CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 4 de mayo de 1994 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Las presentes remisiones prejudiciales son consecuencia de la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, en la cual el Tribunal de Justicia afirmó que

«el artículo 119 del Tratado se opone a que un hombre despedido por causas económicas sólo pueda tener derecho a una pensión con pago diferido a la edad normal de jubilación, mientras que una mujer que se encuentre en las mismas circunstancias tiene derecho a una pensión de jubilación inmediata, debido a la aplicación de un requisito de edad distinto según el sexo, que corresponde a la diferencia prevista por el régimen legal nacional para la concesión de las pensiones de jubilación». [1]

Así pues, de esta sentencia se desprende que tales discriminaciones en los Planes de Pensiones de Empresa (sistema de empleo) deben ser suprimidas. La cuestión fundamental que se plantea en los presentes asuntos gira en torno a la *manera* en que dicha supresión ha de efectuarse. En los dos Planes de Pensiones de que se trata en el presente caso se ha optado por equiparar la edad mínima normal de jubilación de hombres y mujeres.

Antecedentes del asunto C-408/92, Smith y otros

2. La Sra. Smith y las demás demandantes en el litigio principal en el asunto C-408/92 son, o eran, partícipes de un Plan de Pensiones de Empresa (sistema de empleo) convencionalmente excluido del régimen general, el Avdel Pension & Life Assurance Plan (en lo sucesivo, «Plan de Pensiones»), promovido por su empleador, Avdel Systems Ltd.

El Plan de Pensiones se financia, en parte, mediante las aportaciones del empresario y, en parte, a través de las aportaciones de los empleados, consistentes en un 5 % de la base de cotización, menos el importe de las deducciones fiscales. Conforme al Plan de Pensiones, los partícipes tienen derecho a una pensión a la edad normal de jubilación o pueden optar por transformar una parte de la pensión anual en una cantidad en metálico libre de impuestos. En determinadas circuns-

* Lengua original: neerlandés.

1 — C-262/88, Rec. p. I-1889, apartados 35 de los fundamentos de Derecho y 3 del fallo.

tancias, pueden también integrar en el Plan de Pensiones los derechos consolidados a pensión por servicios pasados.

Hasta el 1 de julio de 1991, el Plan de Pensiones establecía que la edad normal mínima de jubilación era de 65 años para los hombres y 60 para las mujeres. El Plan de Pensiones fue modificado con efectos a partir del 1 de julio de 1991, con el fin de fijar la edad normal mínima de jubilación en 65 años, tanto para los hombres como para las mujeres. Según la resolución de remisión, la modificación se aplica tanto a las prestaciones causadas por años de empleo posteriores al 1 de julio de 1991 como a las prestaciones causadas por años de empleo anteriores al 1 de julio de 1991. En concreto, las consecuencias de tal modificación son las siguientes:

a) Si una mujer se jubilara a la edad de 60 años, su pensión estaría sujeta a una minoración actuarial de un 4 % anual por cada año que anticipara su jubilación a los 65 años. Según la antigua disposición, habría percibido la pensión íntegra.

b) Si una mujer abandonara el Plan de Pensiones antes de la edad normal mínima de jubilación, es decir, antes de los 65 años, los derechos consolidados a pensión, que podrían haberse integrado en otro Plan autorizado, o que podrían haber sido aplicados a la suscripción de una póliza de seguros, se calcularían en función de una edad normal mínima de jubilación 65 años.

c) Si una mujer se jubilara a la edad de 60 de años, los derechos consolidados a pensión por servicios pasados con arreglo a una edad de jubilación de 60 años estarían sujetos a una minoración actuarial de un 4 % por cada año que anticipara su jubilación a los 65 años. No obstante, el importe total de estas pensiones no puede situarse por debajo del nivel de una garantía económica suscrita en el momento de la integración de los derechos en el Plan de Pensiones. Ello puede limitar la minoración neta global de tales derechos a pensión.

3. Setenta y ocho empleadas impugnaron las nuevas disposiciones del Plan de Pensiones ante el Bedford Industrial Tribunal (en lo sucesivo, «Industrial Tribunal»). Su demanda se basa, en particular, en el artículo 119 del Tratado CE. Las partes acordaron que se seleccionaran cinco casos individuales como muestra. Estos casos pueden dividirse en tres categorías del siguiente modo:

a) Trabajadoras de edad comprendida entre los 60 y los 65 años, que se jubilaron después del 1 de julio de 1991. Este es el caso de las Sras. Smith, Ball y McHugh. Con-

forme a las nuevas disposiciones, sus pensiones se redujeron, respectivamente, en un 20 %, 8,3 % y 11,28 %.

b) Trabajadoras que aún se hallan en activo y que han integrado en el Plan de Pensiones los derechos a pensión consolidados por servicios pasados. Este es el caso de la Sra. Parker. Si las trabajadoras de esta categoría se jubilaran entre los 60 y 65 años de edad, sus derechos a pensión sufrirían la minoración actuarial del 4 % anual, antes citada, hasta su 65 cumpleaños, sin perjuicio de la garantía económica a la que antes se ha aludido.

c) Trabajadoras que aún se hallan en activo, pero que han abandonado el Plan de Pensiones. Este es el caso de la Sra. Vance, que abandonó voluntariamente el Plan de Pensiones. A pesar de que tiene derecho a una pensión de pago diferido en función de los derechos consolidados cuando era partícipe del Plan, el valor de esta pensión se calcula con arreglo a una edad normal mínima de jubilación de 65 años. [2]

4. Mediante resolución de 2 de noviembre de 1992, el Industrial Tribunal suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Cuando un Plan de Pensiones de Empresa (sistema de empleo) establece diferentes edades normales de jubilación para hombres y mujeres (65 y 60 años, respectivamente), y un empresario pretende, a la luz de la sentencia Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group, eliminar dicha discriminación, ¿es contrario al artículo 119 del Tratado CEE que el empresario fije una edad de jubilación común de 65 años para hombres y mujeres,

i) en relación con las prestaciones del Plan de Pensiones de Empresa percibidas por los empleados causadas por años de trabajo posteriores a la fecha de igualación, que fue el 1 de julio de 1991;

ii) en relación con las prestaciones del Plan de Pensiones de Empresa percibidas por los empleados causadas por años de trabajo al 17 de mayo de 1990, o con posterioridad a esta fecha, pero antes de la fecha de igualación, si ésta fue el 1 de julio de 1991;

2 — La resolución de remisión también menciona una cuarta categoría de trabajadoras que eran partícipes del Plan de Pensiones, pero que habían fallecido. Puesto que ninguno de los litigios principales se refiere a esta categoría, no la analizaré.

iii) en relación con las prestaciones del Plan de Pensiones de Empresa percibidas por los empleados causadas por años de trabajo anteriores al 17 de mayo de 1990, si la fecha de igualación el 1 de julio de 1991?

