CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. VERICA TRSTENJAK presentadas el 16 de junio de 2011 [1]

I. Introducción

1. El Oberster Gerichtshof de Austria (Tribunal Supremo austriaco; en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») ha planteado al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, una serie de cuestiones sobre la interpretación del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. [2]

2. Estas cuestiones se plantean en el marco de un litigio entre la Sra. Brachner, perceptora de una pensión de jubilación (en lo sucesivo, «recurrente en el procedimiento principal»), y la Pensionsversicherungsanstalt (organismo de pensiones de jubilación; en lo sucesivo, «recurrida en el procedimiento principal») relativo a la cuantía de la pensión que le corresponde a la recurrente en el procedimiento principal. El litigio versa, en esencia, sobre la cuestión de si, en el marco de la actualización anual del poder adquisitivo de su pensión, prevista en la normativa nacional en materia de seguro de vejez, la recurrente en el procedimiento principal recibió, posiblemente debido a su pertenencia al sexo femenino, un trato menos favorable que el dado a otros pensionistas. Se plantea, en definitiva, la cuestión de la compatibilidad de complejos mecanismos de la política social nacional con el principio comunitario de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en los términos expresados en la Directiva 79/7. A este respecto se discute, en primer lugar, si el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 comprende dichos mecanismos. Por otro lado, deberá analizarse si existe una diferencia de trato entre los pensionistas, según se trate de hombres o de mujeres, y, en su caso, si esta discriminación está objetivamente justificada.

3. Mediante la presente petición de decisión prejudicial se solicita, en esencia, que se clarifique si determinadas disposiciones del sistema austriaco de actualización de las pensiones son compatibles con el Derecho de la Unión, toda vez que el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) austriaco, en su resolución de 24 de septiembre de 2009, ya se ha pronunciado sobre la constitucionalidad

1 — Lengua original: alemán.
2 — DO L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174.

de dichas disposiciones, especialmente en lo que atañe a su compatibilidad tanto con el principio de igualdad como con el derecho a la inviolabilidad de la propiedad, garantizado constitucionalmente. En dicha resolución, el Verfassungsgerichtshof austriaco confirmó la constitucionalidad de esta normativa y, en consecuencia, desestimó, entre otros motivos, por infundada, la pretensión de anulación de las disposiciones controvertidas formulada por numerosos órganos jurisdiccionales austriacos, entre los que se encuentra el órgano jurisdiccional remitente.

4. La igualdad de derechos de la mujer, desde el punto de vista personal, social y jurídico, constituye uno de los logros fundamentales de la cultura europea. Representa la culminación de una evolución histórica, iniciada en la época de la Ilustración con la doctrina de los derechos humanos y que, gracias al compromiso de numerosas mujeres a favor de la libertad y de la autodeterminación, pudo experimentar un avance significativo durante el siglo pasado. Testimonio de ello es la consagración del principio de igualdad de derechos en un gran número de declaraciones y de instrumentos jurídicos aplicables en diferentes campos del Derecho. [3]

3 — Como pionera de la igualdad de derechos de la mujer cabe mencionar a Marie Gouze, conocida también como Olympe de Gouges (1748-1793), quien en 1791 redactó la «Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana» («Déclaration des droits de la Femme et de la Citoyenne»). Merecedora de reconocimiento por su compromiso en la lucha contra el trato menos favorable en el ámbito laboral es, entre otras, Marie Curie (1867-1934), la primera mujer docente en la Sorbona y galardonada con el Premio Nobel.

II. Marco normativo

A. *Derecho de la Unión* [4]

5. Los cuatro primeros artículos de la Directiva 79/7 rezan como sigue:

«*Artículo 1*

La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la Seguridad Social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, denominado en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".

Artículo 2

La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que

4 — De acuerdo con las denominaciones utilizadas en el TUE y en el TFUE, emplearemos aquí la expresión «Derecho de la Unión» como designación conjunta del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión. En lo sucesivo, cuando se trate de disposiciones individuales de Derecho primario, se mencionarán las que estén en vigor *ratione temporis*.

busquen empleo, así como a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos.

Artículo 3

1. La presente Directiva se aplicará

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

— enfermedad,

— invalidez,

— vejez,

— accidente laboral y enfermedad profesional,

— desempleo;

b) a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos.

2. La presente Directiva no se aplicará a las disposiciones relativas a las prestaciones a favor de los supervivientes, ni a las que se refieren a prestaciones familiares, excepto si se trata de prestaciones familiares concedidas con arreglo a los aumentos de las prestaciones debidas en razón de los riesgos previstos en la letra a) del apartado 1.

3. Con el fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, las disposiciones que determinarán el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación.

Artículo 4

1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

— el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

— la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

— el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.»

B. *Derecho nacional*

6. Las disposiciones nacionales relevantes en el presente asunto están recogidas en la Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Ley general de la seguridad social; en lo sucesivo, «ASVG»), de 9 de septiembre de 1955. [5] Los artículos 108 y ss. de la ASVG prevén un amplio sistema de actualización de las pensiones.

7. El artículo 108, apartado 5, de la ASVG define el factor de actualización como sigue:

«Factor de actualización: el Ministro Federal de Seguridad Social, Generaciones y Protección de los Consumidores fijará anualmente mediante orden ministerial, antes del 30 de noviembre de cada año, el factor de actualización (artículo 108 f) para el siguiente año natural. La orden ministerial deberá presentarse al Gobierno Federal para su aprobación. Salvo disposición en contrario, el factor de actualización se aplicará, en el ámbito de la seguridad social, a efectos del incremento de las pensiones y de los importes fijos vinculados a las prestaciones.»

8. El artículo 108f de la ASVG dispone lo siguiente:

«1. El Ministro Federal de Seguridad Social, Generaciones y Protección de los Consumidores fijará el factor de actualización para cada año natural teniendo el cuenta el valor de referencia según el artículo 108 e, apartado 9, número 1.

2. El valor de referencia deberá fijarse de modo que el incremento de las pensiones actualizadas sobre la base de dicho valor se corresponda con el incremento de los precios al consumo en el sentido del apartado 3. El valor de referencia se redondeará a tres cifras decimales.

3. El incremento de los precios al consumo se determinará sobre la base del incremento medio experimentado en los últimos doce meses naturales antes del mes de julio del año anterior a la actualización, partiendo del índice de precios al consumo del año 2000 o de otro índice que lo sustituya. [...]»

9. Respecto a la actualización anual de las pensiones, el artículo 108h de la ASVG prevé lo siguiente:

«Con efectos a partir del 1 de enero de cada año, procederá multiplicar por el factor de actualización:

a) todas las pensiones abonadas por el seguro de pensiones cuya fecha de referencia […] sea anterior al 1 de enero de ese año;

b) […]»

5 — Ley Federal de 9 de septiembre de 1955 sobre el Seguro Social General, BGBl 189/1955, modificada por última vez mediante la Ley Federal BGBl. I 150/2009.

10. Mediante reglamento, [6] el Ministro Federal fijó en 1,017 el factor de actualización para el año 2008. Esto significa que, básicamente, todas las pensiones de la ASVG experimentaron un incremento uniforme del 1,7 %.

11. No obstante, el artículo 634, apartado 10, de la ASVG, en su versión resultante de la Ley federal publicada en el BGBl. I nº 101/2007, [7] contiene una regulación especial y prevé para el año 2008 un incremento extraordinario de las pensiones:

«No obstante lo dispuesto en el artículo 108 h, apartado 1, primera frase, para el año natural 2008, las pensiones superiores a 746,99 euros mensuales no se revalorizarán multiplicando las mismas por el factor de actualización sino como sigue:

1. las pensiones mensuales de más de 746,99 euros y hasta 1.050 euros aumentarán en 21 euros;

2. las pensiones mensuales de más de 1.050 euros y hasta 1.700 euros se multiplicarán por el factor 1,020;

3. las pensiones mensuales de más de 1.700 euros y hasta 2.161,50 euros aumentarán en un porcentaje que disminuye de modo linear entre dichos valores del 2 % al 1,7 %, y

4. las pensiones mensuales de más de 2.161,50 euros aumentarán en 36,75 euros.»

12. En virtud del artículo 292 de la ASVG, los pensionistas cuya pensión es, debido a la insuficiencia de los períodos de cotización o a una reducida base de cálculo, tan baja que no cubre el mínimo existencial, tienen derecho a un suplemento compensatorio. En el Derecho social, dicho mínimo existencial se fija mediante el denominado nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio. Según

6 — BGBl II 337/2007.

7 — Ley Federal de modificación de la Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (Ley federal de centros sanitarios y establecimientos de cura), la Ärztegesetz 1998 (Ley de 1998 reguladora de la profesión médica), la Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfondsgesetz (Ley de fondos de financiación de hospitales privados), la Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Ley general de seguridad social), la Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz (Ley Federal relativa al régimen de la seguridad social de los trabajadores autónomos de los sectores comercial, industrial y artesanal), la Bauern-Sozialversicherungsgesetz (Ley de la seguridad social del sector agrario), la Beamten- Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (Ley sobre los seguros de enfermedad y de accidentes de los funcionarios), la Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (Ley de 1977 sobre el seguro por desempleo), la Sonderunterstützungsgesetz (Ley sobre ayudas especiales), la Heeresversorgungsgesetz (Ley de prestaciones para las fuerzas armadas), la Kriegsopferversorgungsgesetz 1957 (Ley de 1957 de prestaciones para las víctimas de la guerra) y la Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (Ley de 1967 relativa a la compensación de las cargas familiares mediante prestaciones) [Ley Federal relativa a la adaptación del ordenamiento jurídico al acuerdo según el artículo 15 *bis* de la Bundes-Verfassungsgesetz (Ley Fundamental) relativo a la organización, financiación y prestación de los servicios sanitarios para el período comprendido entre 2008 y 2013], BGBl. I 101/2007.

el artículo 292, apartado 2, de la ASVG, para determinar el derecho a suplemento compensatorio han de tenerse en cuenta también todos los ingresos netos del cónyuge con el que se forma la unidad familiar. La Ley de modificación del artículo 634, apartado 10, de la ASVG elevó al mismo tiempo el nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio de 726 a 747 euros (aprox. 2,81 %) y para cónyuges que forman una unidad familiar de 1.091,14 euros a 1.120 euros (aprox. 2,58 %) [artículo 4, número 41, letras a) y b), de la Ley de modificación].

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

13. La recurrente en el procedimiento principal, nacida el 8 de junio de 1947, percibe de la recurrida en el procedimiento principal una pensión de jubilación de conformidad con la ASVG. Dicha pensión se elevaba en el año 2007 a 368,16 euros brutos mensuales. Mediante resolución de 8 de mayo de 2008, la recurrida en el procedimiento principal declaró que, teniendo en cuenta el factor de actualización establecido para el año 2008 en 1,017, la pensión de la recurrente en el procedimiento principal sería de 374,42 euros brutos mensuales a partir del 1 de enero de 2008.

14. Mediante demanda se impugnó dicha resolución y se solicitó que se pagara una pensión por importe de 389,16 euros brutos mensuales a partir del 1 de enero de 2008. Según la recurrente en el procedimiento principal, la actualización de las pensiones llevada a cabo por el legislador nacional con efectos desde el 1 de enero de 2008 es contraria al principio de igualdad y al derecho a la propiedad y, debido a la discriminación indirecta de las mujeres, también es contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7.

15. El tribunal de primera instancia estimó la pretensión indicando que existía una discriminación indirecta de las mujeres inadmisible. El tribunal de apelación estimó la pretensión formulada por la recurrida en el procedimiento principal en su recurso de apelación. Condenó a esta última a pagar a la recurrente en el procedimiento principal a partir del 1 de enero de 2008 la pensión únicamente por el importe de 374,42 euros brutos mensuales que se había concedido mediante la resolución y desestimó las demás pretensiones. Mediante su recurso de casación, la recurrente en el procedimiento principal impugna la sentencia de apelación y pretende que se restablezca la sentencia de primera instancia.

