del artículo 141 CE, no me parece que pueda darse en el litigio principal. Deseo recordar que dicho artículo sienta el «principio de igualdad de retribución entre trabajadores

y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor».

118. El contenido legislativo del artículo 10, apartado 6, de la primera RGG no puede infringir el principio así formulado desde el momento en que la diferencia de trato en el cálculo de las pensiones en detrimento del demandante en el procedimiento principal se basa en una distinción, no entre hombres y mujeres, sino entre los empleados casados y los que no lo están. De hecho, el propio órgano jurisdiccional remitente así lo indica, pero sugiere que dicho artículo podría no obstante constituir una disposición discriminatoria basada en el hecho de que el demandante en el procedimiento principal es de sexo masculino, ya que el único vínculo jurídico que el Sr. Römer podía crear con otro hombre era una pareja estable inscrita, y no un matrimonio.

119. Sin embargo debo señalar, al igual que la Comisión, que la disposición nacional controvertida perjudica a los beneficiarios de pensiones del mismo sexo, con independencia del hecho de que la pareja estable inscrita haya sido constituida por dos hombres o por dos mujeres. Además, el perjuicio sufrido por el Sr. Römer no está relacionado con su sexo, ni con el de su compañero, sino que se debe solamente a la inexistencia de matrimonio. Me parece evidente que tal disposición no puede ser contraria al artículo 141 CE, que se refiere a las diferencias de trato por motivos de sexo y no a las que se basan en motivos de orientación sexual.

120. Es cierto que el razonamiento expuesto por el órgano jurisdiccional *a quo* se parece al seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia K.B.,[55] según el cual el artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación que, en contra de lo dispuesto en el CEDH, impide que una pareja en la que uno de los miembros es una persona transexual que ha sufrido una operación de cambio de sexo, pero sigue inscrita en el registro civil como persona del mismo sexo que el otro miembro, cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de uno de los elementos que integran la retribución del otro, en el sentido del artículo 141 CE, en concreto una pensión de viudedad.

121. Aunque el Sr. Römer y su compañero se hallen en una situación análoga a la de los interesados en el asunto K.B. porque el matrimonio está reservado a las personas de distinto sexo, no creo sin embargo que en el presente asunto este impedimento pueda calificarse de discriminación por razón de sexo. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia puso en duda la conformidad con el Derecho comunitario de la legislación del Reino Unido, no porque ésta no ofreciera a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, sino solamente porque engendraba una desigualdad de trato en relación con un requisito previo indispensable para la concesión de una pensión de viudedad, a saber, la capacidad para contraer matrimonio.[56] Del mismo modo, la imposibilidad de contraer matrimonio que padece el Sr. Römer se debe a que la República Federal de Alemania, en

55 — Sentencia de 7 de enero de 2004, K.B. (C-117/01, Rec. p. I-541).

56 — Apartados 28, 30 y 33 de esta sentencia.

ejercicio de sus competencias en materia de estado civil, ha optado por reservar la institución del matrimonio a las personas de distinto sexo. Desde el momento en que las personas homosexuales sufran de manera similar las consecuencias de esta opción legislativa, con independencia de que se trate de mujeres u hombres, esta exigencia no puede calificarse en sí misma de discriminación por razón de sexo.

122. En lo que respecta a la eventual violación de algún principio general del Derecho de la Unión en la que incurra el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, en la medida en que perjudique al demandante en el procedimiento principal a causa de su orientación sexual, el órgano jurisdiccional *a quo* fundamenta su petición en la sentencia Mangold. [57] Recuerda que, según dicha sentencia, la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, por lo que éste debe ser considerado, pues, un principio general del Derecho comunitario. En su petición complementaria, el órgano jurisdiccional alude a la eventual violación de «otro principio general del Derecho comunitario», al parecer por oposición al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres que proclama el artículo 141 CE, pero no precisa cuál pudiera ser ese otro principio en el presente asunto.

123. Para el caso de que el Tribunal de Justicia no considere que esta cuestión carece de objeto, habida cuenta la combinación de supuestos que formula en concepto de premisas, deseo poner de relieve que las sentencias Mangold y Kücükdeveci [58] confirman con certeza que la Directiva 2000/78 no ha establecido el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, principio que encuentra su origen en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como se desprende del artículo 1 y de los considerandos primero y cuarto de dicha Directiva.

124. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad, que debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión, principio que dicha Directiva se limita a concretar, estableciendo un marco general en la materia a la que se aplica. [59] Además, el Tribunal de Justicia ha destacado que el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, dotada del mismo valor jurídico que los Tratados en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, [60] dispone que «se prohíbe toda discriminación, […] en particular la ejercida por razón de […] la edad».

125. Queda por determinar aún si esta jurisprudencia puede extrapolarse, de manera que la prohibición de las discriminaciones por motivos de orientación sexual posea el mismo estatus de principio general del Derecho

57 — Antes citada (apartados 74 y 75).

58 — Sentencias Mangold, antes citada (apartado 74) y Kücükdeveci, antes citada (apartado 20).

59 — Sentencias Mangold, antes citada (apartado 75) y Kücükdeveci, antes citada (apartado 21).

60 — Sentencia Kücükdeveci, antes citada (apartado 22).

de la Unión que la prohibición de la discriminación por razón de la edad.