2) Si la respuesta a la primera pregunta es total o parcialmente negativa, ¿impone el artículo 119 del Tratado CEE alguna obligación al empresario de minimizar las consecuencias adversas para aquellas mujeres cuyas prestaciones se vean afectadas por la decisión del empresario de eliminar la diferencia entre las edades de jubilación?

3) Si la respuesta a la primera pregunta es total o parcialmente afirmativa, ¿puede el empresario, de conformidad con el artículo 119 del Tratado CEE, invocar el principio de justificación objetiva en relación con las necesidades de la empresa, o con las necesidades del Plan de Pensiones de que se trata, para justificar cualquier reducción de las prestaciones pagadas a las mujeres y, si es así, cuáles son los factores relevantes para determinar si se ha acreditado tal justificación objetiva?»

Antecedentes del asunto C-28/93, Van den Akker y otros

5. La Sra. Van den Akker y las demás demandantes en el litigio principal en el asunto C-28/93 son empleadas de personas jurídicas que forman parte del grupo Koninklijke Shell. En virtud de su relación laboral, son partícipes de un Plan de Pensiones de Empresa gestionado por el Stichting Shell Pensioenfonds (Fondo de Pensiones Shell), parte demandada en el litigio principal (en lo sucesivo, «Fondo de Pensiones»).

Hasta el 31 de diciembre de 1984, las disposiciones del Plan de Pensiones distinguían entre trabajadores y trabajadoras, en la medida en que se fijaba la edad normal mínima de jubilación para los trabajadores en 60 años, mientras que para las mujeres se fijaba en 55 años. Como consecuencia de ello, los trabajadores podían participar en el Plan 5 años más que sus colegas femeninos, lo cual les permitía obtener una pensión superior, a pesar de que ambos sexos dejaban de consolidar derechos a pensión un vez completado el número máximo de años de trabajo computables.

A partir del 1 de enero de 1985 se suprimió tal distinción: se fijó la edad mínima normal de jubilación para todos los partícipes del Plan en 60 años. Se estableció el siguiente régimen transitorio. Las trabajadoras que ya eran partícipes del Plan el 1 de enero de 1985, tenían la posibilidad de optar entre

participar en el nuevo Plan y aceptar el aumento de la edad mínima de jubilación de 55 a 60 años o participar en el Plan, pero manteniendo la edad mínima de jubilación en los 55 años. La opción debía efectuarse antes del 31 de diciembre de 1986. A falta de opción expresa a favor de la edad mínima de jubilación de 60 años, se consideraría que la persona afectada había optado por una edad mínima de jubilación de 55 años. Todas las demandantes en el litigio principal optaron implícita o explícitamente por mantener la edad mínima de jubilación en los 55 años.

6. De conformidad con la sentencia Barber, el Fondo de Pensiones consideró necesario modificar las normas del Plan suprimiendo, a partir del 1 de junio de 1991, la posibilidad otorgada a las trabajadoras, a través de la modificación de las normas realizada en 1985, de mantener la edad mínima de jubilación en los 55 años después del 1 de enero de 1985.

En el momento de efectuarse la citada modificación, se establecieron las siguientes normas de compensación. En primer lugar, se calculaba la cuantía de la reducción del valor efectivo de los derechos a pensión consolidados durante el período anterior al 17 de mayo de 1990, derivada de la modificación. A continuación, se compensaba dicha reducción, permitiendo a todo partícipe del Plan optar, como máximo hasta el 1 de diciembre de 1991, por una pensión anticipada (equivalente al valor efectivo), sin aplicar la reducción reglamentaria prevista para los casos de pensiones anticipadas. Si no se realizaba declaración alguna en dicha fecha, se consideraba que la persona interesada había escogido esta opción.

De la resolución de remisión se desprende que el Fondo de Pensiones estaba dispuesto a reconsiderar la modificación, si se demostraba que la no aplicación de esta modificación no implicaría el riesgo de infracción del artículo 119 del Tratado CE. En efecto, el Fondo de Pensiones temía que, si se declaraba la infracción de dicho artículo, los trabajadores masculinos que se hallaran en la misma situación reclamaran, de no aplicarse la modificación, los mismos derechos que los otorgados a sus colegas femeninos por el régimen transitorio adoptado en 1985 y que, en concreto, optaran por una edad mínima de jubilación de 55 años.

7. Los demandantes en el litigio principal consideran que el artículo 119 y la sentencia Barber no hacen indispensable la modificación antes citada y que, por esta razón, debe suprimirse la modificación. Solicitan al Kantongerecht te 's-Gravenhage (en lo sucesivo, «Kantongerecht») que así lo declare.

El Kantongerecht consideró necesario plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«A. En un Plan de Pensiones constituido en el marco de una relación laboral y según el cual a partir del 1 de enero de 1985 la edad de jubilación está establecida a los 60 años tanto para los partícipes masculinos como para los femeninos, ¿es contrario al artículo 119 del Tratado CEE seguir manteniendo a partir

del 17 de mayo de 1990 la edad de jubilación a los 55 años para un grupo limitado de partícipes femeninos, cuando esto último:

a) resulta de un régimen transitorio adoptado con efectos desde el 1 de enero de 1985 (fecha en la que tuvo lugar una modificación de la normativa que equiparó y estableció en los 60 años la edad de jubilación, que anteriormente estaba establecida en los 60 años para los partícipes masculinos y en los 55 años para los femeninos ("el régimen transitorio"), y

b) el régimen transitorio únicamente es aplicable a los partícipes (o futuros partícipes) femeninos ("los perjudicados") que trabajasen para un empresario miembro de la parte demandada tanto el 31 de enero de 1984 como el 1 de enero de 1985, y

c) el régimen transitorio establecía asimismo que los perjudicados podían optar entre una edad de jubilación a los 60 años o a los 55, opción que debía hacerse dentro de un plazo que había ya expirado el 31 de diciembre de 1986 (a más tardar)?

B. A efectos de la respuesta que haya de darse a la cuestión A, ¿tiene alguna relevancia que en los casos en que no se manifestó explícitamente una opción el régimen transitorio establezca que será aplicable la edad de jubilación a los 55 años, o bien que será aplicable la edad de jubilación común a los 60 años?»

¿Es compatible con el artículo 119 del Tratado CE la igualación de la edad mínima de jubilación de los trabajadores y de las trabajadoras, con el fin de dar cumplimiento a la sentencia Barber?

8. A pesar de algunas diferencias entre ambos asuntos, la cuestión central que se plantea ante el Tribunal de Justicia es la misma, es decir, si, y de ser así en qué medida, un Plan de Pensiones de Empresa puede, con el fin de tener en cuenta las consecuencias derivadas de la sentencia Barber, equiparar la edad a la que los interesados pueden hacer valer sus derechos elevando la edad mínima de jubilación de las trabajadoras, en lugar de rebajar la edad mínima de jubilación de los trabajadores. Del asunto Smith se desprende, en particular, que tal medida es perjudicial para las trabajadoras, puesto que, en el futuro, su actividad laboral deberá prolongarse para poder tener derecho a una prestación íntegra del Plan de Pensiones.