16. En el marco del procedimiento de casación ante él pendiente, el Oberster Gerichtshof solicitó ante el Verfassungsgerichtshof que se anulase la expresión «las pensiones superiores a 746,99 euros mensuales» recogida en el artículo 634, apartado 10, de la ASVG, en su versión resultante de la Ley federal publicada en el BGBl I nº 101/2007, y la expresión «de más de 746,99 euros» recogida en el artículo 634, apartado 10, número 1, de la ASVG, en su versión resultante de la Ley federal publicada en el BGBl I nº 101/2007.

En apoyo de su pretensión de anulación, el Oberster Gerichtshof alegó que, al prever para el año 2008 un aumento extraordinario únicamente de las pensiones superiores a 749,99 euros, estas disposiciones vulneran el principio de igualdad consagrado en el Derecho austriaco. Mediante resolución de 24 de septiembre de 2009, el Verfassungsgerichtshof desestimó en el marco de un procedimiento acumulado esta solicitud del Oberster Gerichtshof así como un total de 143 solicitudes semejantes formuladas por otros órganos jurisdiccionales austriacos. Tras haberse notificado dicha resolución, se procedió a continuar de oficio con el recurso de casación.

17. En la actualidad, el objeto del procedimiento principal es la cuestión, aún controvertida entre las partes, de si la actualización de las pensiones para el año 2008 efectuada por el legislador implica una discriminación indirecta de las mujeres y, por tanto, es contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7. El Oberster Gerichtshof declara que alberga dudas acerca de la interpretación de esta disposición de la Directiva. Por este motivo, resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva [79/7] en el sentido de que la prohibición de discriminación prevista en el apartado 1 de dicha disposición también se aplica al sistema de actualización anual (revalorización) de las pensiones establecido en la normativa sobre el seguro legal de pensiones?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva [79/7] en el sentido de que se opone a una disposición nacional sobre la actualización anual de las pensiones que establece para un determinado grupo de beneficiarios de pensiones mínimas un incremento potencialmente inferior al previsto para otros beneficiarios de pensiones, en la medida en que dicha norma afecta de manera negativa a un 25 % de los hombres pensionistas y a un 57 % de las mujeres pensionistas y no existe una razón objetiva que lo justifique?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, ¿puede justificarse el trato menos favorable dado a las mujeres pensionistas al calcular el incremento anual de sus pensiones por el hecho de que éstas accedan antes a la pensión de jubilación y/o porque perciben su pensión durante un período de tiempo más prolongado y/o por el hecho de que el nivel de referencia para la obtención de unos ingresos mínimos previstos por el Derecho social (nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio) se haya elevado por encima de lo que correspondería proporcionalmente, cuando las disposiciones relativas a la concesión de unos ingresos mínimos previstos por el Derecho social (suplemento compensatorio) establecen que se han de tener en cuenta los demás ingresos propios del pensionista así como los ingresos de su cónyuge si convive con él, mientras que, en el caso de los demás beneficiarios

de una pensión, el incremento se produce sin que se computen los demás ingresos propios del pensionista ni los ingresos de su cónyuge?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. La resolución de remisión de 9 de febrero de 2010 se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de marzo de 2010.

19. Han depositado observaciones escritas, dentro del plazo señalado por el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el Gobierno austriaco e Irlanda, así como la Comisión Europea.

20. En la vista oral de 13 de abril de 2011 comparecieron y formularon observaciones los representantes del Gobierno austriaco, de Irlanda y de la Comisión.

V. Alegaciones esenciales de las partes

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

21. El *Gobierno austriaco* sostiene que, si bien el tenor de la Directiva 79/7 no comprende la actualización de las pensiones, el objetivo de la misma, a saber, garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, conduce necesariamente a una respuesta afirmativa.

22. Por el contrario, *Irlanda* propone responder a la primera cuestión que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación prevista en el apartado 1 de dicha disposición no se aplica al sistema de actualización anual (valorización) de las pensiones establecido en la normativa sobre el seguro legal de pensiones.

23. En apoyo de su razonamiento jurídico, Irlanda alega, en primer lugar, que una prestación sólo está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 si constituye total o parcialmente un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados, o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo. A juicio de Irlanda, tomando esta definición como premisa, debe concluirse que la pensión principal que la recurrente en el procedimiento principal viene percibiendo desde que cumplió 60 años, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, pero no así la actualización de las pensiones prevista en el Derecho austriaco, cuya finalidad es garantizar un nivel mínimo de renta para todos los pensionistas. Irlanda sostiene que, por lo tanto, falta una relación directa con el objetivo de protección contra los riesgos de la vejez.

24. Además, Irlanda establece una analogía con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los artículos 46 y 51 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, [8] según la cual, el Tribunal de Justicia distingue entre la pensión de base, por un lado, y las actualizaciones atendiendo a la evolución del nivel de precios etc., por otro. A su juicio, sobre la base de esta jurisprudencia debe diferenciarse entre el cálculo inicial de la pensión de jubilación (es decir, el procedimiento de determinación de la cuantía de la pensión al inicio de su percepción) y las posteriores actualizaciones de la prestación, con las que ésta se incrementa en un determinado importe o porcentaje atendiendo a factores como la inflación.

25. Irlanda opina que el cálculo inicial de la pensión de jubilación está comprendido en el concepto de «cálculo de las prestaciones», y por ende, en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. Por el contrario, las posteriores actualizaciones de la pensión atendiendo al coste de la vida no forman parte del «cálculo de las prestaciones», y, por consiguiente, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva no es aplicable a dichas actualizaciones.

26. La *Comisión* propone que se responda a la primera cuestión planteada que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación prevista en el apartado 1 de dicha disposición también se aplica al sistema de actualización anual (valorización) de las pensiones establecido en la normativa sobre el seguro legal de pensiones.

27. La Comisión entiende que la Directiva 79/7 debe interpretarse ampliamente, por lo que la misma comprende no sólo el cálculo de base de las prestaciones sociales sino también su posterior incremento. A su juicio, la Directiva quedaría desprovista de eficacia si se aplicase únicamente a la determinación inicial de una prestación y no incluyese en su ámbito de aplicación sus ulteriores valorizaciones. Ello permitiría a los Estados miembros, en un caso extremo, excluir completamente de las actualizaciones de las pensiones a las personas pertenecientes a un sexo determinado, lo que, a la larga, implicaría diferencias considerables en la cuantía de las pensionistas de las mujeres, por un lado, y de los hombres, por otro. No puede presumirse que el Consejo, en su calidad de legislador, no se haya percatado de tal laguna normativa.

28. La Comisión sostiene que el sistema de actualización anual de las pensiones está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, dado que se trata de una prestación de seguridad social que guarda una relación inmediata y sustancial con la protección de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, a saber, el riesgo de que con la edad se reduzcan los ingresos necesarios para la subsistencia o el poder adquisitivo de los mismos. El objetivo de la actualización de las pensiones es garantizar el valor monetario de las pensiones y conservar su poder adquisitivo. Además, la actualización está ligada directamente a la cuantía inicial de la pensión, toda vez que se parte de la misma para calcular el incremento porcentual correspondiente.

8 — DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98.

29. A juicio de la Comisión, incluso suponiendo que un ulterior incremento de la pensión no estuviese comprendido en el concepto de «cálculo», de ello no se inferiría que la Directiva no abarca las posteriores actualizaciones o revalorizaciones de las pensiones, habida cuenta de que la enumeración recogida en el artículo 4 de la Directiva 79/7 no es exhaustiva, como evidencia el tenor de esta disposición («particularmente»).

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

30. El *Gobierno austriaco* propone que se responda a la segunda cuestión prejudicial planteada que, si el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 4 de la Directiva 79/7 se aplica al sistema de actualización anual (valorización) de las pensiones establecido en la normativa sobre el seguro legal de pensiones, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que una disposición nacional sobre la actualización anual de las pensiones que establece un incremento potencialmente menor para un determinado grupo de pensionistas no constituye una discriminación por razón de sexo, dado que el porcentaje de pensionistas de un sexo determinado afectado por dicha disposición en dicho grupo no es sustancial en relación con el número total de pensionistas o porque no existe directamente ningún otro grupo de personas cuya posición pueda compararse con la situación del grupo supuestamente desfavorecido.

31. Al respecto, el Gobierno austriaco alega, en primer lugar, que, a la luz de los porcentajes indicados por el órgano jurisdiccional remitente sobre los hombres pensionistas (25 %) y las mujeres pensionistas (57 %) afectados entre los perceptores de pensiones mínimas, no puede afirmarse que la medida controvertida suponga una «discriminación porcentualmente sustancial de las personas de un sexo frente a las personas del sexo opuesto» en el sentido de la jurisprudencia. En opinión del Gobierno austriaco, aún cuando de la jurisprudencia no se infiere un porcentaje concreto a partir del cual puede apreciarse la existencia de una discriminación indirecta, la diferencia porcentual en el presente asunto no es tan significativa como en otros asuntos, y por tanto, como para que pueda presumirse que efectivamente existe una discriminación.

32. El Gobierno austriaco señala, además, que, debido a las diferentes trayectorias laborales de las mujeres y los hombres, las medidas en materia de pensiones repercuten de modo distinto en ambos sexos. A su juicio, considerar únicamente el porcentaje de personas de uno y otro sexo afectado por cada una de las medidas adoptadas por el legislador supondría, en contradicción con la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, privar a los Estados miembros de la autonomía que el Derecho de la Unión les confiere en la configuración de su respectivas políticas sociales. Añade que ello implicaría que en el futuro sólo podría calificarse de no discriminatoria una actualización lineal de todas prestaciones aplicando un único porcentaje.

33. El Gobierno austriaco sostiene que para apreciar la existencia de una discriminación debe compararse la situación de cada grupo en relación con la totalidad de los pensionistas. En su opinión, del análisis de los respectivos porcentajes se infiere que el mayor número de mujeres afectadas no es en ningún caso suficiente para fundamentar la existencia de una discriminación por razón de sexo, lo que basta para afirmar que la normativa controvertida no vulnera las disposiciones de la Directiva 79/7. Por otro lado, el Gobierno austriaco indica asimismo que para poder afirmar la existencia de una discriminación ha de haber un grupo con el que pueda efectuarse la comparación. A su juicio, en relación con la actualización de las pensiones para el año 2008 no existe un claro grupo de comparación, dado que, dependiendo de la situación individual del pensionista o, en su caso, de la situación de su cónyuge, pueden resultar aplicables diferentes importes de actualización.

34. *Irlanda* propone responder a la segunda cuestión planteada en el sentido de que el artículo 4 de la Directiva 79/7 no se opone a una disposición nacional sobre la actualización anual de las pensiones que establece para un determinado grupo de beneficiarios de pensiones mínimas un incremento potencialmente inferior al previsto para otros beneficiarios de pensiones.

35. A juicio de Irlanda, se trata de determinar, en primer lugar, con quién debe compararse la situación de la recurrente en el procedimiento principal. En segundo lugar, debe determinarse si esta persona (o este grupo de personas) ha recibido un trato más favorable que la Sra. Brachner. En caso afirmativo, deberá analizarse si con esta diferencia de trato se concede un trato preferencial a una persona del sexo opuesto. En caso de ser así, se ha de determinar si esta diferencia de trato está justificada por razones objetivas ajenas a toda discriminación por razón de sexo. Irlanda concluye que las comparaciones realizadas por el órgano jurisdiccional remitente no guardan ninguna relación con la situación de la recurrente en el procedimiento principal, por lo que las cuestiones prejudiciales planteadas son hipotéticas y, por lo tanto, inadmisibles.