126. Como he indicado antes, el Tratado de Ámsterdam, que se firmó el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999, modificó el artículo 13 CE, apartado 1, con objeto de otorgar a la Comunidad, dentro de los límites de sus competencias materiales, potestades específicas para luchar contra toda forma de discriminación basada en alguna de las seis categorías de motivos que enumeraba, entre las que figuraba la orientación sexual. [61]

127. En esa época, no todos los Estados miembros condenaban las discriminaciones basadas en dicho criterio y el CEDH tampoco lo mencionaba. En la sentencia Grant, dictada el 17 de febrero de 1998, [62] el Tribunal de Justicia afirmó que, en el estado del Derecho en el seno de la Comunidad en aquel momento, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparaban a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. De ello dedujo que las diferencias de trato por motivos de orientación sexual no estaban prohibidas, dado que ninguna norma comunitaria las prohibía expresamente, añadiendo que sólo al legislador podía corresponderle adoptar, en su caso, medidas que pudieran modificar esa situación.

128. Como señaló el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, el enfoque restrictivo así elegido por el Tribunal de Justicia contrastaba, por ejemplo, con la jurisprudencia en materia de discriminación asociada a la maternidad. [63] La jurisprudencia posterior revela asimismo una cierta reticencia a aplicar la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual. [64]

129. A mi juicio, en un plano estrictamente jurídico, no existe justificación alguna para aplicar con menos vigor el principio de igualdad de trato en lo que respecta a las discriminaciones por motivos de orientación sexual que en lo que respecta a las discriminaciones basadas en los demás motivos mencionados en el artículo 13 CE. Si se reconociera que en

61 — Este artículo es el que sirvió de base para la adopción de la Directiva 2000/78, así como de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22) y de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, p. 37). Para completar este marco jurídico, la Comisión presentó, el 2 de julio de 2008, una propuesta de Directiva que tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, fuera del contexto laboral [COM(2008) 426 final].

62 — Sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant (C-249/96, Rec. p. I-621), apartados 35 y ss.

63 — Véase el punto 92 de dichas conclusiones, así como las numerosas [sentencias] que allí se citan (nota a pie de página 90).

64 — En particular la sentencia de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/Consejo (C-122/99 P y C-125/99 P, Rec. p. I-4319), cuyo contenido se recuerda en el punto 94 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Maruko.

este ámbito existen sensibilidades especiales con consecuencias jurídicas, ello significaría que el Tribunal de Justicia atribuiría importancia a unos prejuicios no justificados, cualquiera que sea su origen, y denegaría una protección jurídica igualitaria a las personas cuya orientación sexual es minoritaria.

130. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado, a partir de 1999, que el artículo 14 del CEDH, cuyo contenido no tiene carácter limitativo, es aplicable a una diferencia de trato basada en la orientación sexual y que tal discriminación no puede tolerarse con arreglo al Convenio. [65] Ahora bien, los derechos fundamentales garantizados por el CEDH forman parte integrante de las normas cuyo respeto garantiza igualmente la Unión Europea, en cuanto principios generales, conforme al artículo 6 TUE, apartado 3. La prohibición de «toda discriminación, y, en particular, la ejercida por razón de [...] orientación sexual» se ha incorporado de este modo al artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, cuya intención no era crear nuevos derechos, sino confirmar los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión. [66]

131. A la vista de estas consideraciones, estimo que la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual debería ser considerada un principio general del Derecho de la Unión, tal como ha declarado ya el Tribunal de Justicia en relación con la discriminación por razón de la edad. [67]

132. En el supuesto, poco probable en mi opinión, de que la normativa controvertida en

65 — Sentencia TEDH Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999, *Recueil des arrêts et décisions,* 1999-IX, apartados 28 y 36. Véase también la sentencia S.L. c. Austria, de 9 de enero de 2003, *Recueil des arrêts et décisions,* 2003-I, apartado 37 («las diferencias basadas en la orientación sexual han de justificarse por razones particularmente graves») y jurisprudencia que allí se cita en este sentido, y la sentencia Kozak c. Polonia, de 2 de marzo de 2010, aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions,* apartados 98 y 99 (en dichos apartados, el TEDH reconoce que la protección de la familia, basada en la unión entre un hombre y una mujer, como establece la Constitución polaca, constituye en principio un motivo legítimo que permite justificar una diferencia de trato. Añade sin embargo que, al tratar de alcanzar el equilibrio deseado entre la protección de la familia y los derechos que el Convenio reconoce a las minorías sexuales, el Estado debe tener en cuenta la evolución de la sociedad, y en particular el hecho de que las personas no disponen de una sola forma de organizar su vida privada. Considerando que no cabía estimar necesaria para la protección de la familia la denegación con carácter general del traspaso de un arrendamiento a las personas que mantengan una relación homosexual, el TEDH ha declarado unánimemente la existencia de una violación del artículo 14 del CEDH, puesto en relación con su artículo 8).

66 — Su preámbulo indica que la Carta «reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

67 — El apartado 76 de la sentencia Mangold, antes citada, comienza así: «el respeto al principio general de igualdad de trato, *en particular* por razón de la edad [...]» (el subrayado es mío), lo que permite considerar que el Tribunal de Justicia no ha querido restringir su planteamiento en este único motivo –recordemos que la Directiva 2000/78 tiene por objeto luchar contra las discriminaciones por motivos de «religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual» (artículo 1) en el ámbito del empleo y la ocupación–. Del mismo modo, el Abogado General Tizzano había indicado «ya antes de la adopción de la Directiva 2000/78 y de sus específicas disposiciones, el Tribunal de Justicia había reconocido la existencia de un *principio general de igualdad*» (el subrayado es mío) (véanse el punto 83 de las conclusiones en el asunto Mangold y la jurisprudencia que allí se cita).

el litigio principal no esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, no cabe excluir que esta normativa (concretamente el término «casados», que restringe su ámbito de aplicación) vulnere el principio general del Derecho de la Unión relativo a la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual.