Examinaré, en primer lugar, esta cuestión fundamental como cuestión de principio, y, a continuación, responderé a las preguntas planteadas al Tribunal de Justicia en ambos asuntos.

9. Aunque se trate de una cuestión delicada, mi opinión es que la respuesta de *principio* es bastante clara en Derecho comunitario. Señalaré que una cuestión similar ha sido planteada al Tribunal de Justicia en el asunto C-200/91, Coloroll: en este asunto, la High Court of Justice (Chancery Division) desea que se le responda si el principio de igualdad de retribución exige siempre que se aumenten las prestaciones previstas para aquél de los dos sexos que se halle en situación de desventaja o si es compatible con el artículo 119 reducir las prestaciones previstas para el otro sexo. [3] En mis conclusiones de 28 de abril de 1993 en los asuntos Ten Oever, Moroni, Neath y Coloroll, [4] efectué, basándome en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una distinción entre pensiones, dependiendo de que tuvieran su origen en discriminaciones sucedidas en el pasado (tras la sentencia Barber) o de que estuvieran relacionadas con actividades ejercidas tras la aplicación de un nuevo régimen adaptado (como consecuencia de dicha sentencia) al principio de igualdad de trato. Esta distinción debe también efectuarse en los presentes asuntos.

10. En lo que respecta a las prestaciones causadas por períodos de empleo *pasados*, a las cuales se aplicaba un régimen discriminatorio, a la espera de una medida que neutralice dicha discriminación, deben *aumentarse* las prestaciones del grupo de personas del mismo sexo que se halle en una situación de desventaja, con el fin de que se equiparen a las del grupo de personas del mismo sexo que se hallen en situación ventajosa. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación por razón de sexo, el régimen más favorable debe aplicarse asimismo al grupo de personas del mismo sexo menos favorecido, dado que dicho régimen constituye el «único sistema de referencia válido» para la aplicación inmediata del principio de igualdad de trato. [5]

En el marco de la aplicación de esta jurisprudencia, es necesario evidentemente tener en cuenta la limitación en el tiempo de la sentencia Barber. Como el Tribunal de Justicia ha precisado recientemente en sus sentencias Ten Oever, Moroni y Neath, ello significa que

«sólo puede invocarse el efecto directo del artículo 119 del Tratado para exigir la igual-

3 — Esta pregunta figura en el inciso iii del apartado 2 de la primera cuestión planteada en el asunto Coloroll.

4 — Conclusiones presentadas en los asuntos C-109/91, C-110/91, C-152/91 y C-200/91 (Rec. 1993, pp. I-4932 y I-4933), apartado 60.

5 — El Tribunal de Justicia ha desarrollado por primera vez esta tesis en la sentencia de 20 de marzo de 1984, Razzouk y Beydoun/Comisión (asuntos acumulados 75/82 y 117/82, Rec. p. 1509), apartado 19, en cuanto al derecho a la igualdad de trato de los funcionarios europeos femeninos y masculinos. Posteriormente, la utilizó para garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato consagrado en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7 (véase la referencia completa en el nota 11), en tanto el legislador nacional no garantice la aplicación (íntegra) de dicha Directiva: véanse, entre otras, las sentencias de 24 de junio de 1987, Borrie Clarke (384/85, Rec. p. 2865), apartado 12, y de 24 de febrero de 1994, Roks (C-343/92, Rec. p. I-571), apartado 18. En las sentencias Kowalska y Nimz, el Tribunal de Justicia igualmente aplicó esta jurisprudencia en el ámbito del artículo 119 del Tratado CE: sentencias de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartado 19, y de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), apartado 18.

dad de trato en materia de pensiones de empresa respecto de las prestaciones devengadas en virtud de períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, sin perjuicio de la excepción prevista en favor de los trabajadores o de sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado un acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable». [6]

En otras palabras, en el ámbito de las Pensiones de Empresa, la jurisprudencia antes citada, relativa al «único sistema de referencia válido», únicamente puede aplicarse a períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990.

11. La situación es esencialmente distinta en lo que respecta a las prestaciones basadas en un nuevo régimen, adaptado al principio de igualdad de trato y relativo a períodos de empleo *futuros,* es decir, a períodos de empleo cubiertos tras la entrada en vigor de dicho régimen. Opino, junto con Avdel Systems Ltd, el Gobierno del Reino Unido, el Gobierno alemán y la Comisión, que el Derecho comunitario no se opone a una reducción de tales prestaciones, mientras el nivel de éstas sea igual para los trabajadores y las trabajadoras. Emitir una apreciación distinta constituiría una intromisión comunitaria inoportuna en un ámbito político que actualmente es competencia de los Estados miembros, los cuales, como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, «disponen de un margen de apreciación razonable en cuanto al tipo de medidas de protección social y sus modalidades de aplicación concretas». [7]

Contrariamente a lo que las demandantes en los dos asuntos principales mantienen, la sentencia Defrenne II no desmiente esta conclusión. Es cierto que en dicha sentencia el Tribunal de Justicia consideró que, teniendo en cuenta el objetivo social subyacente al artículo 119 —tal y como se traduce en la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los

6 — Sentencias de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879), apartados 20 de los fundamentos de Derecho y 2 del fallo; de 14 de diciembre de 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591), apartados 31 de los fundamentos de Derecho y 3 del fallo; de 22 de diciembre de 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6935), apartados 18 de los fundamentos de Derecho y 1 del fallo.

7 — Sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 27; de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-229/89, Rec. p. I-2205), apartado 22, y de 19 de noviembre de 1992, Molenbroek (C-226/91, Rec. p. I-5943), apartado 15. Véase también la reciente sentencia de 24 de febrero de 1994, Roks, antes citada (nota 5), en la cual el Tribunal de Justicia confirmó, en relación con la Directiva 79/7, que ésta, no obstante, «deja intacta la competencia que reconocen a los Estados miembros los artículos 117 y 118 del Tratado para definir su política social en el marco de una estrecha colaboración organizada por la Comisión y, por tanto, la naturaleza y la amplitud de las medidas de protección social, incluidas las de Seguridad Social, así como las modalidades completas de su ejecución [...]» (apartado 28). En mi opinión, lo mismo sucede con el artículo 119 del Tratado CE.

trabajadores prevista por el artículo 117— [8] era preciso «descartar la objeción basada en que dicho artículo podía cumplirse de otra manera que no fuera elevando los salarios más bajos». [9] Como ya sostuve en las conclusiones de 28 de abril de 1993, antes citadas, [10] es necesario leer este considerando en su contexto: el procedimiento principal se refería a una solicitud de indemnización presentada por la Sra. Defrenne frente a su antiguo empleador, Sabena, a causa de discriminaciones en materia salarial relativas a una actividad que había ejercido durante los diez años precedentes. Por tanto, ha de interpretarse que este considerando únicamente puede referirse a discriminaciones sufridas en el *pasado* en relación con las cuales, como ya he señalado, el Tribunal de Justicia exige que el régimen más favorable se aplique al grupo menos favorecido.