36. Para el caso de que, en contra de esta postura, el Tribunal de Justicia considere admisibles las cuestiones planteadas, Irlanda alega que de los hechos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente no se desprende que la recurrente en el procedimiento principal (o el grupo de personas al que pertenece) haya recibido un trato menos favorable que una persona del sexo masculino identificable y comparable (o un grupo comparable de personas integrado esencialmente por hombres). Irlanda reconoce que, ciertamente, las pensiones de algunos grupos de pensionistas experimentaron un incremento superior al de otros. Empero, alega, no todos estos grupos están integrados esencialmente por hombres.

37. En opinión de Irlanda, no resulta evidente en qué medida el sistema de pago compensatorio puede ser discriminatorio. Este Estado miembro indica que el 54 % de los beneficiarios del suplemento compensatorio

son mujeres, lo cual equivale casi exactamente al porcentaje de mujeres en el colectivo de pensionistas (53 %). Por consiguiente, no puede afirmarse que el grupo de beneficiarios del suplemento compensatorio está integrado esencialmente por hombres o que está esencialmente integrado por mujeres, sino que el mismo simplemente refleja los porcentajes en relación con el colectivo de pensionistas. Irlanda alega que la actualización de la pensión básica se efectúa sin imputación de ningún otro tipo de ingresos (por lo que para la misma rigen otros principios distintos a los aplicables al suplemento compensatorio). No obstante, estos principios se aplican tanto a los beneficiarios de pensiones mínimas (esencialmente mujeres) como a los beneficiarios de pensiones más elevadas (esencialmente hombres). En consecuencia, no cabe sostener válidamente que estos dos métodos de cálculo implican un trato más favorable a un grupo integrado esencialmente por hombres que a un grupo integrado esencialmente por mujeres. Irlanda alega que, aunque el grupo de los beneficiarios de pensiones más elevadas (esencialmente hombres) recibiesen de algún modo un trato más favorable, el grupo de las personas supuestamente desfavorecidas (los perceptores del suplemento compensatorio) no está integrado esencialmente por mujeres.

38. Por último, Irlanda alega que la diferencia de criterio en lo que atañe a la imputación de los ingresos para la concesión del suplemento compensatorio y de la pensión ordinaria podría considerarse incluida dentro del margen de apreciación concedido a los Estados miembros, toda vez que éstos son libres para disponer que se tenga en cuenta la situación patrimonial de los perceptores respecto a algunas prestaciones y no respecto a otras.

39. La *Comisión* propone que se responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional sobre la actualización anual de las pensiones que establece para un determinado grupo de beneficiarios de pensiones mínimas un incremento potencialmente inferior al previsto para otros beneficiarios de pensiones, en la medida en que dicha norma afecta de manera negativa a un 25 % de los pensionistas y a un 57 % de las pensionistas, salvo que esta medida pueda justificarse por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

40. En apoyo de su tesis jurídica, la Comisión señala que, según la jurisprudencia, existe diferencia de trato cuando de los datos estadísticos se infiere que la proporción de los trabajadores femeninos que no reúnen un determinado requisito para disfrutar de la protección contra el despido representan un «porcentaje considerablemente menor» o cuando existe una «diferencia menos importante, pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo». A la luz de los datos aportados por el órgano jurisdiccional remitente –de los que se desprende que un 57 % de las mujeres y un 25 % de los hombres son beneficiarios de pensiones mínimas–, es indiscutible que las mujeres se ven especialmente perjudicadas y que, por lo tanto, existe objetivamente una discriminación del sexo femenino. Esta diferencia de

trato es aún más grave en tanto que una clara mayoría de las personas que no perciben un suplemento compensatorio son mujeres.

C. *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

41. El *Gobierno austriaco* propone que se responda a la tercera cuestión planteada en el sentido de que, en el caso de que, no obstante lo expuesto, el Tribunal de Justicia considere que el incremento potencialmente inferior de la pensión para un grupo determinado de pensionistas entraña una discriminación de las mujeres, dicha discriminación está justificada, habida cuenta del nexo indisoluble con el incremento extraordinario del suplemento compensatorio y el inherente objetivo de erradicación de la pobreza (como legítimo objetivo de la política social). Añade que esta medida es adecuada para alcanzar los objetivos y no excede los límites de lo necesario. El hecho de que para la concesión del suplemento compensatorio se tengan en cuenta los demás ingresos del pensionista así como los ingresos del cónyuge o de la pareja inscrita con quien forme una unidad familiar, no desvirtúa este razonamiento.

42. En lo que a la justificación del incremento extraordinario de los niveles de referencia a efectos del suplemento compensatorio se refiere, el Gobierno austriaco alega que el objetivo de la actualización de las pensiones para el año 2008 fue garantizar la ayuda a los beneficiarios de pensiones bajas y mínimas. Con ella se pretendió dar un paso significativo hacia la erradicación de la pobreza. Según el Gobierno austriaco, aquellas personas, que, como la recurrente en el procedimiento principal, disponen de otros ingresos (propios o de su cónyuge) no requieren, sin embargo, de esta medida de política social, ya que, al disponer de otros ingresos, cabe suponer que no corren el riesgo de pobreza durante la vejez y, por lo tanto, no necesitan una actualización de sus pensiones por encima de la preceptuada por el índice de precios al consumo.

43. Por lo demás, el Gobierno austriaco se remite a la resolución del Verfassungsgerichtshof austriaco de 24 de septiembre de 2009, en la que dicho órgano jurisdiccional declaró constitucional la actualización de las pensiones para el año 2008 y que la misma no vulnera ningún derecho fundamental ni tampoco el principio de igualdad. El Gobierno austriaco destaca asimismo que el Verfassungsgerichtshof reconoció la conexión directa (relación de causalidad) entre la actualización de las pensiones y el incremento extraordinario del suplemento compensatorio, por lo que éste debe tenerse en cuenta en la apreciación del aumento de las pensiones llevado a cabo mediante la actualización extraordinaria de las mismas para el año 2008.

44. *Irlanda* propone que se responda a la tercer cuestión planteada en el sentido de que el trato menos favorable dado a las mujeres pensionistas al calcular el aumento anual de sus pensiones puede justificarse si dicho trato

menos favorable es necesario y adecuado para la consecución de un objetivo de política social o económica, ajeno a toda discriminación por razón de sexo. En la medida en que un Estado miembro invoca el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7, un trato menos favorable puede justificarse asimismo por la menor edad de jubilación y/o por la mayor duración de la percepción de la pensión de las mujeres.

45. En apoyo de su tesis jurídica, Irlanda sostiene que las disposiciones relativas a la ayuda social siempre implican respaldar a algunos grupos de beneficiarios de las prestaciones y excluir, por el contrario, a otros, para lo cual pueden resultar aplicables, en su caso, complejos criterios y distinciones. Irlanda alega que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existen numerosos asuntos en los que las normativas nacionales de algunos Estados miembros fueron impugnadas por considerarlas discriminatorias y el Tribunal de Justicia declaró que los criterios previstos en el respectivo Derecho interno estaban justificados por un objetivo legítimo. Si bien las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar por sí mismas una discriminación por razón de sexo, el Tribunal de Justicia ha reconocido como objetivo legítimo la necesidad de garantizar una buena gestión del gasto público. A juicio de Irlanda, al asignar los fondos públicos limitados en el marco de los procedimientos de elaboración de los presupuestos anuales, los Estados miembros persiguen una serie de objetivos legítimos de política social y económica, entre los que se encuentran el reparto de los fondos públicos limitados entre distintos grupos de personas y la garantía de una buena gestión del gasto público. A tal respecto, los Estados miembros disponen de una muy amplia facultad de apreciación. Irlanda señala que, de manera semejante, cuando debe efectuarse la actualización periódica de los valores de referencia, resulta más sencillo efectuar aumentos globales que calcular un porcentaje exacto para cada persona. Irlanda alega que en el presente asunto el tribunal nacional dividió las pensiones en cuatro grupos, pero que éstas podían haber sido divididas de manera completamente distinta. En opinión del Gobierno irlandés, el trabajo de las administraciones nacionales se incrementaría enormemente si antes de prever un aumento global hubiera que realizar un análisis estadístico de los porcentajes de hombres y mujeres afectados por cada una de las disposiciones.

46. Por último, Irlanda declara que en Austria rige posiblemente una edad de jubilación distinta para hombres y mujeres. De ser así, Austria podría invocar, en su caso, al artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7. De este modo, este Estado miembro estaría facultado para adoptar normativas distintas para hombres y mujeres, siempre que las disposiciones estén «necesariamente» vinculadas a la diferente edad de jubilación de ambos géneros.

47. La *Comisión* propone que se responda a la tercera cuestión prejudicial en el sentido de que el trato menos favorable dado a las mujeres pensionistas al calcular el aumento anual de sus pensiones no puede justificarse por la menor edad de jubilación o por la mayor

duración de la percepción de la pensión o por el hecho de que el nivel de referencia previsto por el Derecho social para obtener una renta mínima (nivel de referencia a efectos de un suplemento compensatorio) se haya incrementado de manera desproporcionada, cuando las disposiciones relativas a la concesión de una renta mínima prevista por el Derecho social (suplemento compensatorio) prevén que se tengan en cuenta los demás ingresos propios del pensionista así como los ingresos del cónyuge con el que forme una unidad familiar, mientras que, en el caso de los demás beneficiarios de una pensión, el incremento se produce sin que se imputen los demás ingresos propios del pensionista ni los ingresos de su cónyuge.

48. En lo que atañe a la diferencia de trato basada en la menor edad de jubilación o en la mayor duración de la percepción de la pensión de las mujeres, la Comisión señala que los períodos de cotización acumulados ya se tuvieron en cuenta al calcular la pensión y no pueden volver a considerarse por segunda vez. En cuanto al promedio de esperanza de vida más largo de las mujeres, la Comisión alega que éste no puede admitirse como razón de justificación, dado que la mayor esperanza de vida es una diferencia intrínsecamente vinculada al sexo. A juicio de la Comisión, cabe preguntarse asimismo cuál es la finalidad legítima del aumento del nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio. Por último, la Comisión señala que aunque el Tribunal de Justicia concede a los Estados miembros un margen de apreciación para configurar sus respectivos regímenes de seguridad social, impone, no obstante, las exigencias de necesidad e idoneidad del objetivo de política social.

VI. Apreciación jurídica

A. *Observaciones preliminares*

1. Fundamento jurídico del principio de no discriminación en el Derecho de la Unión

49. El principio de igualdad entre hombres y mujeres [9] en el lugar de trabajo ocupa un lugar central en el Derecho laboral comunitario. [10] A nivel del Derecho internacional del trabajo, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral está consagrado en el Convenio nº 100 de

9 — Véanse, para una exposición exhaustiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en Europa, McCrudden, C./Prechal, S., «The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach», *Bericht der Europäischen Kommission, Generaldirektion für Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit,* 2009.

10 — Véase, en este sentido, Krimphove, D., *Europäisches Arbeitsrecht,* Múnich 1996, p. 140.

la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 29 de junio de 1951, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, que ha sido ratificado por numerosos Estados miembros. Por lo que se refiere específicamente al Derecho laboral de la Unión Europea, el punto 16 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores [11] –al que se remiten el Preámbulo del Tratado UE y el artículo 136 CE, párrafo primero– recoge la exigencia de igualdad de trato y el desarrollo de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Cabe añadir que en los artículos 2 CE y 3 CE, apartado 2, el Derecho Primario prescribe como objetivo general el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres. El Tribunal de Justicia ha destacado asimismo en reiterada jurisprudencia la relevancia fundamental de esta obligación calificándola de norma fundamental del Derecho comunitario. [12]

50. En un principio, el legislador de la Unión sólo contempló en el marco del Derecho primario un punto de conexión jurídicamente vinculante para la igualdad de trato entre trabajadores de ambos sexos respecto a la retribución, concretamente en el artículo 141 CE (artículo 157 TFUE). Esta disposición impone a los Estados miembros el deber de garantizar el principio de «igualdad de remuneración para hombres y mujeres que desempeñan el mismo trabajo». El Tribunal de Justicia lo ha desarrollado por la vía de la interpretación y elaborado a partir del mismo un amplio Derecho contra la discriminación. Pero dado que esta disposición comprende exclusivamente los supuestos relativos a la retribución y no regula con carácter general la igualdad de trato entre ambos sexos en el ámbito laboral, el legislador de la Unión ha dedicado desde la década de los setenta del siglo pasado gran atención al tema de la igualdad de trato universal entre hombres y mujeres y aprobado en esta materia un amplio conjunto de normas comunitarias, en las que también se tienen en cuenta aspectos de Derecho social, tales como los relativos a los derechos de los trabajadores a recibir prestaciones de la seguridad social. [13]

11 — El punto 16 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reza como sigue: «Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.»