E. *Sobre los aspectos temporales del asunto*

135. Procede examinar conjuntamente las cuestiones quinta y sexta, ya que, desde perspectivas diferentes, ambas plantean problemas de aplicación temporal.

133. Procede señalar, no obstante, que si el Tribunal de Justicia basa el control de dicha normativa en este principio general, y no en la Directiva 2000/78, ello influirá en la respuesta que se dé a la quinta cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, en concreto en lo relativo a las consecuencias *ratione temporis* de la infracción del Derecho de la Unión.

1. Sobre los efectos en el tiempo del derecho a la igualdad de trato

136. El órgano jurisdiccional remitente señala que la quinta cuestión pretende aclarar las consecuencias jurídicas que él deberá extraer de las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuatro primeras cuestiones prejudiciales para dictar su fallo en el presente asunto.

134. En resumen, considero, con carácter principal, que en el presente asunto no parece necesario responder a la cuarta cuestión prejudicial. No obstante, en caso contrario, propongo al Tribunal de Justicia, con carácter subsidiario, que declare que el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG no puede constituir una infracción del artículo 141 CE, pero podría menoscabar el principio general del Derecho de la Unión que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, posibilidad sobre la que corresponde pronunciarse al órgano jurisdiccional remitente, a la vista de los datos del litigio del que conoce.

137. El órgano jurisdiccional remitente expone que se pregunta en primer lugar si, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia reconociera que el perjuicio sufrido por el demandante en el procedimiento principal constituye una infracción del Derecho de la Unión, el interesado podría exigir a la demandada en el procedimiento principal que lo tratase del mismo modo que a los beneficiarios casados que no viven permanentemente separados, y ello antes incluso de que el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG fuera modificado en este sentido.

138. A este respecto, el órgano jurisdiccional *a quo* señala que, en el presente caso, la Freie und Hansestadt Hamburg no es un empleador de Derecho privado, aunque se trate de un contrato de trabajo de Derecho privado, sino una corporación local de Derecho público que actúa a la vez como empleador y como legislador en lo que se refiere a la disposición controvertida en el procedimiento principal.

139. A mi juicio, en el caso de que se reconozca la existencia de una discriminación, sea directa o indirecta, el demandante en el procedimiento principal podrá reivindicar el derecho a la igualdad de trato sin necesidad de esperar a que el legislador alemán reforme la disposición nacional controvertida.

140. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, esencialmente, a partir de qué momento debería producirse la inaplicación del artículo 10, apartado 6, de la primera RGG. Puntualiza que, en su opinión, si el Tribunal de Justicia estimara que el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG tan sólo infringe la Directiva, parecería lógico reconocer al demandante en el procedimiento principal un derecho a que la demandada en el procedimiento principal le abone una pensión de la misma cuantía que la que abona a los beneficiarios casados, pero no antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho nacional a la Directiva 2000/78 fijado en el artículo 18, apartado 1, de la misma, es decir, a partir del 3 de diciembre de 2003.

141. El órgano jurisdiccional remitente añade que, en su opinión, el punto de partida podría fijarse en una fecha posterior, en el caso de que el Tribunal de Justicia concediese una importancia decisiva al hecho de que, en el Derecho nacional, la institución de la pareja estable inscrita constituida por personas del mismo sexo se ha ido aproximando a la institución del matrimonio progresivamente, en varias etapas. Sugiere así que, en tal caso, los efectos jurídicos de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia podrían aplicarse al demandante en el procedimiento principal, por ejemplo, tan sólo a partir de la entrada en vigor de la Ley de 15 de diciembre de 2004, de reforma de la normativa sobre parejas estables inscritas, esto es, a partir del 1 de enero de 2005.

142. Mientras que la Comisión se adhiere a la postura adoptada por el órgano jurisdiccional remitente, el punto de vista del demandante en el procedimiento principal sólo es similar en lo que respecta a la primera fecha propuesta por el órgano jurisdiccional. [68] El Sr. Römer reconoce que el Tribunal de Justicia puede declarar que los efectos de su sentencia sólo afectarán a las cantidades abonadas en concepto de pensión de jubilación a partir del 2 de diciembre de 2003. No obstante, considera que, en cualquier caso, las cantidades que se le abonen en concepto de pensión de jubilación deberían calcularse a partir de esa fecha tomando como base todas las cotizaciones pagadas por él, con independencia de su fecha.

143. En cambio, el Sr. Römer se opone a la idea de que el punto de partida pueda desplazarse a un momento posterior a esa fecha, a fin de tomar en consideración la evolución del

68 — Deseo señalar, no obstante, que la fórmula empleada por él a este respecto me parece ambigua e incluso inexacta, ya que sostiene que «la resolución [del Tribunal de Justicia] aclara[rá] el contenido de la Directiva, tal y como ésta debería haber sido interpretada desde *el 2 de diciembre de 2003, fecha de su entrada en vigor*» (el subrayado es mío). Ahora bien, el artículo 20 de la Directiva 2000/78 dispone que ésta entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, es decir, el 2 de diciembre de 2000, mientras que el artículo 18 fija el 2 de diciembre de 2003 como plazo máximo para que los Estados miembros adapten su Derecho nacional a lo dispuesto en la Directiva.

régimen aplicable a las parejas estables inscritas en Derecho alemán. Por lo que respecta a la discriminación directa, sostiene que, desde la creación de la institución de la pareja estable inscrita en 2001, las obligaciones de manutención que existen entre los miembros de las parejas estables inscritas coinciden con las que recaen sobre los esposos. [69] De ello deduce que los antiguos empleados de la Freie und Hansestadt Hamburg que han constituido una pareja estable inscrita se han encontrado siempre en la misma situación que los antiguos empleados casados en lo que respecta al derecho a obtener las prestaciones de jubilación complementaria controvertidas. Con carácter subsidiario, por lo que se refiere a la discriminación indirecta, afirma que ha sido víctima, desde el principio, de una discriminación por motivos de orientación sexual.