12. Además, el punto de vista que defiendo en este caso ha sido recientemente corroborado por la sentencia Roks. En esta sentencia, el órgano jurisdiccional nacional preguntaba al Tribunal de Justicia si el Derecho comunitario se oponía a la adopción de una normativa nacional que, supeditando el mantenimiento del derecho a una prestación por incapacidad laboral a un requisito relacionado con los ingresos, aplicable en lo sucesivo tanto a los hombres como a las mujeres, priva a estas últimas, en el futuro, de los derechos que para ellas se derivaban, hasta entonces, del efecto directo del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE. [11] En relación con la competencia de los Estados miembros en materia de política social, el Tribunal de Justicia respondió que

«el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro, para controlar sus gastos sociales, adopte medidas que producen el efecto de privar a determinados grupos de personas de prestaciones de Seguridad Social *siempre y cuando estas medidas respeten el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, tal y como se define en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7* [...]». [12]

Lo mismo sucede con la aplicación del artículo 119 del Tratado CE a los Planes de Pensiones de Empresa: esta disposición ciertamente exige la igualdad de retribución entre hombres y mujeres; no obstante, no impone un *nivel* determinado a las futuras prestaciones de Planes de Empresa.

8 — El Tribunal de Justicia ha destacado en numerosas ocasiones que, a pesar de que pueda contener elementos importantes para la interpretación de otras disposiciones de Derecho comunitario, esta disposición posee una naturaleza esencialmente programática y que la materialización de estos objetivos debe ser el resultado de una política social, cuya definición corresponde a las autoridades competentes (véase la sentencia de 29 de septiembre de 1987, Giménez Zaera, 126/86, Rec. p. 3697, apartados 13 y 14). El Tribunal de Justicia lo ha confirmado recientemente en la sentencia de 17 de marzo de 1993, Sloman Neptun (asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. p. I-887), apartados 25 y 26, añadiendo que el artículo 117 no permite el control judicial de la política social definida por los Estados miembros (apartado 27).

9 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne II (43/75, Rec. p. 455), apartado 15.

10 — Punto 60 de las conclusiones.

11 — 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 (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

12 — Sentencia Roks, antes citada, apartado 29 (el subrayado el mío), con remisión a las sentencias de 11 de junio de 1987, Teuling (30/85, Rec. p. 2497), y Comisión/Bélgica, antes citada (nota 7). Efectivamente, este principio ya se formuló en el apartado 22 de la sentencia mencionada en primer lugar y en el apartado 24 de la sentencia mencionada en último lugar, pero sin la frase subrayada.

Respuestas a las cuestiones planteadas en el asunto Smith

13. Aplicado al asunto Smith, este razonamiento proporciona el siguiente resultado. Como el Industrial Tribunal indica acertadamente en su primera cuestión, es necesario realizar una distinción entre tres casos.

Comenzaré por el último de ellos, en el que la edad mínima de jubilación de 65 años es común para los trabajadores y las trabajadoras en relación con las pensiones causadas por *períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990.* Desde el punto de vista del Derecho comunitario, la cuestión está clara: el artículo 119 del Tratado CE no afecta a esta situación, puesto que dicha disposición —al menos en cuanto a las discriminaciones derivadas de diferentes edades mínimas de jubilación— carece de efecto directo en relación con estas prestaciones, y tampoco se puede citar otra regla o principio de Derecho comunitario que exija la adaptación de los Planes de Pensiones de Empresa al principio de igualdad de trato, mediante la fijación de una edad mínima de jubilación común (superior o inferior). Ciertamente, comprendo el punto de vista de las demandantes en el litigio principal y del Gobierno alemán, quienes afirman que un incremento de la edad mínima de jubilación de las mujeres podría suponer un perjuicio para los derechos consolidados integrados en el Plan de Pensiones de Empresa posteriormente modificado. Este problema únicamente puede ser resuelto por el Derecho nacional, dada la inexistencia de normas de Derecho comunitario para el período de que se trata. Además, de las observaciones presentadas por los Gobiernos que actúan como coadyuvantes, se desprende que el Derecho nacional ofrece cierto número de posibilidades: a este respecto, el Gobierno del Reino Unido menciona las normas de Derecho contractual vigentes en dicho Estado y las normas por las que se rigen las instituciones fiduciarias, mientras que el Gobierno alemán se refiere a los principios de su Derecho nacional de protección de la confianza legítima y de los derechos adquiridos («Prinzip des Vertrauens-und Bestandsschutz»), así como a la jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht. [13] Es necesario añadir que Avdel Systems Ltd no puede invocar en modo alguno, para justificar una modificación retroactiva del Plan de Pensiones, las consecuencias económicas de la sentencia Barber, precisamente porque dicha sentencia no se aplica a períodos de empleo anteriores a ella.

14. A continuación, existe la igualación, con la edad más elevada, de la edad mínima de jubilación de los trabajadores y de las trabajadoras, en lo relativo a las pensiones causadas en virtud de *períodos de empleo comprendidos entre el 17 de mayo de 1990 y la fecha de igualación, en el presente caso, el 1 de julio de 1991.* Dado que estos períodos de empleo son posteriores a la sentencia Barber, es necesario aplicar íntegramente en el presente caso la regla derivada de la jurisprudencia

13 — En los apartados 14 y 15 de sus observaciones, el Gobierno alemán se remite, en particular, a lo que se ha dado en denominar la sentencia sobre las «Pensiones de viudedad» («Witwerrenten-Urteil») del Bundesarbeitsgericht de 5 de septiembre de 1989 (3 AZR 575/88; también publicada en *Betriebs-Berater,* 1989, p. 2400, y en *Der Betrieb,* 1989, p. 2615), en la cual se aplicó una *«teoría de los tres niveles»* en relación con la protección de los derechos adquiridos en el marco de la aplicación del principio de igualdad de trato en los Planes privados de pensiones de viudedad. Según esta teoría, un empleador únicamente puede aplicar una igualación retroactiva de las edades mínimas de jubilación, si puede demostrar en concreto la existencia de *razones imperiosas* («zwingende Gründe»), tales como la existencia de una crisis económica, la reducción de una sobreprotección no prevista o un incumplimiento grave de las obligaciones fiduciarias.

cia del Tribunal de Justicia, según la cual el principio de igualdad de trato exige que el régimen que se aplique al grupo de personas del mismo sexo que se halle en situación más ventajosa (en el presente caso, las mujeres) se aplique al grupo de personas del mismo sexo menos favorecido (en el presente caso, los hombres).

Contrariamente a la Comisión —que considera que la cuestión de si el artículo 119 del Tratado CE ha sido respetado, únicamente puede apreciarse según la fecha de pago de la pensión—, [14] considero, por tanto, que el artículo 119 del Tratado CE no permite la igualación, con la edad más elevada, de las edades mínimas de jubilación, en lo que respecta a las prestaciones *causadas* en virtud de dichos períodos de empleo.