12 — Véanse, básicamente, las sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne, «denominada Defrenne II» (43/75, Rec. p. 455), apartado 12; de 15 de junio de 1978, Defrenne, denominada «Defrenne III» (149/77, Rec. p. 1365), apartados 26 y 27; de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 36 y la sentencia Beets-Proper (262/84, Rec. p. 773), apartado 38. Véanse asimismo las sentencias de 24 de febrero de 1994, Roks y otros (C-343/92, Rec. p. I-571), apartado 36; de 6 de abril de 2000, Jørgensen (C-226/98, Rec. I-2447), apartado 39; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Rec. I-2741), apartado 60, y de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker (C-4/02 y C-5/02, Rec. I-12575), apartado 85.

13 — Véase Prechal, S., «Access to equality: An introduction», *Access to equality between men and women in the European Community,* Bruselas 1993, pp. 1 y 2, y Bieback, K.-J., *Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts,* Baden-Baden 1997, pp. 22 y 23. Tal como declara Bieback, K.-J., *Europäisches Sozialrecht,* 5ª ed., Baden-Baden 2010, p. 535, marginal 1, no resulta fácil distinguir entre la retribución habitual y las prestaciones de los regímenes profesionales de seguridad social, y éstos a su vez no se distinguen fácilmente de los regímenes legales/estatales, máxime habida cuenta de que, con frecuencia, los regímenes profesionales dependen en gran medida de los regímenes estatales, sin los cuales carecerían de una normativa adecuada.

Entre las normas comunitarias aprobadas se encuentra la Directiva 79/7, pertinente para resolver el presente asunto, dedicada a regular la faceta jurídico-social de esta fase de la vida, y que, por lo tanto, complementa en cierto modo las prescripciones del artículo 141 CE. Debido principalmente al carácter complementario de sus disposiciones en materia de seguridad social y a las por aquel entonces aún insuficientes competencias de la Unión en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad social, la Directiva 79/7 fue adoptada sobre la base de la competencia general del artículo 308 CE (artículo 352 TFUE).

51. Sin embargo, el Derecho social comunitario ha experimentado un profundo cambio desde entonces, toda vez que, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y en virtud del artículo 13 CE (artículo 19 TFUE) y de los artículos 136 CE y 137 CE (artículos 151 TFUE y 152 TFUE), la Unión goza de una amplia competencia normativa en materia de seguridad social y antidiscriminación, [14] que ha permitido la adopción de numerosas normas comunitarias. No debemos olvidar tampoco la confirmación definitiva del principio de igualdad de género mediante su consagración en los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [15] Estas disposiciones prohíben toda discriminación por razón de sexo e imponen a la Unión y a los Estados miembros el deber de garantizar la igualdad de ambos sexos en todos los sectores cuando apliquen el Derecho de la Unión.

2. Inclusión de la discriminación indirecta

52. La Directiva 79/7 se ha mantenido invariable desde su entrada en vigor. Su relevancia práctica radica principalmente en la prohibición de la discriminación indirecta, mencionada expresamente en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, dado que la discriminación directa ya ha sido eliminada de gran parte de los Derechos sociales nacionales. [16] El presente asunto también versa sobre la sospecha de que la normativa nacional controvertida pudiese contener una discriminación indirecta por razón de sexo, máxime porque de la exposición del órgano jurisdiccional remitente se desprende que el grupo de beneficiarios de pensiones mínimas excluidos

14 — Véase la sentencia de 1 de marzo de 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros (C-236/09, Rec. p. I-773), apartados 18 y 19. Véanse Schiek, D., *Europäisches Arbeitsrecht,* 3ª ed. Baden-Baden 2007, p. 220, y Galantino, L., *Diritto comunitario del lavoro,* Turín 2000, pp. 46 y 47.

15 — DO L 2010, C 83, p. 389.

16 — Véanse Krimphove, D., *loc. cit.,* nota 10 *supra,* p. 140, y Haverkate, G./Huster, S., *Europäisches Sozialrecht – Eine Einführung,* Baden-Baden 1999, marginal 701, p. 399, para quienes la importancia práctica de la Directiva 79/7 radica en el ámbito de la discriminación indirecta, mencionada expresamente en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva.

del aumento extraordinario de las pensiones está integrado principalmente por mujeres, aunque esta normativa no mencione el sexo como criterio de una eventual distinción.

53. No obstante, en primer lugar debe dilucidarse si el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 incluye la actualización de las pensiones prevista en la normativa nacional. Esta consideración preliminar constituye el objeto de la primera cuestión prejudicial. Mediante la segunda cuestión se plantea el interrogante de si, teniendo en cuenta el diferente grado en el que la normativa controvertida afecta a hombres y a mujeres y presumiendo la falta de una justificación objetiva, existe una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si puede justificarse el perjuicio económico que sufre un grupo de pensionistas al que –a diferencia de otros grupos de pensionistas, a los que no se aplica la normativa controvertida– se imputan los demás ingresos propios así como los ingresos del cónyuge con el que forme una unidad familiar. En aras de la claridad, procede examinar las cuestiones prejudiciales en el mismo orden en que se plantean.

54. A mayor abundamiento, procede oponer a la objeción formulada por el Gobierno austriaco de que el Verfassungsgerichtshof austriaco ya declaró infundadas las dudas expresadas por el órgano jurisdiccional remitente acerca de la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con el principio de igualdad –que también comprende la prohibición de discriminación por razón de sexo–, garantizado por el Derecho constitucional, que este hecho resulta irrelevante para el presente procedimiento de decisión prejudicial, dado que en éste se dilucida exclusivamente la cuestión de si el Derecho de la Unión se opone a dicha regulación. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, para asegurar la primacía del Derecho de la Unión el funcionamiento de ese sistema de cooperación requiere que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad. [17]

B. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

55. Según se deduce de lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, es pacífico entre las partes del procedimiento principal que la recurrente en dicho procedimiento, en cuanto pensionista, está incluida en el ámbito personal de aplicación de la Directiva 79/7 y que las disposiciones objeto del litigio también están comprendidas, en principio, en el

17 — Véase la sentencia de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667), apartado 52.

ámbito de aplicación material de la misma. Por el contrario, las partes discrepan acerca de si el principio de igualdad de trato del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 también se aplica al sistema de actualización anual (valorización) de las pensiones previsto en la normativa sobre el seguro legal de pensiones. [18]

56. Irlanda es el único participante en el procedimiento prejudicial que, al parecer, discrepa en cuanto a la extensión del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 al asunto principal. Por esa razón, examinaré por separado este aspecto en mis observaciones. Para ello debe analizarse en primer lugar si la actualización de las pensiones controvertida constituye un régimen legal destinado a brindar protección frente a uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7. Como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, una prestación debe constituir total o parcialmente un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados, o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo, para poder entrar en el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva. [19] En otros términos, es preciso que dicha prestación esté directa y efectivamente vinculada con la protección contra cualquiera de los riesgos enumerados en el apartado 1 de su artículo 3. [20]

57. A este respecto, debe señalarse que esta disposición de la Directiva menciona expresamente, entre otros, los riesgos de «vejez». Entre los regímenes legales destinados a la protección contra este tipo de riesgos se encuentra, sin duda, en primera línea, la pensión de jubilación a la que, por ministerio de la ley, tiene derecho la recurrente en el procedimiento principal. Parte integrante de estos regímenes son también, necesariamente, los incrementos periódicos de dicha pensión de jubilación, como la actualización de las pensiones objeto del presente asunto, los cuales, según indica el órgano jurisdiccional remitente, [21] tienen como finalidad garantizar el valor monetario de las pensiones y mantener su valor adquisitivo, máxime teniendo en cuenta que, según las observaciones presentadas por el Gobierno austriaco, [22] la finalidad legislativa de dichas medidas consiste en proteger a los beneficiarios contra un riesgo típicamente vinculado a la vejez, a saber, la pobreza de las personas mayores. Mediante la actualización sobre la base del respectivo índice de precios al consumo se pretende evitar la reducción de los ingresos necesarios para la manutención o la pérdida de su valor adquisitivo. Por lo tanto, carece de relevancia para la interpretación de la Directiva el hecho de que la misma no mencione expresamente la actualización de las pensiones, dado que el sentido y la finalidad de los artículos 3 y 4 de la misma apuntalan claramente una interpretación a favor de la inclusión de dichas actualizaciones de las pensiones en su ámbito de aplicación material. Resulta difícil defender la existencia

18 — Véase la página 7 de la resolución de remisión.

19 — Véanse las sentencias de 24 de junio de 1986, Drake (150/85, Rec. p. 1995), apartado 21; de 4 de febrero de 1992, Smithson (C-243/90, Rec. p. I-467), apartado 12, y de 16 de julio de 1992, Jackson y Cresswell (C-63/91 y C-64/91, Rec. p. I-4737), apartado 15.

20 — Véase la sentencia de 11 de julio de 1996, Atkins (C-228/94, Rec. p. I-3633). Véase Egger, J., *Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung,* 2ª ed. Viena 2005, p. 323.

21 — Véase la página 16 de la resolución de remisión.

22 — Véase la página 18 de las observaciones escritas del Gobierno austriaco.

de una diferencia esencial entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial. El incremento de la pensión, concebido legalmente como una medida de garantía del valor monetario, constituye, como acertadamente expone la Comisión, [23] únicamente una modalidad del cálculo de la pensión en un año determinado.

58. A favor de esta tesis puede alegarse, entre otros argumentos, que la cantidad mensual reconocida inicialmente en concepto de pensión sirve como base de cálculo para fijar el importe de un aumento porcentual. Además, no debe obviarse que la función propia de la pensión de jubilación, a saber, la protección contra los riesgos de la vejez, perdura tras una actualización del importe. En contra de la postura sostenida por Irlanda, [24] una posterior actualización de la pensión no altera la naturaleza jurídica del derecho de los pensionistas. Por consiguiente, el sistema de actualización de las pensiones está directa y efectivamente relacionado con la protección frente a uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva. La comparación hecha por Irlanda con el régimen del denominado auxilio económico de asistencia social (Income Support) del Reino Unido, que fue analizado en los asuntos Jackson y Cresswell, [25] es incorrecta, ya que dicho auxilio económico constituye una prestación con un claro carácter de ayuda social prestada a trabajadores con salarios reducidos en caso de insuficiencia de los ingresos para cubrir sus necesidades en el sentido del Derecho interno del Reino Unido. Consecuentemente, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7 no resulta aplicable a este tipo de prestaciones. [26] Empero, decididamente, este no es el caso en el litigio principal. La actualización de las pensiones, objeto del presente asunto, es más bien, como el propio nombre indica, una modificación ulterior del importe inicial de la pensión, a fin de adaptar esta última a las nuevas circunstancias.

59. Por consiguiente, la actualización del importe de la pensión, de modo similar a la fijación inicial del mismo, debe ser considerada un «cálculo de las prestaciones» en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva. Cualquier otra interpretación implicaría, en definitiva, suponer la existencia de una laguna normativa de la Directiva, o, presumir que el legislador de la Unión quiso impedir una discriminación entre hombres y mujeres en el marco de la determinación inicial del importe de la pensión, pero no así cuando ésta se actualiza anualmente. Esta conclusión no puede sostenerse, habida cuenta del objetivo

23 — Véase el apartado 18 de las observaciones escritas de la Comisión.