144. Para responder a esta cuestión, sería posible distinguir diferentes supuestos. Por una parte, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia estimase que existe, en el presente asunto, una discriminación relacionada con la infracción de lo dispuesto en la Directiva 2000/78, podría considerarse que el demandante en el procedimiento principal no puede disfrutar de los mismos derechos de pensión complementaria que los beneficiarios casados en una fecha anterior a la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho nacional a lo dispuesto en la Directiva, a saber, el 2 de diciembre de 2003. Un argumento a favor de este planteamiento sería que no es posible atribuir un efecto retroactivo a la Directiva decidiendo aplicarla antes de que termine el plazo de adaptación del Derecho interno a la misma. Por otra parte, en el supuesto de que, por el contrario, el Tribunal de Justicia respondiera negativamente a la tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta con carácter subsidiario si el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG viola el artículo 141 CE o un principio general de Derecho de la Unión. En tal caso, la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78 no afectaría al tratamiento del litigio principal.

145. Sin embargo, establecer tal distinción supondría olvidar que, como ya he recordado, el Tribunal de Justicia puso de relieve que la Directiva 2000/78 no establecía por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. [70] El Tribunal de Justicia dedujo de ello que el principio de no discriminación por razón de la edad debía considerarse un principio general del Derecho comunitario y que el respeto del principio general de igualdad de trato no podía depender, como tal, de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación basada en este criterio. El Tribunal añadió igualmente que correspondía al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia de este principio general, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la ley nacional contrarias al mismo, y ello a

69 — El demandante en el procedimiento principal alega que la categoría de las obligaciones de alimentos entre esposos, frente a otras obligaciones de alimentos, fue la única que se concibió inicialmente de manera diferente, pero esto no tiene ninguna incidencia sobre la analogía existente entre las obligaciones de manutención de los esposos y las de los miembros de parejas estables inscritas respecto de sus compañeros.

70 — Sentencias Mangold, antes citada (apartado 74) y Kücükdeveci, antes citada (apartado 20).

pesar de que el plazo de adaptación del Derecho nacional a dicha Directiva, fijado en el artículo 18 de la misma, no había expirado aún.

146. En mi opinión, es preciso seguir un razonamiento idéntico en todos sus puntos en lo que respecta al principio de no discriminación por motivos de orientación sexual. Al estar la Directiva 2000/78 esencialmente destinada a facilitar la aplicación concreta de este principio general del Derecho de la Unión, no altera ni el contenido ni el alcance del mismo. Como este principio no ha sido establecido por la Directiva 2000/78, que se ha limitado a desarrollarlo, cabe considerar que la violación de dicho principio y los efectos jurídicos que de ella se deriven pueden remontarse a una fecha anterior al 2 de diciembre de 2003. Llegado el caso, las consecuencias que el órgano jurisdiccional remitente deberá extraer para el asunto del que conoce no tendrían relación con la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2000/78 ni con el vencimiento del plazo de adaptación del Derecho interno a la misma, dado que el principio general de no discriminación así reconocido se sitúa a un nivel superior al de esa mera norma de Derecho derivado.

147. La evolución que antes he esbozado revela que el principio de no discriminación por motivos de orientación sexual no fue reconocido por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia de los años noventa. Sin embargo, deseo recordar que, en diciembre de 1999, [71] el Tribunal de Estrasburgo se pronunció en el sentido de que tal discriminación no era conforme con el CEDH. Teniendo en cuenta que la Unión Europea garantiza, en cuanto principios generales, los derechos fundamentales protegidos por ese Convenio [72] y sabiendo que la Carta de los Derechos Fundamentales se limita a codificar los derechos ya garantizados en la Unión Europea, [73] me parece evidente que el derecho a la igualdad de trato por motivos de orientación sexual constituía ya un principio general del Derecho reconocido por el Derecho de la Unión en el momento en que el Sr. Römer inscribió la pareja estable formada con su cónyuge, esto es, el 15 de octubre de 2001.

148. Si el Tribunal de Justicia no siguiera mi razonamiento en este punto y no quisiera ir más allá de la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2000/78, convendría establecer una diferencia, en lo que respecta a la fecha de efecto, en función de la calificación que el Tribunal de Justicia aplique a la discriminación.

149. En efecto, en caso de discriminación directa, ésta sólo existirá a partir del momento en que la situación de los beneficiarios que vivan como pareja estable inscrita haya pasado a ser análoga a la de los beneficiarios casados, en lo que respecta a la pensión complementaria controvertida en el procedimiento principal.

150. Podría resultar que, conforme a lo sugerido por el órgano jurisdiccional *a quo* y en contra de lo sostenido por el demandante en

71 — Sentencia TEDH Da Silva Mouta c. Portugal, antes citada.