15. Finalmente, en lo que respecta a la igualación, con la edad más elevada, de las edades mínimas de jubilación para las prestaciones causadas en virtud de *períodos de empleo posteriores a la fecha de la igualación*, considero, al igual que el Gobierno del Reino Unido y que el Gobierno alemán, por las razones expuestas anteriormente (véanse los puntos 11 y 12), que tal actuación no es contraria al artículo 119 del Tratado CE, siempre que, al menos, se respete íntegramente el principio de igualdad de trato.

16. Este último punto nos lleva a la cuestión planteada por el Industrial Tribunal: aun cuando no se oponga a la igualación, con la edad más elevada, de las edades mínimas de jubilación, ¿exige el artículo 119 del Tratado CE al empleador que limite, tanto como sea posible, las repercusiones negativas para las mujeres cuyas prestaciones se vean afectadas por dicha igualación? La respuesta está clara en cuanto a la igualación relativa a las prestaciones correspondientes a períodos de empleo *anteriores al 17 de mayo de 1990:* en cuanto a este período, del artículo 119 del Tratado CE no se derivan obligaciones para el empleador.

No es necesario examinar en detalle la situación relativa a las prestaciones correspondientes a períodos de empleo situados entre el 17 de mayo de 1990 y la fecha de igualación: como ya he indicado, el artículo 119 se opone, en el presente caso, a una igualación, con la edad más elevada, de las edades mínimas de jubilación.

Pero, ¿qué sucede, entonces, con la igualación para años de empleo *futuros* (es decir, los años posteriores a la fecha de igualación del 1 de julio de 1991, prevista en el Plan)? La Sra. Smith y las demás demandantes en el litigio principal mantienen que, en el presente caso, el empleador está vinculado por el principio de Derecho comunitario de pro-

14 — Durante la vista, el representante de las partes demandantes en el asunto Smith indicó acertadamente que el punto de vista de la Comisión no tenía en cuenta las características intrínsecas de los Planes de Pensiones de Empresa. En efecto, tal y como el Tribunal de Justicia ha señalado en las sentencias Ten Oever (apartado 17), Moroni (apartado 29) y Neath (apartado 14), citadas en la nota 6, los Planes de Pensiones de Empresa poseen un carácter peculiar «consistente en una disociación temporal entre la constitución del derecho a la pensión, que se adquiere progresivamente a lo largo de la carrera del trabajador, y el pago efectivo de la pensión que, por el contrario, se pospone hasta una edad determinada».

porcionalidad. El método escogido para suprimir la discriminación prohibida no puede suponer una disminución de las pensiones de las mujeres más de lo estrictamente necesario para responder a las necesidades de la empresa. Han de tenerse además en cuenta, entre otras cosas, los excedentes de que dispone el Fondo de Pensiones o los métodos alternativos de financiación, tales como el aumento de las aportaciones y el modo en que, en el pasado, el empleador se ha beneficiado del mantenimiento de un Plan de Pensiones discriminatorio (tal y como ha sucedido en el presente caso, dado que Avdel Systems Ltd no ha efectuado aportación alguna desde el 1 de junio de 1989).

Este argumento es infundado. El artículo 119 del Tratado CE obliga al empleador a suprimir toda desigualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. En mi opinión, el principio de proporcionalidad no puede invocarse en perjuicio de la aplicación de una «norma tan fundamental del Derecho comunitario como la de igualdad entre hombres y mujeres». [15]

17. La tercera cuestión planteada en el asunto Smith únicamente requiere una respuesta en relación con el segundo supuesto, a saber, el de pensiones de trabajadores causadas por períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, pero anteriores a la fecha de igualación del 1 de julio de 1991: ¿puede, no obstante, el empleador elevar la edad mínima de jubilación de las mujeres en lo que respecta a dicho período y, por consiguiente, disminuir sus prestaciones *cuando* puede alegar una justificación objetiva, tal como las necesidades de la empresa o del Plan de Pensiones de Empresa?

Me inclino a adoptar un punto de vista restrictivo a este respecto. En efecto, la duración del período de que se trata y los costes vinculados a dicha duración dependen del propio empleador: cuanto más rápido se adapta el Plan de Pensiones al principio de igualdad de trato, más corto es el período durante el cual la regla del «único sistema de referencia válido» se aplica y, por lo tanto, más reducidos son los costes derivados de ella para el empleador y para el Plan de Pensiones. Por consiguiente, no me parece oportuno efectuar sobre este punto, como sugiere Avdel Systems Ltd, una aplicación flexible de los criterios que el Tribunal de Justicia ha desarrollado, entre otras, en la sentencia Bilka para la justificación objetiva de discriminaciones *indirectas*. [16] No obstante, al igual que el Gobierno del Reino Unido, considero que el Tribunal de Justicia no puede excluir *a priori* la posibilidad de excepciones objetivamente justificadas.

18. No obstante, tal posibilidad únicamente puede utilizarse en situaciones excepcionales, en concreto, para tener en cuenta circunstancias que sean totalmente ajenas a la discriminación por razón de sexo y que respondan a una necesidad *urgente* que afecte a la propia supervivencia de la empresa o a la solvencia de su Plan de Pensiones. En cuanto a la

15 — La cita procede del apartado 36 de la sentencia Roks, antes citada.

16 — Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 36. Estos criterios consisten en que los medios escogidos «respondan a una verdadera necesidad de la empresa, sean aptos para alcanzar el objetivo conseguido por ésta y sean necesarios a tal efecto».

supervivencia de la *empresa*, opino que cierto número —pero no la totalidad— [17] de factores invocados por Avdel Systems Ltd ante el Industrial Tribunal [18] pueden ser considerados como tales necesidades urgentes: pienso, por ejemplo, en la necesidad de una empresa de salvaguardar la realización de inversiones vitales o de hacer frente a choques brutales que afecten a su personal. [19] En cuanto al *Plan de Pensiones de Empresa*, considero posible una excepción cuando la aplicación sin restricciones del principio de igualdad de trato comprometa gravemente el equilibrio económico [20] del régimen de que se trate y, por lo tanto, su solvencia. [21] Tampoco deseo excluir que, a causa de los cálculos actuariales complejos a los que puede dar lugar la aplicación del principio de igualdad de trato —los presentes asuntos, por ejemplo, requieren cálculos separados para tres períodos distintos de empleo—, un Plan de Pensiones de Empresa pueda dar prioridad a una concepción alternativa, menos compleja desde un punto de vista administrativo o actuarial, para aplicar el principio de igualdad de trato en lo que respecta al período de que se trata en el presente caso. No obstante, tal concepción alternativa debe tener plenamente en cuenta los derechos que el artículo 119 ha generado en favor de los particulares a partir del 17 de mayo de 1990, fecha en que se dictó la sentencia Barber. [22]

Es evidente que corresponde al Juez nacional apreciar y controlar estos elementos y, en particular, determinar si las razones invocadas por el empleador y/o por el Plan de Pensiones de Empresa como justificación son ajenas a toda discriminación por razón de sexo [23] y no contienen más limitaciones del principio de igualdad de trato que las estrictamente necesarias. [24]

17 — Por lo tanto, en mi opinión, no han de tenerse en cuenta factores de costes con efectos potenciales generales, tales como un alza limitada del índice de precios y las perspectivas de una recesión económica, a los que alude Avdel Systems Ltd.