24 — Véanse los apartados 37 y 38 de las observaciones escritas presentadas por Irlanda.

25 — Sentencia citada en la nota 19 *supra*.

26 — *Ibidem*, apartado 22.

de la Directiva de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, mencionado en su primer considerando. En consecuencia, procede desestimar la argumentación de Irlanda.

60. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, procede responder que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación prevista en el apartado 1 de dicha disposición también se aplica al sistema de actualización anual (valorización) de las pensiones establecido en la normativa sobre el seguro legal de pensiones.

C. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

1. Consideraciones generales

61. Como acertadamente indican todas las partes que han intervenido en el procedimiento, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en el ámbito de la política social en lo que respecta a la naturaleza de las medidas de protección social y a sus modalidades concretas de ejecución. [27] Ahora bien, este margen de apreciación no es absoluto, dado que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros unos límites fundamentales que éstos habrán de respetar al ejercer su potestad normativa. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 constituye uno de estos límites. [28] Esta disposición de la Directiva prohíbe la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el marco de diferentes situaciones relacionadas con la concesión de prestaciones de la seguridad social. Habida cuenta de que, como ya se ha señalado anteriormente, la actualización de las pensiones controvertida debe considerarse un «cálculo de las prestaciones» en el sentido de esta disposición, procede examinar a continuación si existe una discriminación en el asunto principal.

2. Formulación neutra de la normativa

62. Cabe descartar *a priori* una discriminación indirecta, dado que, como ya se ha señalado, el incremento de la pensión se concede a todos los pensionistas, sin distinción de sexo.

27 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de febrero de 1996, Laperre (C-8/94, Rec. p. I-273), apartado 18; de 14 de diciembre de 1995, Nolte (C-317/93, Rec. p. I-4625), apartado 33; de 19 de noviembre de 1992, Molenbroek (C-226/91, Rec. p. I-5943), apartado 15, y de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-229/89, Rec. p. I-2205), apartado 19.

28 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Perez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartados 74 y 75; Kutz-Bauer, citada en la nota 12 *supra*, apartados 55 a 57; de 11 de septiembre de 2003, Steinicke (C-77/02, Rec. p. I-9027), apartado 63, y de 18 de enero de 2007, Confédération générale du travail y otros (C-385/05, Rec. p. I-611), apartados 28 y 29.

Esta constatación no es rebatida por ninguna de las partes.

63. Las disposiciones nacionales controvertidas en las que se basa la normativa examinada en el presente asunto no dejan entrever, al menos de manera evidente, su intención de dispensar un trato menos favorable a un grupo de personas de un sexo determinado. El sistema de actualización de las pensiones para el año 2008 se basa en una clasificación de los pensionistas en varias categorías según el importe de las pensiones, actualizando cada una de estas categorías por separado, bien aplicando un porcentaje o incrementándolas en un importe fijo. De la resolución del Verfassungsgerichtshof austriaco de 24 de septiembre de 2009 relativa a la constitucionalidad de la actualización de las pensiones para el año 2008, a la que se remite el Gobierno austriaco en el marco de sus alegaciones, se desprende que esta clasificación responde al principio de «diferenciación social» y que proviene de un acuerdo pactado entre el Gobierno austriaco y el Österreichischer Seniorenrat (Comité Austriaco de Pensionistas), organismo que asume la defensa de los intereses de los pensionistas en este Estado miembro. Al remitirse a los antecedentes históricos y los considerandos determinantes en los que se basa esta reforma, el Gobierno austriaco invoca, en última instancia, su margen de apreciación en materia de actualización de las pensiones. En cualquier caso, se constata que las disposiciones nacionales controvertidas en las que se basa la normativa examinada en el presente asunto están «formuladas de forma neutra» en el sentido de la jurisprudencia, [29] por lo que, en definitiva, se cumple el primer requisito de la presunción de existencia de una discriminación indirecta.

64. Resta examinar la existencia de una discriminación indirecta. Es jurisprudencia reiterada que existe una discriminación indirecta en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 cuando, si bien el trato diferenciado previsto en una disposición nacional no se basa en el sexo, sino que dicha disposición está redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de personas de uno de los sexos, a no ser que la medida controvertida esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo. [30] Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el

29 — En opinión de Egger, J., *loc. cit.,* nota 20 *supra,* p. 323, a estos efectos, posibles formulaciones neutrales empleadas en una normativa son «trabajo a tiempo parcial» o «empleo menor», entre otras. En términos similares se expresa Galantino, L., *loc. cit.*, nota 14 *supra,* p. 194. A juicio de Prechal, S., «Combatting indirect discrimination in community law context», *Legal issues of european integration,* 1993/1, Amsterdam, pp. 84 y 85, una discriminación indirecta puede estar encubierta detrás de formulaciones neutras como, por ejemplo, «restricciones de edad» (porque, afirma, a partir de determinada edad, las mujeres se dedican al cuidado de los hijos), «relaciones laborales a tiempo parcial» (dado que las tareas domésticas no permiten a las mujeres ocupar puestos de trabajo a tiempo completo), «requisitos de formación» (porque, en su opinión, las mujeres no pueden recibir con tanta frecuencia una elevada formación), «constitución física», «movilidad geográfica», etc.

30 — Véanse, entre otras, las sentencias Jørgensen, citada en la nota 12 *supra,* apartado 29; de 26 de septiembre de 2000, Kachelmann (C-322/98, Rec. p. I-7505), apartado 23; de 9 de septiembre de 2003, Rinke (C-25/02, Rec. p. I-8349), apartado 33; Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra,* apartado 67, y de 12 de octubre de 2004, Wippel (C-313/02, Rec. p. I-9483), apartado 43.

objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin. [31]

65. Conforme a esta definición, deberán examinarse los problemas suscitados determinando, en primer lugar, si existe una diferencia de trato entre hombres y mujeres. En caso afirmativo, habrá de examinarse a continuación, si dicha diferencia de trato está justificada. [32]

3. Diferencia de trato entre hombres y mujeres

66. De acuerdo con los criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia para acreditar la existencia de una discriminación indirecta, ha de averiguarse a continuación si la normativa controvertida «produce efectos más desfavorables» [33] para las mujeres pensionistas que para los hombres pensionistas. Ahora bien, debe recordarse a este respecto que el Tribunal de Justicia no considera discriminatoria toda diferencia de trato de escasa entidad. De un análisis pormenorizado de la jurisprudencia dictada hasta la fecha se infiere que, para afirmar la existencia de una diferencia de trato relevante, el Tribunal de Justicia exige que se sobrepase un determinado «umbral de relevancia», [34] lo que sucede cuando perjudica «efectivamente a un número mucho mayor» [35] o a un «porcentaje mucho más elevado» [36] de personas de un sexo que a personas del sexo opuesto.

67. Para poder determinar si, en el sentido de la jurisprudencia, en el asunto principal una regulación desfavorable afecta efectivamente a un «porcentaje considerablemente mayor» [37] de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas, es necesario efectuar una apreciación de los hechos, cuya constatación, habida cuenta de su proximidad objetiva y de su conocimiento de las circunstancias específicas del asunto, incumbe, en primera línea, al juez nacional. Al interpretar el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia sólo puede basarse en la descripción del contexto fáctico que resulta de la resolución

31 — Véanse las sentencias Roks y otros, citada en la nota 12 *supra,* apartados 33 y 34; Nolte, citada en la nota 27 *supra,* apartado 28, y Laperre, citada en la nota 27 *supra,* apartado 14. Thüsing, G., *Europäisches Arbeitsrecht,* p. 69, marginal 5, señala que la figura de la discriminación indirecta, existente cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una característica determinada, respecto de otras personas, sin que esta disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios (véase la definición recogida en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78 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), fue desarrollada en un primer momento en el marco de la libre prestación de servicios, antes de que mediante la sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911) se extrapolase a la discriminación por razón de sexo.

32 — Se corresponde, en esencia, con el esquema de examen propuesto por Haverkate, G./Huster, S., *loc. cit.*, nota 16 *supra,* marginal 701, p. 399.

33 — Véanse las sentencias Seymour-Smith y Perez, citada en la nota 28 *supra,* apartado 58, y Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra,* apartado 69.

34 — En este sentido, Steiner, J., «The principle of equal treatment for men and women in social security», *Sex equality law in the European Union,* p. 123, nota 69, quien señala que, si bien el Tribunal de Justicia aún no ha fijado el umbral a partir del cual los efectos de una normativa pueden considerarse desproporcionados, todo parece indicar que una premisa de dicha apreciación es la divergencia sustancial entre los porcentajes de mujeres y hombres afectados.

35 — Véanse las sentencias de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, Rec. p. I-6401), apartado 76; de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243), apartado 34, y de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón (C-537/07, Rec. p. I-6525), apartado 54.

36 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 30 *supra.*

37 — Véase la sentencia Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra,* apartado 71.

de remisión y de las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia. [38]

68. Los elementos fácticos más importantes se resumen en la segunda cuestión prejudicial. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente añade que, a su juicio, se ha producido una discriminación de los pensionistas afectados por la actualización de las pensiones para el año 2008, en la medida en que las pensiones inferiores al nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio (747 euros) únicamente fueron aumentadas en un 1,7 %, mientras que a las pensiones por importe de entre 747 euros y 2.160 euros se aplicó un incremento superior. Según los datos estadísticos presentados en el procedimiento principal, un total de 1.325.762 personas (614.293 varones y 711.469 mujeres) en el ámbito de aplicación de la ASVG percibían una pensión por cotizaciones propias (pensiones por derecho propio). En el grupo de los pensionistas un total de 562.463 personas percibían una pensión de hasta 750 euros mensuales (denominada pensión mínima), percibiendo 408.910 mujeres y 153.553 varones una pensión de hasta dicho importe. De ello resulta que dentro del grupo de las mujeres pensionistas, la cuota de personas que perciben una pensión de hasta 750 euros mensuales es del 57 %. Por el contrario, dentro del grupo de los varones pensionistas la cuota de personas con una pensión mínima (de hasta 750 euros mensuales) es del 25 %. Por lo tanto, el porcentaje de mujeres que en definitiva resultan perjudicadas por la actualización de las pensiones para el año 2008 es aproximadamente 2,3 veces superior al de los varones. [39]

69. El órgano jurisdiccional remitente afirma que, puesto que el Tribunal de Justicia no ha establecido hasta la fecha el límite mínimo a partir del cual se considera que existe una discriminación indirecta, resulta necesario preguntarle en el presente asunto cuándo, con arreglo al Derecho de la Unión, se causa un perjuicio notablemente superior al sexo femenino en el sentido de una discriminación indirecta por razón de sexo. Es cierto, como señala el órgano jurisdiccional remitente, que el Tribunal de Justicia hasta ahora ha renunciado a fijar un valor umbral o una divergencia porcentual mínimos a partir de la cual existe una discriminación tipificada. [40] Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la Directiva 79/7 no permite

38 — Véanse las sentencias Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra*, apartado 71; Molenbroek, citada en la nota 27 *supra*, apartado 12; Jackson y Cresswell, citada en la nota 19 *supra*, apartado 3, y de 11 de junio de 1987, Teuling (30/85, Rec. p. 2497), apartado 14.

39 — Véase la página 10 de la resolución de remisión.