72 — Artículo 6 TUE, apartado 3.

73 — Preámbulo de la Carta.

el procedimiento principal, la existencia de una concordancia suficiente entre los derechos y deberes derivados del matrimonio y los que derivan de la pareja estable inscrita sólo se haya ido materializando progresivamente, y no desde la adopción de la primera Ley reguladora de las parejas estables inscritas. Ahora bien, como la determinación de este nivel mínimo de convergencia deberá efectuarse mediante el análisis y la interpretación del Derecho nacional, corresponderá realizarla al órgano jurisdiccional remitente.

151. A este respecto procede subrayar que la resolución de remisión señala que en su versión inicial, la resultante de la Ley de 16 de febrero de 2001, el estatuto jurídico de pareja estable inscrita establecido en la LPartG se inspiraba en parte en el del matrimonio, pero en lo restante se apartaba de él, [74] y que este estatuto ha sido objeto de tres reformas, una de las cuales, con efecto a partir del 1 de enero de 2005, ha reforzado las similitudes entre la pareja estable inscrita y la institución del matrimonio [75] hasta el punto de que ya no existen diferencias jurídicas notables entre estos dos estados de las personas propuestos por el ordenamiento jurídico alemán. Aunque el demandante en el procedimiento principal impugna este análisis de un acercamiento por etapas, parece evidente que el órgano jurisdiccional *a quo* tomará en consideración la evolución progresiva del Derecho nacional así descrita por él, que además coincide con la posición mantenida por dos Tribunales superiores federales alemanes en el contexto de las resoluciones [76] adoptadas como consecuencia directa de la sentencia Maruko. [77] No obstante, la posibilidad del Sr. Römer de aspirar a la igualdad de trato a partir de un determinado momento, y no de otro, dependerá esencialmente de los criterios que el Tribunal de Justicia haya determinado, considerando que son los que el órgano jurisdiccional remitente deberá utilizar para llevar a cabo la comparación entre los dos tipos de situaciones.

152. Por el contrario, en caso de discriminación indirecta, no es necesario determinar la existencia de situaciones jurídicamente análogas, sino solamente la existencia de una desventaja particular no justificada por una finalidad legítima. La obligación del órgano jurisdiccional remitente de extraer unas consecuencias ajustadas al Derecho de la Unión podría surtir efecto, por tanto, a partir del momento en que el legislador alemán creó la institución de la pareja estable inscrita, es

74 — Por lo que respecta a las pensiones de jubilación, el órgano jurisdiccional remitente menciona que la LPartDisBG (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) no establecía el reparto compensatorio de los derechos de pensión entre los miembros de la pareja estable inscrita en caso de disolución de ésta, y no contenía ninguna disposición relativa a los derechos de pensión en caso de fallecimiento. No obstante, en mi opinión, no sería posible garantizar el efecto útil del principio de no discriminación en el Derecho de la Unión si al proceder a comparar las situaciones se tuvieran en cuenta factores que son puramente hipotéticos con respecto a la situación particular de las partes. A la vista de las circunstancias del presente asunto –recordemos que la pareja estable inscrita constituida en 2001 por el Sr. Römer no hizo más que legalizar una relación estable, pues existía de hecho desde 1969–, y teniendo en cuenta que la prestación controvertida establece el requisito de que el beneficiario esté casado y no viva permanentemente separado, me parece injustificado tomar en consideración las normas relativas a la disolución de la unión para llevar a cabo la comparación.

75 — Sobre esta cuestión véase la sentencia Maruko, antes citada, especialmente los apartados 12 y ss.

76 — Véanse la sentencia dictada el 14 de enero de 2009 por el Tribunal Federal de Trabajo alemán (Bundesarbeitsgericht, 3 AZR 20/07), especialmente el apartado 34; y la dictada el 7 de julio de 2009 por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional federal), antes citada, especialmente los apartados 36 y ss.

77 — Las dos resoluciones mencionadas en la nota anterior se refieren expresamente a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2008 en el asunto Maruko, antes citada.

decir, el 1 de agosto de 2001, fecha de entrada en vigor de la LPartG. En lo que respecta al demandante en el procedimiento principal, éste podría exigir ser tratado como un beneficiario casado que no vive permanentemente separado, a efectos de cálculo de su pensión complementaria, desde el mes siguiente a la constitución de su pareja estable inscrita.

153. Por consiguiente, propongo que se responda a la quinta cuestión que corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por motivos de orientación sexual dejando inaplicada toda disposición de Derecho interno, como el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG, que sea contraria a este principio, y ello incluso a partir de una fecha anterior a la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78.

2. Sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia

154. En su sexta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, para el supuesto de que el Tribunal de Justicia declare que la Directiva 2000/78, el artículo 141 CE o un principio general del Derecho de la Unión se oponen a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, si procede limitar en el tiempo el beneficio del derecho a una pensión de la misma cuantía que la que se abona a los beneficiarios casados, y en particular si procede considerar que la igualdad de trato a efectos de cálculo de su pensión sólo se aplica a los derechos a pensión adquiridos por el beneficiario en los períodos de cotización posteriores al 17 de mayo de 1990, con arreglo a la sentencia Barber, dictada en esa fecha. [78]

155. El demandante en el litigio principal y la Comisión coinciden en considerar que no existe razón alguna para limitar en el tiempo los efectos de la sentencia que haya de dictarse, y la Comisión se remite a la sentencia Maruko, en la que se abordó una cuestión similar. [79]

156. Conforme a una jurisprudencia reiterada, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión, aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y

78 — Sentencia, antes citada, relativa a la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, en la que el Tribunal de Justicia decidió que «el efecto directo del artículo 119 del Tratado [artículo 141 CE] no puede ser alegado para invocar un derecho a pensión, con efectos a una fecha anterior a la de la presente sentencia, salvo para los trabajadores o sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable» (apartado 45).