18 — Apartado 7.4 de la resolución de remisión.

19 — Avdel Systems Ltd alude, a tal efecto, a las consecuencias para su personal del ejercicio masivo por parte de los trabajadores masculinos (en total, casi un 90 % del personal) del derecho que se les conferiría a obtener una pensión íntegra a la edad de 60 años.

20 — El hecho de que, al apreciar la justificación de las discriminaciones, el Tribunal de Justicia esté dispuesto a tener en cuenta el equilibrio económico del Plan afectado, se desprende, entre otras, de las sentencias de 7 de julio de 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Rec. p. I-4297; Regímenes Generales de Seguridad Social), apartados 15 a 18, y de 27 de octubre de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Rec. p. I-5475; Régimen General de Prestaciones por incapacidad laboral), apartado 23.

21 — Por lo tanto, el simple hecho de que la aplicación del principio de igualdad de trato conlleve cargas económicas con efectos en el equilibrio económico de un Plan de Pensiones de Empresa no puede constituir en sí mismo un motivo de justificación: debe tratarse de dificultades *imposibles o casi imposibles de superar*. Si se trata de esfuerzos que son superables, a la vista, entre otros, del período de tiempo limitado y de la situación económica del Plan de Pensiones (por ejemplo, la existencia de excedentes, reservas u otros factores análogos), nos podemos remitir, por analogía, a las consideraciones expuestas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Roks, antes citada (nota 5), relativas a las medidas legales de Seguridad Social: «Ahora bien, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan motivar las opciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que desea adoptar, no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos» (apartado 35).

22 — Respecto a la Directiva 79/7, véase la sentencia de 8 de marzo de 1988, Dik (80/87, Rec. p. 1601), apartado 14.

23 — Véase la sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartado 15.

24 — Compárese el criterio de proporcionalidad, tal y como ha sido formulado, entre otras, en la sentencia Bilka, antes citada (nota 16), apartado 36, y en la sentencia Teuling, antes citada (nota 12), apartado 18: los medios escogidos deben ser *adecuados* para alcanzar el objetivo justificado y ser asimismo *necesarios* a tal efecto. Ello implica no sólo que el Juez nacional examine si en ese supuesto la medida adoptada por el empleador y/o por el Plan de Pensiones de Empresa es pertinente, es decir, si presenta una relación lógica con el objetivo perseguido (un caso en el que el Tribunal de Justicia no apreció dicha pertinencia fue el de la sentencia de 30 de marzo de 1993, Thomas y otros, C-328/91, Rec. p. I-1247, apartado 16), sino también si no existe una alternativa válida para el empleador y/o para el Plan de Pensiones de Empresa que restrinja en menor medida el principio de igualdad de trato.

Respuestas a las cuestiones planteadas en el asunto Van den Akker

19. Contrariamente al asunto Smith, el asunto Van den Akker se refiere a una igualación de la edad mínima de jubilación de los trabajadores y de las trabajadoras realizada *antes* de la sentencia Barber, es decir el 1 de enero de 1985, en virtud de la cual, durante un período limitado (desde principios del año 1985 hasta finales del año 1986), los partícipes femeninos del Plan podían optar por mantener una edad mínima de jubilación inferior. Por lo tanto, la cuestión central formulada en el punto 8 *supra* presenta en este caso un matiz, puesto que el énfasis se sitúa en los efectos de la sentencia Barber sobre un régimen transitorio acordado antes de dictarse dicha sentencia — e incluso antes de dictarse la sentencia Bilka: [25] ¿debe anularse tal régimen transitorio, limitado *ratione personae* y *ratione temporis*? Si se mantuviera tal régimen transitorio, ¿podrían reclamar los trabajadores los mismos derechos que las trabajadoras, las cuales, en el marco del régimen transitorio de 1985, optaron por una edad mínima de jubilación de 55 años?

20. Los puntos de vista adoptados por las partes ante el Tribunal de Justicia difieren. Las demandantes en el litigio principal y el Gobierno neerlandés consideran que el artículo 119 del Tratado CE no se opone al régimen transitorio de que se trata. Las demandantes invocan, en particular, a tal efecto, los fundamentos de Derecho de la sentencia Barber, en los cuales el Tribunal de Justicia declaró que imperiosas razones de seguridad jurídica se oponen a que situaciones legales que han agotado sus efectos en el pasado sean puestas en tela de juicio. [26] En su opinión, en el presente caso, los efectos de las situaciones legales de que se trata se agotaron al llegar la fecha límite para poder optar en favor del régimen transitorio, es decir, el 31 de diciembre de 1986. El adoptar otra tesis equivaldría a no tener en cuenta suficientemente el principio fundamental de seguridad jurídica.

Por el contrario, según el Fondo de Pensiones, de la sentencia Barber se desprende que en el momento actual el régimen transitorio de que se trata en el presente caso está también prohibido. En su opinión, a la vista del modo en que el Tribunal de Justicia limitó en el tiempo los efectos de la sentencia Barber, ya no es posible, en cuanto a los derechos consolidados tras el 17 de mayo de 1990, efectuar una discriminación manteniendo edades mínimas de jubilación distintas según el sexo.

La Comisión se suma a este último punto de vista. Considera que las demandantes en el litigio principal no pueden oponerse a la supresión del régimen transitorio invocando el artículo 119 del Tratado CE. Según la Comisión, esta disposición no se opone a una futura reducción de las pensiones del grupo favorecido para situarlas al nivel de las del grupo desfavorecido, siempre que, sin embargo, se respete el principio de igualdad de trato. Otra cuestión sería si se han lesio-

25 — Antes citada (nota 16).

26 — Véase la sentencia Barber, apartados 41 y 44.

nado los derechos adquiridos por las demandantes, cuestión a la que, en principio, es necesario responder según el Derecho nacional. Además, la Comisión considera que no debe matizar su punto de vista a la luz de las circunstancias mencionadas por el Kantongerecht en las letras a), b) y c) de su primera cuestión. En particular, opina que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de prestaciones de Seguridad Social proporciona buenos argumentos en apoyo de la tesis según la cual el principio de igualdad de trato debe respetarse rigurosamente, incluso en el marco del régimen transitorio de que se trata en el presente caso.