40 — Prechal, S., *loc. cit.*, nota 29 *supra*, pp. 85 y 68, también comparte esta apreciación. A juicio de la autora, es, no obstante, comprensible, máxime porque en algunas de las peticiones de decisión prejudicial dirigidas al Tribunal de Justicia, los órganos jurisdicciones remitentes ya habían constatado, por ejemplo, que determinada medida afectaba «en mayor medida a las mujeres», o formularon las cuestiones prejudiciales presumiendo la existencia de una diferencia de trato. Asimismo señala que, con arreglo al reparto de competencias entre el Tribunal de Justicia y el juez nacional, incumbe a éste último apreciar los elementos fácticos del litigio principal, si bien esto no impide al Tribunal de Justicia aportar al órgano jurisdiccional remitente datos útiles sobre cómo apreciar dichos elementos fácticos.

llegar a conclusiones precisas. Por el contrario, en las sentencias sobre el artículo 141 CE, en asuntos relativos a normativas discriminatorias para los trabajadores a tiempo parcial, figuran porcentajes concretos del sexo discriminado. Así, por ejemplo en el asunto Hill y Stapleton, [41] el Tribunal de Justicia declaró que el 99,2 % de los «Clerical Assistants» que ejercen su actividad a tiempo compartido, así como el 98 % de los trabajadores por cuenta ajena empleados en la Función Pública en el marco de contratos a tiempo compartido eran mujeres. En el asunto Schröder, [42] el porcentaje de los trabajadores a tiempo parcial era del 95 %, y en el asunto Voß, [43] el 88 % de los profesores empleados a tiempo parcial por el Land Berlin eran mujeres. Lo mismo cabe decir en relación con el asunto Schönheit y Becker, [44] en el que el porcentaje de trabajadoras a tiempo parcial de la Administración general del Estado de Hesse ascendía a aproximadamente el 87,9 %.

70. Ciertamente, estos ejemplos no son completamente irrelevantes para la interpretación de la Directiva 79/7. No obstante, y en definitiva, como reconoce expresamente el Gobierno austriaco, los mismos no aportan un criterio concluyente sobre el porcentaje a partir del cual debe presumirse la existencia de una diferencia de trato relevante en el sentido de la jurisprudencia. Este modo de proceder obviaría la complejidad de la apreciación, máxime porque tanto los elementos de Derecho como los elementos fácticos relevantes varían considerablemente entre un supuesto y otro. Por regla general, resulta prácticamente imposible indicar porcentajes exactos, dado que la apreciación también puede depender de las cifras absolutas y de la intensidad de las respectivas repercusiones. [45] Por esta razón, considero indispensable efectuar una apreciación individual, tal como ha venido haciendo el Tribunal de Justicia en el marco de su función competencia hermenéutica en cada uno de los asuntos.

71. Las objeciones hechas por el Gobierno austriaco [46] contra la consideración del respectivo porcentaje de afectación de ambos sexos no son convincentes. En la medida en que el Gobierno austriaco denuncia una pérdida de la autonomía de los Estados miembros en materia de configuración de su política social, pasa por alto, en primer lugar, que con este planteamiento se trata exclusivamente de dilucidar la lógica cuestión previa sobre si tiene lugar una diferencia de trato entre los sexos, lo cual no implica necesariamente que exista una discriminación prohibida. Según se desprende claramente de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada, existe una discriminación prohibida cuando la medida controvertida no está justificada por factores objetivos y ajenos a toda

41 — Sentencia de 17 de junio de 1998 (C-243/95, Rec. p. I-3739).

42 — Sentencia de 10 de febrero de 2000 (C-50/96, Rec. p. I-743).

43 — Sentencia de 6 de diciembre de 2007 (C-300/06, Rec. p. I-10573).

44 — Sentencia citada en la nota 12 *supra,* apartado 35.

45 — En este sentido, Haverkate, G./Huster, S., loc. cit., nota 16 *supra,* apartado 16, marginal 706, p. 400.

46 — Véase el apartado 22 de las observaciones escritas presentadas por el Gobierno austriaco.

discriminación por razón de sexo. [47] En segundo lugar, el Gobierno austriaco también pasa por alto que las competencias normativas en materia de política social, que tanto los Tratados como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconocen a los Estados miembros, están limitadas, como ya se ha señalado, entre otros por el principio de igualdad de trato. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia siempre ha señalado acertadamente que el ejercicio de estas competencias no puede tener como efecto vaciar de contenido la aplicación de un principio tan fundamental del Derecho de la Unión. [48]

72. En lo que atañe a la cuestión crucial de si en el asunto principal se ha sobrepasado el umbral de pertinencia, considero que, en conclusión, debe responderse afirmativamente a esta cuestión, dado que el porcentaje de mujeres beneficiarias de una pensión mínima, cuya pensión se incrementó únicamente en un 1,7 % (en comparación con las pensiones de entre 747 euros y 2.160 euros), es más del doble del porcentaje de hombres beneficiarios de pensiones mínimas. Por lo tanto, las mujeres predominan entre los pensionistas a los que el Estado austriaco concede únicamente una ayuda mínima (sin tener en cuenta el suplemento compensatorio), lo cual constituye de por sí un indicio de la existencia de una diferencia de trato. Por lo tanto, considero fundada la sospecha de discriminación expresada por el órgano jurisdiccional remitente.

73. Esta conclusión es certera si se parte únicamente de los efectos del aumento de las pensiones. Ahora bien, la misma no tiene en cuenta los posibles efectos ventajosos del suplemento compensatorio, al que se remite el Gobierno austriaco en reiteradas ocasiones en sus declaraciones. En su jurisprudencia actual, [49] el Tribunal de Justicia parece optar por prescindir de los efectos ventajosos de un régimen de seguridad que pudiesen compensar los perjuicios ocasionados por

47 — En este sentido, Bieback, K.-J., *Die unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, loc. cit.*, nota 13 *supra*, p. 102, quien señala que sólo tras analizar y descartar la justificación objetiva puede afirmarse la existencia de una discriminación prohibida. A su juicio, es, por tanto, un error aseverar un trato discriminatorio basándose únicamente en la constatación de la divergencia de las repercusiones negativas. La discriminación tipificada requiere la ausencia de causa justificativa.

48 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 28 *supra*.

49 — Véase la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 34. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre cómo deben proceder los tribunales nacionales en el marco del control jurisdiccional a fin de verificar en el caso concreto el respeto del principio de igualdad de retribución según el artículo 141 CE. A juicio del Tribunal de Justicia, si los órganos jurisdiccionales nacionales estuvieran obligados a proceder a una valoración y a una comparación del conjunto de las gratificaciones de distinto carácter concedidas, según los casos, a los trabajadores masculinos o femeninos, el control jurisdiccional sería difícil de realizar y la eficacia del principio de igualdad de retribución se vería disminuida en la misma medida. Según el Tribunal de Justicia, ello quiere decir que una verdadera transparencia, que permita un control eficaz, sólo se garantiza si el principio de igualdad de retribución se aplica *a cada uno de los elementos* de la retribución concedida respectivamente a los trabajadores masculinos y femeninos.

determinada medida de política social, [50] centrándose, por el contrario, en los efectos de dicha medida concreta y analizando la misma de forma aislada. Por lo tanto, en el marco del análisis de una situación en la que se produce una diferencia de trato, este planteamiento no permite, en principio, tener en cuenta, además de los efectos del aumento de las pensiones, los efectos del suplemento compensatorio. Con mayor motivo debe ignorarse el hecho resaltado por el Gobierno austriaco en el marco de la vista de que, según el Derecho fiscal nacional, sólo están sujetos a tributación los ingresos superiores a 1.000 euros, lo que, a su juicio, implica que los beneficiarios de pensiones mínimas disfrutan de una situación económica más ventajosa que los perceptores de pensiones más altas.

74. Sin embargo, no es necesario dilucidar si debería secundarse este planteamiento, ya que, en definitiva, la resolución del asunto principal no depende del enfoque dado, porque, en cualquier caso, se llega a la misma conclusión. A continuación, indicaré las razones que avalan esta afirmación incorporando en mi análisis, con carácter ilustrativo, los efectos del suplemento compensatorio. Partiendo igualmente de los datos estadísticos aportados por el órgano jurisdiccional remitente de los que se desprende cuántas personas dentro del grupo de pensionistas perceptores de pensiones mínimas no tienen derecho a un suplemento compensatorio (al imputárseles los ingresos del cónyuge con el que forman una unidad familiar) y, por ende, no disfrutan del aumento del nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio en el marco de la actualización de las pensiones para el año 2008, se llega a la conclusión de que el número de mujeres perceptoras de pensiones mínimas es claramente mayor. [51] En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente hace expresa referencia a esta conclusión. [52]

75. Por lo tanto, tomando como base ambos criterios (percepción de una pensión mínima pero no del suplemento compensatorio) se constata que la gran mayoría de las personas afectadas son mujeres. De ello se infiere que la concesión de un suplemento compensatorio no palia el trato menos favorable dado a las mujeres frente al grupo de personas perceptoras de pensiones más elevadas ni tampoco la diferencia de trato frente a los hombres perceptores de pensiones mínimas. Por lo tanto, si, como sostiene el órgano jurisdiccional remitente, se considera que el reducido aumento de las pensiones mínimas en comparación con las pensiones de entre 747 euros y 2.160 euros implica un trato discriminatorio, la sobrerrepresentación de las mujeres entre los pensionistas entraña una diferencia de trato entre los sexos.

50 — Haverkate, G./Huster, S., *loc. cit.*, nota 16 *supra*, marginal 703, p. 400, comparten, al parecer, esta interpretación de la jurisprudencia. A su juicio, de la misma se infiere que, hasta la fecha, el Tribunal de Justicia deniega la posibilidad de compensar un perjuicio con otros efectos ventajosos del régimen de seguridad social.

51 — Basándose en los datos estadísticos aportados por el órgano jurisdiccional remitente, la medida afectaría al 47 % de las mujeres (336.305 de un total de 711.469) y al 14 % de los hombres (89.387 de un total de 614.293) pensionistas.

52 — Véase la página 15 de la resolución de remisión.

4. Conclusión parcial

76. Como conclusión parcial cabe afirmar que existe una diferencia de trato entre los sexos. Ahora bien, sólo existiría una discriminación indirecta en caso de que no exista una justificación objetiva. Si se presume, como lo hace el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión prejudicial, que, en el asunto principal, no existe ninguna razón objetiva que justifique dicha diferencia de trato, debería apreciarse asimismo, por razones de coherencia, que la normativa controvertida en la que se basa la diferencia de trato, supone una discriminación en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, y es, por consiguiente, contraria a esta disposición de la Directiva.

77. Por lo tanto, procede responder a la segunda cuestión en el sentido de que el artículo 4 de la Directiva 79/7 se opone a una disposición nacional sobre la actualización anual de las pensiones que establece para un determinado grupo de beneficiarios de pensiones mínimas un incremento potencialmente inferior al previsto para otros beneficiarios de pensiones, en la medida en que dicha norma afecta de manera negativa a un 25 % de los pensionistas y a un 57 % de las pensionistas y no existe una razón objetiva que lo justifique.

D. *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

1. Justificación de la diferencia de trato

a) Existencia de razones de justificación

78. Para poder apreciar si en el procedimiento principal efectivamente no existe una razón objetiva, es necesario analizar previamente la tercera cuestión prejudicial, en la cual se plantea explícitamente esta cuestión jurídica.

79. Es cierto que, por un lado, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiterada jurisprudencia que corresponde, en definitiva, al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si y en qué medida se justifica por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el sexo, una disposición legal cuyo ámbito de aplicación, aun siendo independiente del sexo del trabajador, afecta de hecho a un número

mayor de mujeres que de hombres. [53] Sin embargo, por otro lado, el Tribunal de Justicia también ha declarado al respecto que él ha de facilitar respuestas útiles al juez nacional y, por tanto, puede proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones escritas y alegaciones que le hayan sido presentadas, que puedan permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución, aun cuando, en el marco de una remisión prejudicial, corresponde a este último comprobar la existencia de tales razones objetivas en el caso concreto del que conoce. [54]

80. Corresponde, en principio, al Estado miembro autor de la normativa o a la parte en el procedimiento principal que la invoque probar ante el órgano jurisdiccional nacional la existencia de razones objetivas y ajenas a cualquier discriminación basada en el sexo que permitan justificar dicha normativa. [55] En la sentencia Schönheit y Becker, [56] el Tribunal de Justicia aclara que una diferencia de trato entre hombres y mujeres puede estar justificada, en su caso, por razones distintas de las invocadas en el momento en que se adoptó la normativa por la que se introdujo. En su resolución de remisión, el juez nacional señala una serie de razones justificativas [57] alegadas por la Pensionsversicherungsanstalt recurrida en el procedimiento principal. El Gobierno austriaco se ha hecho eco de esta argumentación implícitamente para los fines del presente procedimiento prejudicial, pronunciándose en detalle, en su condición de representante constitucional de la República de Austria, sobre estas razones justificativas. Las razones invocadas para justificar la diferencia de trato se refieren a la menor edad de jubilación de las mujeres, la mayor duración del período en que las mujeres perciben una pensión y el incremento extraordinario del suplemento compensatorio.