79 — Antes citada (apartados 77y ss).

debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además concurren los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. [80]

157. Con carácter excepcional, dados los graves trastornos que su sentencia podría provocar en situaciones jurídicas anteriores, el Tribunal de Justicia puede limitar la posibilidad de que cualquier interesado alegue la interpretación que el Tribunal de Justicia dé a una disposición cuando se le haya sometido por vía de cuestión prejudicial. Tal limitación temporal, por aplicación de un principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, sólo puede ser establecida por el propio Tribunal de Justicia en la misma sentencia que resuelva sobre la interpretación solicitada. [81]

158. Procede recordar que el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy específicas, cuando, por una parte, existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los propios comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión. [82]

159. Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia decida pronunciarse sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia que ha de dictar, aunque ni la República Federal alemana ni la Freie und Hansestadt Hamburg lo hayan solicitado, yo destacaría que, en el presente procedimiento prejudicial, no se desprende en absoluto de los autos que exista el riesgo de que el equilibrio financiero del régimen de pensión complementaria gestionado por la demandada en el procedimiento principal resulte trastornado con efectos retroactivos de no existir tal limitación.

160. Deseo recordar que con arreglo al artículo 8, apartado 10, última frase, de la primera RGG, si los requisitos establecidos en el artículo 10, apartado 6, punto 1, de la primera RGG, es decir, la existencia de un vínculo matrimonial sin que haya separación permanente, concurren tan sólo después de que comience a abonarse la pensión de jubilación, deberá aplicarse a partir de ese momento, si el interesado lo solicita, la escala de gravamen III/0, que es más favorable para los beneficiarios. En el hipotético supuesto de que el

80 — Véase, en particular, una sentencia dictada recientemente en Gran Sala: sentencia de 13 de abril de 2010, Bresol y otros y Chaverot y otros (C-73/08, Rec. I-2735), apartados 90 y siguientes y la jurisprudencia allí citada.

81 — Véanse, en particular, las sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455); de 27 de marzo de 1980, Denkavit italiana (61/79, Rec. p. 1205), apartado 17; de 6 de marzo de 2007, Meilicke y otros (C-292/04, Rec. p. I-1835), apartados 36 y 37, y Barber, antes citada (apartados 41 y 44).

82 — Véanse, en particular, la sentencia de 27 de abril de 2006, Richards (C-423/04, Rec. p. I-3585), apartado 42, y la sentencia Bressol y otros y Chaverot y otros, antes citada (apartado 93 y jurisprudencia que allí se cita).

Sr. Römer hubiese podido contraer matrimonio en octubre de 2001, en lugar de constituir una pareja estable inscrita, la Freie und Hansestadt Hamburg habría debido aumentar la pensión complementaria que le abonaba, conforme a las disposiciones antes mencionadas. Ahora bien, la financiación del sistema de pensiones de que se trata debe haberse planificado teniendo en cuenta que pueden sobrevenir cambios en el estado civil de los beneficiarios. No hay ninguna indicación de que esta posibilidad haya aumentado de manera significativa debido a la introducción de la institución de la pareja estable inscrita en el Derecho alemán.

161. Por lo demás, la demandada en el procedimiento principal, que se abstiene de pronunciarse sobre esta cuestión, no alega siquiera que exista un riesgo financiero. El órgano jurisdiccional remitente observa que, lejos de aludir al temor de graves trastornos, la Freie und Hansestadt Hamburg ha destacado, en cambio, que sólo algunos casos de beneficiarios que han constituido parejas estables inscritas habrían de ser objeto de decisiones de aplicación de los nuevos métodos de cálculo de los derechos de pensión. El demandante en el procedimiento principal puntualiza que existen menos de quince mil parejas estables inscritas y que el número de empleados jubilados de la Freie und Hansestadt Hamburg que tienen un compañero del mismo sexo no basta para provocar consecuencias financieras graves. Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia respondiera afirmativamente a las cuestiones antes planteadas, las repercusiones económicas de esta resolución serían mínimas.

162. Por consiguiente, en mi opinión, si debiera responderse a la sexta cuestión, no procedería limitar en el tiempo los efectos de la sentencia que ha de dictarse.

F. *Sobre la combinación del principio de igualdad de trato y del objetivo de especial protección del matrimonio y de la familia, propio del Derecho nacional*

163. Mediante una resolución complementaria, el Arbeitsgericht Hamburg ha planteado una séptima serie de cuestiones en las que pregunta, fundamentalmente, si una norma de Derecho constitucional interno como el principio de especial protección del matrimonio y de la familia por parte del Estado, recogido en el artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental, puede imponer límites al principio comunitario de no discriminación, directa o indirecta, tal como se plasma en particular en la Directiva 2000/78.

1. Sobre la primacía del principio del Derecho de la Unión relativo a la igualdad de trato

164. La primera parte de la séptima cuestión se refiere a la relevancia que procede atribuir a una disposición constitucional alemana, en concreto el artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia llegue a la conclusión de que existe una discriminación directa.