21. Examinemos, a continuación, la jurisprudencia invocada por la Comisión. Se trata de un cierto número de sentencias (Borrie Clarke, [27] Dik [28] y Johnson [29]) en las cuales el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la compatibilidad con la Directiva 79/7 de determinadas disposiciones legales transitorias —a menudo adoptadas con motivo de la adaptación de la normativa nacional a esta Directiva— que permiten prolongar los efectos de algunas normas discriminatorias más allá de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la citada Directiva (23 de diciembre de 1984). [30] El Tribunal de Justicia decididamente consideró que tal actitud era contraria a la Directiva 79/7. A este respecto, se basó, en primer lugar, en el efecto directo de la prohibición de discriminación contenida en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7 y de la obligación de los Estados miembros, establecida en el artículo 5 de esta Directiva, de suprimir todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato. [31] Por otra parte, el Tribunal de Justicia señaló:

«La Directiva no establece ninguna excepción al principio de igualdad de trato previsto por el apartado 1 de la Directiva que autorice la persistencia de los efectos discriminatorios de disposiciones nacionales anteriores. De ello se deduce que un Estado miembro no puede dejar que subsistan, después del 22 de diciembre de 1984, desigualdades de trato debidas a que los requisitos exigidos para el nacimiento del derecho a una prestación son anteriores a dicha fecha. El hecho de que estas desigualdades resulten de disposiciones transitorias adoptadas con ocasión del establecimiento de una nueva prestación no es una circunstancia que pueda conducir a una interpretación diferente.» [32]

22. Esta jurisprudencia, que exige el *efecto inmediato* en el tiempo del principio de igualdad de trato, ¿debe aplicarse sin restricciones, tal y como la Comisión sugiere, a la problemática del presente caso? Albergamos

27 — Antes citada (nota 5).

28 — Antes citada (nota 22).

29 — Sentencia de 11 de julio de 1991 (C-31/90, Rec. p. I-3723).

30 — En el asunto Borrie Clarke, el Reino Unido defendía tal régimen transitorio en materia de prestaciones de invalidez, formulando un argumento según el cual era preciso salvaguardar, de este modo, la confianza legítima de las personas que disfrutaban de una prestación conforme al antiguo régimen, de no verse privadas de ella por el cambio de normativa (apartado 4).

31 — Véanse las sentencias Borrie Clarke, apartado 9 y Dik, apartado 8.

32 — Sentencia Borrie Clarke, apartado 10. Véanse también las sentencias Dik, apartado 9, y Johnson, apartado 32.

serias dudas a este respecto. Estas dudas se basan, entre otras cosas, en el hecho de que, al contrario de la Directiva 79/7, la Directiva 86/378/CEE, [33] que aplica el principio de igualdad de trato al ámbito de los regímenes profesionales de Seguridad Social, contiene en el apartado 2 del artículo 8 la siguiente disposición transitoria:

«La presente Directiva no será obstáculo para que los derechos y obligaciones correspondientes a un período de afiliación a un régimen profesional anterior a la revisión de dicho régimen permanezcan regidos por las disposiciones de dicho régimen en vigor a lo largo de dicho período.»

Por lo tanto, contrariamente a la Directiva 79/7, la Directiva 86/378 contiene una disposición expresa que prevé el *efecto diferido en el tiempo* de las nuevas normas. [34]

23. ¿Por qué la Directiva 79/7 no contiene tal excepción, y la Directiva 86/378 sí? En mi opinión, esta diferencia se explica fundamentalmente por el hecho de que la primera de dichas Directivas afecta a los regímenes *generales* [35] de Seguridad Social, es decir, en los términos empleados por el Tribunal de Justicia,

«a los regímenes o a las prestaciones de Seguridad Social como, por ejemplo, las pensiones de jubilación, directamente regulados por la Ley, que excluyen cualquier elemento de concertación en el seno de la empresa o del sector profesional afectado y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores». [36]

En relación con tales regímenes, el principio de efecto inmediato de las nuevas disposiciones legales se aplica generalmente. [37] Por otra parte, no hay que perder de vista que: i) los Estados miembros disponen de seis años para adaptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, [38] y ii) en el ámbito de las pensiones de vejez y jubilación, esta Directiva prevé una excepción relativa a

33 — Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (DO L 225, p. 40).

34 — La propuesta inicial de la Comisión no contenía este régimen transitorio. Sin embargo, en su artículo 10, la propuesta preveía un régimen transitorio análogo relativo a la utilización de elementos de cálculo actuariales diferentes según el sexo.

35 — Véase la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7 y el segundo considerando de la exposición de motivos de dicha Directiva. La letra b) del apartado 1 del artículo 3 establece que la Directiva se aplicará asimismo 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.

36 — Sentencia Ten Oever, antes citada (nota 6), apartado 9, con remisión a la sentencia de 25 de mayo de 1971, Defrenne I (80/70, Rec. p. 445), apartado 7. Véase asimismo la sentencia Moroni, antes citada (nota 6), apartado 14. Compárese la definición que, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia realiza del concepto de «prestación de Seguridad Social» en el sentido 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 y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), a saber, una prestación que «al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales [...] se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71» (véanse, entre otras, las sentencias de 16 de julio de 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839, apartado 15, y de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo, C-111/91, Rec. p. I-817, apartado 29).

37 — Respecto a la razón de ser de esta aplicabilidad inmediata, véase la obra clásica de Roubier, P.: *Le droit transitoire*, París, Dalloz, 1960, pp. 340 y ss.

38 — Véase el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 79/7.

la fijación de la edad mínima de jubilación, cuya validez no ha sido nunca puesta en duda por el Tribunal de Justicia. [39]

Por el contrario, en el caso de los Planes de Pensiones de Empresa, nos hallamos en el ámbito *convencional.* En dicho ámbito, el derecho transitorio está sujeto a otras consideraciones que en los regímenes legales que poseen alcance general, tales como el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes y del equilibrio contractual alcanzado. Generalmente, cuando se trata de acuerdos, se admite el efecto diferido de la nueva disposición con respecto a las antiguas, puesto que la aplicación inmediata de la nueva disposición únicamente debe ser garantizada en la medida en que el interés general resulte gravemente afectado por la prolongación de situaciones nacidas bajo el imperio de las antiguas disposiciones. [40]

24. El principio del efecto diferido de una disposición me parece sumamente apropiado en el caso de situaciones convencionales que se prolongan en el futuro. No obstante, opino que este principio no debe aplicarse en el presente caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en concreto, las sentencias Defrenne II y Barber. En la primera de estas sentencias, el Tribunal de Justicia, afirmó que, puesto que el artículo 119 posee

«un carácter imperativo, la prohibición de discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos no se impone sólo a la actuación de las autoridades públicas, sino que también afecta a la totalidad de los convenios que regulan, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos celebrados entre particulares». [41]

De este modo, se admite la aplicación directa (y en principio inmediata en el tiempo) del artículo 119 a regímenes horizontales y, en particular, convencionales.