81. Para los fines del presente procedimiento prejudicial procede examinar a continuación estas razones con objeto de comprobar si pueden considerarse factores objetivos en el sentido de la jurisprudencia justificativos de una diferencia de trato. Debe dilucidarse asimismo si las mismas son idóneas, necesarias y proporcionadas para la consecución del objetivo perseguido con la reforma de las pensiones, a saber, el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones de jubilación. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida es idónea para alcanzar el objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y

53 — Véanse las sentencias de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartado 15; Seymour-Smith y Perez, citada en la nota 28 *supra,* apartado 67, así como Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra,* apartado 82.

54 — Véanse las sentencias de 7 de marzo de 1996, Freers y Speckmann (C-278/93, Rec. p. I-1165), apartado 24; Seymour-Smith y Perez, citada en la nota 28 *supra,* apartado 68; Kutz-Bauer, citada en la nota 12 *supra,* apartado 52, y Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra,* apartado 83.

55 — Véanse las sentencias Seymour-Smith y Perez, citada en la nota 28 *supra,* apartado 69; Kutz-Bauer, citada en la nota 12 *supra,* apartado 62, y Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra,* apartado 87.

56 — Sentencia Schönheit y Becker, citada en la nota 12 *supra,* apartado 86.

57 — Como acertadamente indica Bieback, K.-J., *Die unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts*, *loc. cit.*, nota 13 *supra,* p. 98, atendiendo a las circunstancias procesales, el Tribunal de Justicia, a diferencia de un tribunal constitucional nacional, no puede examinar todas las razones justificativas posibles sino que debe concentrarse en las razones alegadas por las partes en el procedimiento.

sistemática. [58] Una medida es necesaria cuando, entre varias medidas apropiadas para la consecución del fin perseguido, es la que resulta menos gravosa para los intereses o el bien jurídico afectados. [59] Existe una limitación desproporcionada del derecho a la igualdad de trato cuando, pese a su contribución al alcance del objetivo de interés general, la medida nacional conduce a una injerencia excesiva en el derecho a la igualdad de trato.

b) Examen de las razones de justificación

i) Menor edad de jubilación de las mujeres

82. La recurrida en el procedimiento principal alega como razón de justificación que los períodos de cotización que se tienen en cuenta por término medio para el cálculo de las pensiones son considerablemente inferiores en el caso de las mujeres –debido a la menor edad de jubilación de éstas–, por lo que la pensión calculada conforme al principio de cotización tiene que ser inferior.

83. La decisión de un Estado miembro de fijar diferentes edades de jubilación para hombres y para mujeres supone, en principio, el ejercicio de una prerrogativa de poder público que, como tal, no contradice la Directiva 79/7, dado que su artículo 7, apartado 1, reconoce expresamente a los Estados miembros la facultad de excluir este aspecto del ámbito de aplicación de la Directiva. [60] En lo que a la cuestión de la justificación se refiere, considero, al igual que el órgano jurisdiccional remitente, que, debido a los principios estructurales de los sistemas de seguro que se financian por cotizaciones, está, en principio, justificado objetivamente que las prestaciones de dichos sistemas guarden relación con la cuantía y la duración de las cotizaciones. Habida cuenta de que, según las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, es evidente que la normativa austriaca sobre el seguro legal de pensiones también se basa en un concepto contributivo de las pensiones de jubilación, parece objetivamente justificado que, bajo determinadas circunstancias, las mujeres aseguradas, debido a la cuantía inferior de sus cotizaciones y a la reducción del período de cotización por jubilarse antes,

58 — Véanse las sentencias de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C-384/08, Rec. p. I-2055), apartado 51, y de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Rec. p. I-10821), apartado 42.

59 — Sentencia de 11 de julio de 1989, Schräder (265/87, Rec. p. 2237), apartado 21. En opinión de Prechal, S., *loc. cit.*, nota 29 *supra*, p. 89, al examinar la justificación de una discriminación indirecta debe averiguarse si existía otra posibilidad no discriminatoria o menos discriminatoria de alcanzar el objetivo perseguido.

60 — En este sentido, Guggenbühl, A./Leclerc, S., *Droit social européen des travailleurs salariés et indépendants*, Bruselas 1995, p. 466.

dispongan de una pensión inferior a la de los varones asegurados.

84. No obstante, como acertadamente señalan el órgano jurisdiccional remitente [61] y la Comisión, [62] no resulta evidente qué relación existente entre el hecho de que el seguro de pensiones se financie mediante cotizaciones, por un lado, y el incremento extraordinario de las pensiones, discriminatorio con los perceptores de pensiones mínimas, por otro. De las indicaciones realizadas por el órgano jurisdiccional remitente se infiere que la actualización anual de las pensiones objeto del presente litigio no es parte de una prestación cuyo importe guarde relación con la cuantía y la duración de las cotizaciones efectuadas hasta el momento. Antes bien, como he expuesto al principio, la actualización anual de las pensiones se basa en la idea de mantener el poder adquisitivo de las pensiones adaptándolas a los precios al consumo. Pues bien, no veo por qué el poder adquisitivo de las pensiones de las mujeres que, debido al período de cotización reciben pensiones de cuantía más reducida, no debe mantenerse. Tal y como se desprende de la resolución de remisión, las únicas pensiones que no fueron objeto del incremento extraordinario fueron aquellas inferiores al nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio. Si, además, se tiene en cuenta que el período de cotización más corto de las mujeres ya se refleja en la concesión de rentas más bajas, no existe ninguna razón objetiva que justifique que se tenga nuevamente en cuenta en detrimento de las mujeres perceptoras de pensiones mínimas para negarles una ampliación extraordinaria de sus pensiones.

85. Por lo tanto, el período reducido de cotización de las mujeres beneficiarias relacionado con la edad más baja de jubilación no puede justificar el inferior incremento de las pensiones mínimas previsto en la actualización de las pensiones para 2008 ni la desventaja considerable resultante de ello para las mujeres pensionistas.

ii) Mayor duración del período en que las mujeres perciben una pensión

86. Otra razón alegada para justificar la diferencia de trato es la mayor duración del período en que las mujeres perciben una pensión como consecuencia de su mayor esperanza de vida. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [63] la justificación del trato menos favorable dado a uno de los sexos exige que se base en factores objetivos «ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». Ahora bien, a diferencia de la opinión defendida por el órgano jurisdiccional remitente [64] y por la Comisión, [65] esta razón de justificación no es

61 — Véase la página 13 de la resolución de remisión.

62 — Véanse los apartados 34 y 35 de las observaciones escritas presentadas por la Comisión.

63 — Véase el punto 64 de las presentes conclusiones y la jurisprudencia citada en la nota 30 *supra*.

64 — Véase la página 14 de la resolución de remisión.

65 — Véase el apartado 41 de las observaciones escritas presentadas por la Comisión.

ilegítima por el mero hecho de que, por término medio, la esperanza de vida de las mujeres es mayor que la de los varones, de manera que, en caso de que éste fuese el criterio relevante, las mujeres podrían estar sobrerrepresentadas. Si bien es cierto que este aspecto podría jugar un papel importante a la hora de constatar la existencia de una diferencia de trato, el mismo no prejuzga la cuestión de la justificación, que, no obstante, debe someterse a un análisis separado. Para ello habría de considerar la esperanza de vida un factor no objetivo en el sentido de la jurisprudencia.

87. Es cierto que, en las sentencias Neath [66] y Coloroll Pension Trustees, [67] el Tribunal de Justicia constató que, a efectos de la financiación de los sistemas de pensiones controvertidos, uno de los factores actuariales aplicados era la diferente expectativa de vida de hombres y mujeres. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no se pronunció acerca de la compatibilidad de ese factor con la prohibición de discriminación por razón de sexo que establece el Derecho de la Unión. [68] En ambas sentencias, el Tribunal de Justicia sólo señaló, a título de *obiter dicta,* que las aportaciones de los trabajadores a planes de pensiones de empresa, comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 CEE, apartado 1, constituían un componente de la retribución y su importe debía ser, por tanto, el mismo para todos los trabajadores, hombres o mujeres. [69] Empero, de esta declaración no se infiere que el Tribunal de Justicia considere la expectativa de vida un factor no objetivo para el cálculo de las pensiones de jubilación.

88. Pero, en definitiva, para los efectos del presente procedimiento no es preciso despejar esta duda, ya que es evidente que entre la duración del período de percepción de la pensión, por un lado, y la exclusión del beneficio del aumento extraordinario de la pensión, por otro, no existe ninguna relación. Esto resulta patente si se tiene en cuenta que el grupo de los pensionistas beneficiados con el aumento extraordinario de su pensión también incluye mujeres. El motivo por el que las mujeres quedan excluidas del beneficio del aumento extraordinario de las pensiones no es que su esperanza de vida sea distinta a la de las mujeres perceptoras de pensiones mínimas, sino porque la cuantía de sus pensiones es ya desde un principio más alta. Como he explicado más arriba, no entiendo por qué no debe mantenerse también el poder adquisitivo de las pensiones mínimas. Por lo tanto, la mayor duración del período en que las mujeres perciben una pensión no puede alegarse

66 — Sentencia de 22 de diciembre de 1993 (C-152/91, Rec. p. I-6935), apartado 24.

67 — Sentencia de 28 de septiembre de 1994 (C-200/91, Rec. p. I-4389), apartado 74.

68 — Véase el punto 55 de las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 30 de septiembre de 2010 en el asunto Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros (sentencia citada en la nota 14 *supra).*

69 — Sentencias Neath, citada en la nota 66 *supra,* apartado 31, segunda frase, y Coloroll Pension Trustees, citada en la nota 67 *supra,* apartado 80, segunda frase.

como razón de justificación de una diferencia de trato.

iii) Aumento extraordinario de los valores de referencia a efectos del suplemento compensatorio

89. Finalmente, debe analizarse si el menor incremento de las pensiones mínimas establecido en el marco de la actualización de las pensiones para el año 2008 y el subsiguiente hecho de que la valorización de las pensiones perjudica principalmente a mujeres pensionistas puede justificarse con el aumento extraordinario del valor de referencia a efectos del suplemento compensatorio.

— Existencia de un objetivo legítimo de política social

90. La justificación de una medida también debe analizarse desde el punto de vista de su coherencia con el objetivo perseguido realmente por el legislador con la normativa, y para cuya realización fue adoptada en definitiva.[70] Por tanto, antes de analizar esta causa de justificación es necesario recordar brevemente la finalidad legislativa de la normativa controvertida.

91. El Gobierno austriaco invoca como finalidad de la ampliación de las pensiones la necesidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, lo cual constituye en sí mismo un objetivo legítimo de política social. El aumento de las pensiones propiamente dicho no debe confundirse con el mecanismo del suplemento compensatorio, cuya función consiste, según indica el Gobierno austriaco, en apoyar a aquellas personas que, debido a la corta duración del período de cotización o a los escasos ingresos obtenidos durante su vida laboral, perciben una renta de escasa entidad.[71] El suplemento compensatorio se financia con fondos públicos. En la sentencia Skalka,[72] el Tribunal de Justicia atribuyó por este motivo al suplemento compensatorio el carácter de asistencia social y lo clasificó como una prestación especial de carácter no contributivo en el sentido del artículo 4, apartado 2 *bis* del Reglamento nº 1408/71. En la medida en que el suplemento compensatorio reviste el carácter de asistencia social porque tiene como finalidad garantizar un mínimo de subsistencia en caso de insuficiencia de la

70 — El Tribunal de Justicia resaltó la exigencia de coherencia recientemente en la sentencia Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros, citada en la nota 14 *supra*, apartado 21, respecto a la actividad reguladora del legislador de la Unión.