165. Se impone una respuesta negativa a la vista del principio fundamental del Derecho de la Unión según el cual las normas de dicho Derecho han de gozar de primacía sobre todas las normas de Derecho nacional, con independencia del rango de estas últimas, incluidas las de rango constitucional. [83] El principio de primacía tiene, por tanto, un alcance absoluto. Si no fuese así, esto tendría como efecto un menoscabo de la unidad e incluso de la eficacia del Derecho de la Unión.

166. De ello se desprende que normas tales como las de la Ley Fundamental que pretenden proteger el matrimonio y la familia, aunque sean de rango constitucional, no podrían afectar a la validez o a la aplicación del principio de no discriminación recogido en el Derecho de la Unión. En caso de que el Derecho de la Unión se opusiera a normas nacionales, la primacía de aquél obligaría al órgano jurisdiccional nacional a aplicar el Derecho de la Unión y a dejar inaplicadas las disposiciones nacionales contrarias. [84]

167. La Comisión subraya que la existencia de una infracción de la Directiva 2000/78 o de un principio general del Derecho de la Unión que prohíbe la discriminación no puede depender de apreciaciones del legislador nacional o de compromisos asumidos por él.

168. No obstante, todas estas consideraciones presuponen que existe un conflicto de normas, y no me parece que éste pueda ser el caso aquí. En efecto, el riesgo de contradicción entre el artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental y el Derecho de la Unión ha disminuido notablemente desde que el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional federal) declaró, en relación con un estatuto sobre un régimen de previsión profesional, que no estaba justificada una distinción entre el matrimonio y la pareja estable inscrita y que, en consecuencia, una persona que hubiese formado parte de una pareja estable inscrita tendría derecho, igual que una persona que hubiese estado casada, a una pensión de supervivencia en caso de fallecimiento de su compañero. [85] Para decidir de este modo, dicho Tribunal basó su razonamiento en las disposiciones de Derecho alemán, y, en particular, en el artículo 3, apartado 1, de la Ley Fundamental, que recoge un principio de igualdad de todos los seres humanos ante la ley, pero también se remitió a la sentencia Maruko [86] al tratarse de la existencia de una discriminación por motivos de orientación sexual. El Bundesverfassungsgericht se pronunció claramente sobre la incidencia que las disposiciones del artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental podrían tener en la materia, considerando que la referencia al matrimonio y a la protección que le ofrecían

83 — Para una aplicación de este principio respecto a una disposición discriminatoria de la Ley Fundamental, en concreto el artículo 12a, que excluía de manera general a las mujeres de los empleos militares que comportasen el uso de armas, véase la sentencia de 11 de enero de 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69).

84 — Véase, recientemente, la sentencia de 19 de noviembre de 2009, Filipiak (C-314/08, Rec. p. I-11049).

85 — Sentencia (antes citada) dictada por el Tribunal Constitucional federal el 7 de julio de 2009, es decir, después de la resolución por la que el Arbeitsgericht Hamburg planteó sus cuestiones prejudiciales complementarias al Tribunal de Justicia.

86 — Sentencia del Tribunal de Justicia (antes citada) aludida en el apartado 92 de la sentencia mencionada del Bundesverfassungsgericht.

las disposiciones constitucionales, particularmente en aplicación de dicho artículo, no era en ese caso suficiente para justificar un trato desigual.

169. De este conjunto de circunstancias se desprende que el único objetivo extraído del Derecho constitucional nacional que el órgano jurisdiccional remitente menciona expresamente, es decir, la especial protección del matrimonio y de la familia por parte del Estado, no puede obstaculizar la aplicación del principio general de igualdad, tal y como está recogido en el Derecho de la Unión.

2. Sobre la eventual justificación de una discriminación por un objetivo propio del Derecho nacional

170. La respuesta a la segunda parte de la séptima cuestión será necesaria en la medida en que se haya respondido negativamente a la primera parte de esta cuestión, afirmando que el principio de igualdad de trato recogido en el Derecho de la Unión debe prevalecer sobre cualquier objetivo nacional que pueda no ser compatible con este principio.

171. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, en tal caso, un objetivo presente en el ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro, como la protección del matrimonio, podría compaginarse no obstante con dicho principio del Derecho de la Unión y proporcionar una justificación aceptable a una discriminación por motivos de orientación sexual declarada, y de ser así en qué circunstancias.

172. Con carácter previo he de precisar que, en mi opinión, en el marco de la Directiva 2000/78, una disposición de Derecho nacional de la que se haya reconocido que constituye una discriminación directa a los efectos de esta norma no puede justificarse *a posteriori* alegando que responde a un objetivo propio del el Derecho nacional, aun suponiendo que ese objetivo sea legítimo. En efecto, el artículo 2, apartado 2, letra a), de dicha Directiva [87] no contempla una justificación objetiva equivalente a la que establece el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la misma en relación con la discriminación indirecta.

173. Una interpretación *a sensu contrario* de estas últimas disposiciones indica que no existe discriminación indirecta si una medida aparentemente neutra, que puede ciertamente ocasionar una desventaja particular para las personas con una orientación sexual determinada, con respecto a otras personas, pero que sin embargo, por una parte, puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima, siendo adecuados y necesarios, por otra parte, los medios empleados para la consecución de dicha finalidad. La concurrencia de tales criterios jurídicos permite rechazar la calificación de la medida como indirectamente discriminatoria con carácter previo, y no una vez adquirida esta calificación.

87 — A modo de recordatorio: «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».