71 — Véanse los apartados 8 y 9 de las observaciones escritas presentadas por el Gobierno austriaco.

72 — Sentencia de 29 de abril de 2004 (C-160/02, Rec. p. I-5613), apartados 26 y 30.

pensión, persigue un objetivo de política social igualmente legítimo.

— Idoneidad de las medidas para la consecución de los objetivos perseguidos

Sobre la relación de causalidad entre la ampliación de las pensiones y el suplemento compensatorio

92. En la tercera cuestión prejudicial se aborda la justificación de la diferencia de trato en el contexto de la compleja interacción entre el aumento de las pensiones y el suplemento compensatorio. Como ya se ha expuesto, [73] en el marco del análisis de las repercusiones de una medida de política social concreta, el Tribunal de Justicia ha rechazado hasta la fecha traer a colación otras repercusiones ventajosas del régimen de seguridad social que compensen los perjuicios. Ahora bien, aunque el aumento de las pensiones y el suplemento compensatorio son, en realidad, dos instrumentos distintos de la política social nacional, que repercuten de manera diferente en las pensiones de jubilación, existe entre ambos, como explicó de forma convincente el Gobierno austriaco, [74] una relación de causalidad que debe tenerse en cuenta en el marco del examen de la justificación. La necesidad de tener en cuenta las repercusiones del suplemento compensatorio queda patente sobre todo por el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente lo solicita expresamente en su tercera cuestión prejudicial. Debe darse respuesta a esta cuestión, por lo que a continuación analizaré el impacto global de ambos instrumentos.

Falta de coherencia como consecuencia de la confusión de dos instrumentos de política social diferentes

— Distinta naturaleza jurídica de los instrumentos

93. Las dudas suscitadas acerca de la idoneidad de ambas medidas, especialmente acerca de su coherencia con sus respectivos objetivos, se derivan, en primer lugar, del hecho de que tienen una naturaleza jurídica distinta y, por ende, no pueden considerarse intercambiables.

94. En las sentencias Teuling [75] y Molenbroek, [76] el Tribunal de Justicia analizó sendos regímenes nacionales de incremento de las pensiones destinados a garantizar a los

73 — Véase el punto 73 de las presentes conclusiones.

74 — Véanse los puntos 11 y 12 de las observaciones escritas presentadas por el Gobierno austriaco. Véase asimismo la resolución del Verfassungsgerichtshof austriaco, de 24 de septiembre de 2009, p. 34, quien sostiene que «el suplemento compensatorio, como parte integrante del sistema de pensiones del régimen legal de seguridad social, también debe tenerse en cuenta, en su caso, al analizar la constitucionalidad de sus disposiciones».

75 — Sentencia citada en la nota 38 *supra*.

76 — Sentencia citada en la nota 27 *supra*.

beneficiarios un mínimo de subsistencia y que prevén la denegación excepcional de las prestaciones cuando el solicitante dispone de ingresos suficientes, procedentes, por ejemplo, de su cónyuge, y los declaró básicamente compatibles con la Directiva 79/7, aunque como consecuencia de dicha legislación percibían el incremento muchos más hombres que mujeres. [77] Ahora bien, debe observarse que se trataba exclusivamente de medidas destinadas a conceder a los beneficiarios del incremento unos ingresos iguales al mínimo social, [78] por lo que estas medidas revestían, en esencia, el carácter de asistencia social. El Tribunal de Justicia fundamentó la legitimidad de este objetivo en que «la atribución de unos ingresos iguales al mínimo social forma parte de la política social de los Estados miembros, y que éstos disponen de un margen de apreciación razonable en cuanto al tipo de medidas de protección social y a sus modalidades concretas de aplicación». [79]

95. Estos regímenes de incremento de las pensiones analizados por el Tribunal de Justicia en los asuntos mencionados guardan semejanzas con el suplemento compensatorio controvertido en el asunto de autos, en la medida en que también revisten carácter de asistencia social. Para los efectos del presente procedimiento, esta jurisprudencia podría invocarse únicamente para justificar la exclusión del beneficio del suplemento compensatorio en presencia de ingresos suficientes del cónyuge –como es el caso de la recurrente en el procedimiento principal–, pero no para justificar la exclusión de las pensiones mínimas de la actualización extraordinaria de las pensiones, de la que se trata en realidad en el presente asunto. Por tanto, la jurisprudencia anteriormente citada no es directamente extrapolable al asunto principal.

96. En otras palabras, a la luz de esta jurisprudencia, la presencia de medios económicos suficientes puede alegarse para justificar, en su caso, la pérdida del derecho a un suplemento compensatorio, pero no para justificar la exclusión del derecho a una actualización extraordinaria de las pensiones, toda vez que esta última medida no tiene carácter de asistencia social, sino que su naturaleza jurídica es radicalmente distinta.

— Falta de intercambiabilidad entre las medidas

97. En contra de la coherencia de las medidas es posible aducir asimismo la disparidad de los objetivos perseguidos, lo que apuntala a su vez la afirmación de que ambas medidas no son intercambiables.

98. Habida cuenta de las consideraciones del órgano jurisdiccional remitente, se suscitan dudas acerca de si el aumento desproporcionado del valor de referencia a efectos del

77 — Sentencias Teuling, citada en la nota 38 *supra,* apartado 14, y Molenbroek, citada en la nota 27 *supra,* apartado 20.

78 — Véase la sentencia Molenbroek, citada en la nota 27 *supra,* apartado 14.

79 — *Ibidem,* apartado 15.

suplemento compensatorio puede invocarse, en absoluto, como razón justificación objetiva, dado que la finalidad de esta medida es, en realidad, que un mayor número de pensionistas se beneficie del suplemento compensatorio en lugar de concederles un aumento extraordinario de sus pensiones. Según el Gobierno austriaco, el objetivo perseguido por el legislador nacional con esta medida fue que, como consecuencia del reducido aumento de sus pensiones, los pensionistas con ingresos levemente superiores al nivel de referencia se beneficiasen del aumento extraordinario de éste último y, en definitiva, recibiesen un suplemento compensatorio. [80] Por legítima que pueda parecer esta medida de política social, sigue dejando abierta la cuestión de por qué los perceptores de pensiones mínimas no disfrutan del aumento extraordinario de sus pensiones, habida cuenta de que, en realidad, los instrumentos del suplemento compensatorio y la actualización de las pensiones persiguen objetivos de política social diferentes, que no pueden equipararse. [81]

99. En otras palabras, en la medida en que la actualización de las pensiones controvertida en el presente asunto consiste, en esencia, en aumentar de forma extraordinaria el nivel de referencia, pero renunciando al mismo tiempo a la actualización extraordinaria de las pensiones mínimas de manera equivalente al resto de las pensiones, esta actualización de las pensiones no es sino una confusión de medidas con objetivos de política social diferentes. El órgano jurisdiccional remitente también deja entrever esta conclusión en su análisis del sistema de actualización de las pensiones. [82] Dada la divergencia de los objetivos perseguidos resulta incomprensible, por incongruente, que la inaplicación de una medida de política social pueda justificarse objetivamente con la aplicación en su lugar de otra medida de política social distinta.

— Falta de idoneidad respecto al objetivo de mantenimiento del poder adquisitivo

100. Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la aplicación forzada del suplemento compensatorio para apoyar las pensiones de jubilación no consigue en última instancia eliminar la discriminación de los perceptores de pensiones mínimas, dado que, debido a la imputación de los demás ingresos del pensionista así como de los ingresos del cónyuge con el que forme una unidad familiar, finalmente no perciben el suplemento compensatorio. Esta pérdida del derecho a percibir el suplemento compensatorio implica incluso un reforzamiento de la discriminación de las mujeres perceptoras de pensiones mínimas frente al resto de los pensionistas (perceptores de pensiones más elevadas y perceptores varones de pensiones mínimas). Sobre el alcance de la discriminación de las mujeres perceptoras de pensiones mínimas ya me he pronunciado anteriormente, basándome en la información aportada por el órgano jurisdiccional remitente, en el marco

80 — Véase el apartado 11 de las observaciones escritas presentadas por el Gobierno austriaco.

81 — Véanse los puntos 90 y 91 de las presentes conclusiones.

82 — Véase el apartado 16 de la resolución de remisión.

de mis observaciones relativas a la segunda cuestión prejudicial. [83] Por consiguiente, aun presuponiendo un adecuado amplio margen de apreciación de los Estados miembros, [84] es dudoso que un incremento del suplemento compensatorio como el previsto en la normativa controvertida resulte idóneo para mantener el poder adquisitivo de las pensiones mínimas.

— Falta de necesidad de la normativa

101. En cualquier caso, esta discriminación suscita dudas acerca de la necesidad de la actualización de las pensiones para mantener el poder adquisitivo de las pensiones de jubilación atendiendo al principio de diferenciación social, ya que, como de forma convincente señala la Comisión, [85] este objetivo también podría haberse alcanzado aumentando porcentualmente las pensiones por debajo del nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio en la misma medida que las pensiones más altas. De este modo, se habría rozado el objetivo sin motivar una diferencia de trato.

102. En resumen, procede declarar que el mayor número de mujeres pensionistas perjudicadas con la valorización de las pensiones tampoco puede justificarse con el aumento desproporcionado del nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio.

2. Conclusión parcial

103. En vista de las consideraciones anteriores, llego a la conclusión de que en el asunto principal existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

83 — Véanse los puntos 72 y 73 de las presentes conclusiones.

84 — En el punto 61 de las presentes conclusiones ya se ha hecho alusión al amplio margen de apreciación de los Estados miembros en materia de política social. Prechal, S., *loc. cit.*, nota 27 *supra*, p. 87, sostiene que, dada la importancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, los tribunales nacionales no deben aceptar el argumento de que el interés del legislador debe prevalecer sobre este principio. Esta autora reivindica más bien un examen más exhaustivo de las razones de justificación.

85 — Véase el apartado 44 de las observaciones escritas presentadas por la Comisión.

VII. Conclusión

104. Habida cuenta de las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia responder de la siguiente forma a la cuestión planteada por el Oberster Gerichtshof:

«1) El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación prevista en el apartado 1 de dicha disposición también se aplica a un sistema de actualización anual (valorización) de las pensiones establecido en la normativa sobre el seguro legal de pensiones.

2) El artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional sobre la actualización anual de las pensiones que establece para un determinado grupo de beneficiarios de pensiones mínimas un incremento potencialmente inferior al previsto para otros beneficiarios de pensiones, en la medida en que dicha norma afecta de manera negativa a un 25 % de los pensionistas y a un 57 % de las pensionistas, salvo que pueda justificarse con factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

3) En cualquier caso, el trato menos favorable dado a las mujeres pensionistas al calcular el aumento anual de sus pensiones no puede justificarse por la menor edad de jubilación o por la mayor duración de la percepción de la pensión o por el hecho de que el nivel de referencia previsto por el Derecho social para obtener una renta mínima (nivel de referencia a efectos de un suplemento compensatorio) se haya incrementado de manera desproporcionada, cuando las disposiciones relativas a la concesión de una renta mínima prevista por el Derecho social (suplemento compensatorio) prevén que se tengan en cuenta los demás ingresos propios del pensionista así como los ingresos del cónyuge con el que forme una unidad familiar, mientras que, en el caso de los demás beneficiarios de una pensión, el incremento se produce sin que se imputen los demás ingresos propios del pensionista ni los ingresos de su cónyuge.»