174. Es cierto que la protección del matrimonio y de la familia establecida en Derecho alemán por el artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental puede constituir, en sí, una finalidad legítima. Por lo demás, no se trata de una finalidad ajena al Derecho de la Unión. En efecto, según los términos del artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales, «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Obviamente, esta disposición se inspiró en el artículo 12 del CEDH. [88] Por lo demás, el artículo 33, apartado 1, de la Carta dispone que «se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social».

175. No obstante, me parece evidente que la finalidad de proteger el matrimonio o la familia no puede legitimar una discriminación por motivos de orientación sexual. Es difícil imaginar qué nexo causal podría conectar este tipo de discriminación, como medio, y la protección del matrimonio, como efecto positivo que puede derivarse de ella.

176. Para no reconocer una discriminación indirecta pese a la existencia de una «desventaja particular» sufrida por los miembros jubilados de una pareja estable inscrita, sería preciso igualmente, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, que los medios empleados, en este caso con el fin de proteger el matrimonio y la familia, fueran a la vez adecuados y necesarios. Como ya he señalado en estas conclusiones, no me parece que sea éste el caso, sabiendo que la medida controvertida no es indispensable, y mucho menos proporcionada, para alcanzar la finalidad así perseguida.

177. En su resolución de 7 de julio de 2009, antes citada, el Bundesverfassungsgericht tomó postura igualmente en este sentido, al considerar que la distinción entre pareja estable inscrita y matrimonio no puede justificarse por la especial protección del segundo y al destacar que es posible proteger la institución matrimonial sin necesidad de perjudicar a otros modos de vida.

178. De acuerdo con una jurisprudencia reiterada, corresponderá al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos del litigio de que conoce y para interpretar la normativa nacional aplicable, determinar, conforme a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i) de la Directiva 2000/78, [89] si la normativa controvertida en el procedimiento principal es adecuada para garantizar la realización de una «finalidad legítima» y, de ser así, en qué medida, y si dicha normativa no va más allá de lo necesario para alcanzarla.

88 — El artículo 12 del CEDH, titulado «derecho a contraer matrimonio», tiene el siguiente tenor: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

89 — Para una aplicación reciente, en relación con las discriminaciones por motivos de edad, véanse las sentencias de 12 de enero de 2010, Wolf (C-229/08, Rec. p. I-1); Petersen, antes citada, y Kücükdeveci, antes citada, y la jurisprudencia que allí se cita.

179. De este conjunto de circunstancias se desprende que no parece que el objetivo enunciado en el artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental deba tener una incidencia decisiva, ni en particular ser una causa de justificación válida, a efectos de valorar si el artículo 10, apartado 6, de la primera RGG genera una discriminación, directa o indirecta, con arreglo al Derecho comunitario, pero que corresponderá en definitiva al juez nacional decidir al respecto.

VI. Conclusiones

180. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales del Arbeitsgericht Hamburg (Alemania):

«1) Las pensiones de jubilación complementarias establecidas por una normativa como la controvertida en el procedimiento principal están comprendidas en el ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

2) El artículo 1 de la Directiva 2000/78, puesto en relación con los artículos 2 y 3, apartado 1, letra c), de la misma, se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un beneficiario miembro de una pareja estable inscrita no percibe una pensión complementaria de jubilación

equivalente a la que se otorga a un beneficiario casado que no vive permanentemente separado, a pesar de que, en el Derecho nacional, la institución de la pareja estable inscrita parece colocar a las personas del mismo sexo en una situación análoga a la de los cónyuges en lo que respecta a dicha pensión. El análisis de la analogía entre ambas situaciones debe centrarse en los derechos y obligaciones de los esposos y de los miembros de parejas estables inscritas –tal como se derivan de la normativa interna aplicable al matrimonio y de la aplicable a las parejas estables inscritas, respectivamente– que resulten pertinentes, habida cuenta de los requisitos de concesión de la prestación en cuestión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si un miembro de una pareja estable inscrita se halla en una situación jurídica y fáctica análoga a la de un cónyuge beneficiario de la pensión de jubilación complementaria establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por la Freie und Hansestadt Hamburg.

Con carácter subsidiario, si el análisis de la analogía entre ambas situaciones excluye la existencia de una discriminación directa por motivos de orientación sexual, habría al menos una discriminación indirecta, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, desde el momento en que unas disposiciones como las controvertidas en el procedimiento principal, que establecen un método de cálculo de la pensión de jubilación complementaria más favorable para los beneficiarios casados que no viven permanentemente separados, generen, por una parte, una desventaja particular en detrimento de los beneficiarios miembros de parejas estables inscritas y, por otra parte, no respondan objetivamente a una finalidad legítima o no constituyan un medio adecuado y necesario para alcanzar dicha finalidad, circunstancias que corresponderá determinar al órgano jurisdiccional remitente.

3) No procede responder a la cuarta cuestión prejudicial. Con carácter subsidiario, cabe afirmar que una normativa como la controvertida en el procedimiento principal no puede violar el artículo 141 CE, pero podría menoscabar el principio general del Derecho de la Unión que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, posibilidad sobre la que corresponde pronunciarse al órgano jurisdiccional remitente.

4) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por motivos de orientación sexual dejando inaplicada toda disposición de Derecho interno, como la controvertida en el procedimiento principal, que sea contraria a este principio, y ello incluso, en su caso, a partir de una fecha anterior a la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78.

5) Una disposición de Derecho interno, incluso de rango constitucional, no puede justificar en sí una normativa como la controvertida en el procedimiento principal en el caso de que entre en conflicto con el Derecho de la Unión, y en particular con el principio de igualdad de trato.»