En la sentencia Barber, como también en la sentencia Defrenne II, el Tribunal de Justicia restringió, no obstante, esta aplicación inmediata, limitando el efecto de esta sentencia en el tiempo, lo que confirió a esta disposición un efecto diferido temporal. Me parece que el Tribunal de Justicia, al actuar de este modo, estableciendo un régimen transitorio jurisprudencial, ha efectuado él mismo la ponderación del interés general comunitario (y, en particular, de la necesidad de una aplicación uniforme y general del Derecho comunitario) y del interés particular (especialmente de la seguridad jurídica y de la protección de las relaciones contractuales de buena fe), que constituye el fundamento del principio del efecto diferido. Por lo tanto, es este régimen transitorio, contenido en la sentencia Barber, el que procede aplicar a efectos

39 — Véase la sentencia Equal Opportunities Commission, antes citada (nota 20), confirmada en la sentencia Thomas y otros, antes citada (nota 24), apartado 9.

40 — Véanse, entre otros, Chabas, F.: *Leçons de droit civil, I. Introduction à l'etude du droit,* París, (Mazeaud y Chabas, editores), Montchrestien, 1991, 147, pp. 197 y 198; Ghestin, J., y Goubeaux, G.: *Traité de droit civil. Introduction générale,* París, LGDJ, 1990, 373, pp. 333 y 334; Roubier, P.: *Le Droit transitoire,* pp. 380 y ss.

41 — Sentencia Defrenne II, antes citada (nota 9), apartado 39, confirmada posteriormente en reiterada jurisprudencia, entre otras, en las sentencias de 27 de junio de 1990, Kowalska, antes citada, apartado 12, y de 7 de febrero de 1991, Nimz, antes citada, apartado 17 (en esta última sentencia, únicamente en lo relativo a los convenios colectivos de trabajo).

de la interpretación del artículo 119 del Tratado CE en el ámbito de los Planes de Pensiones de Empresa.

25. Concretamente, esta afirmación implica lo siguiente. Dado que, en virtud de la sentencia Barber, el efecto directo del artículo 119 del Tratado CE únicamente puede invocarse en relación con períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, los trabajadores masculinos de grupo Koninklijke Shell no pueden, en modo alguno, invocar la incompatibilidad del régimen transitorio con el artículo 119 del Tratado CE, en relación con períodos de empleo anteriores a la sentencia Barber. También es evidente que las trabajadoras que, en el marco de régimen transitorio, hayan optado por el mantenimiento de la edad mínima de jubilación en 55 años y que hayan alcanzado dicha edad antes de la sentencia Barber, no resultan afectadas por dicha sentencia: su caso es precisamente el que, en el apartado 44 de la sentencia Barber, el Tribunal de Justicia había tenido en cuenta, a saber, aquél en el que

«consideraciones imperativas de seguridad jurídica se oponen a que se replanteen situaciones jurídicas que han agotado sus efectos en el pasado».

26. No obstante, contrariamente a las demandantes en el litigio principal, opino que *no* es posible considerar la situación de las trabajadoras que, en el marco del régimen transitorio, hayan optado a favor de una edad mínima de jubilación de 55 años, pero que no hayan alcanzado aún dicha edad en la época de la sentencia Barber, como una situación que haya «agotado sus efectos en el pasado»: en efecto, sus derechos a pensión continúan o han continuado consolidándose tras la sentencia Barber. En cuanto a los períodos de empleo cubiertos por dichas trabajadoras y por sus colegas masculinos tras el 17 de mayo de 1990, es necesario aplicar sin restricciones la última frase del apartado 44 de la sentencia Barber, en la cual el Tribunal de Justicia excluyó expresamente el efecto diferido de la nueva interpretación del artículo 119:

«Por último, procede señalar que no puede admitirse ninguna limitación de los efectos de dicha interpretación para causar derecho a una pensión a partir de la fecha de la presente sentencia.» [42]

27. De este modo, tal y como pensaba acertadamente el Fondo de Pensiones, el régimen transitorio debía adaptarse para tener en cuenta las consecuencias de la sentencia Barber. [43] Para los períodos de empleo situados entre el 17 de mayo de 1990 y el 1 de junio

42 — Al precisar los efectos en el tiempo de la sentencia Barber en las sentencias Ten Oever (apartado 19), Moroni (apartado 31) y Neath (apartado 16), antes citadas, el Tribunal de Justicia se remitió expresamente a la motivación del apartado 44 de la sentencia Barber.

43 — A tal efecto, el Fondo de Pensiones invoca además otro argumento, a saber, el hecho de que, en el apartado 32 de la sentencia Barber, el Tribunal de Justicia afirma que «el artículo 119 prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, *cualquiera que sea el mecanismo* que determine esta desigualdad» (apartado 32; el subrayado es mío). No considero necesario responder aquí a la cuestión de si procede atribuir a este pasaje la interpretación realizada por el Fondo de Pensiones. En efecto, este pasaje debe interpretarse conjuntamente con la segunda frase de dicho apartado, del que se desprende que el Tribunal de Justicia considera que el hecho de que la diferencia de edad mínima de jubilación por razón del sexo, en el marco de un Plan de Pensiones de Empresa convencionalmente excluido del régimen general, se base en el régimen general de pensiones, no justifica tal discriminación.

de 1991, fecha de la modificación de las disposiciones del Plan de Pensiones, se aplica la regla, citada anteriormente, del «único sistema de referencia válido» (punto 10 *supra*). Para los períodos de empleo posteriores, la elevación de la edad mínima de jubilación de las trabajadoras incluidas en el régimen transitorio, para equipararla a la edad mínima de jubilación de los trabajadores, es compatible con el artículo 119 del Tratado CE, siempre que, en el presente caso, se respete íntegramente el principio de igualdad de trato (punto 11 *supra*).

28. Respecto de la elevación retroactiva de la edad mínima de jubilación de las trabajadoras, en cuanto a períodos de empleo cubiertos entre la sentencia Barber y la fecha de igualación de la edad mínima de jubilación, me remito a la respuesta dada en el asunto Smith (punto 17 *supra*). Las partes no evocaron este problema en el presente caso, quizá a causa del régimen de compensación establecido por el Fondo de Pensiones (punto 6 *supra*).

Conclusión

29. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas en los presentes asuntos del siguiente modo:

En ambos asuntos:

«No es contrario al artículo 119 del Tratado CE el hecho de que un empleador, como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. 1990, p. I-1889), eleve, en el marco de un Plan de Pensiones de Empresa, la edad mínima de jubilación de las trabajadoras para períodos de servicio futuros, con el fin de equipararla a la de los trabajadores, al menos siempre que se respete plenamente el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, consagrado en la disposición antes citada. Dada la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia Barber, el Derecho comunitario tampoco se opone a tal medida para períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990. Sin embargo, el Derecho comunitario se opone a la aplicación de tal medida en lo relativo a períodos de empleo situados entre el 17 de mayo de 1990 y la fecha de igualación. En el caso de estos últimos períodos de empleo, el principio de igualdad de trato debe realizarse aplicando las normas de que disfrutan los miembros del grupo de personas de mismo sexo más favorecido a los miembros del grupo de personas del mismo sexo menos favorecido.»

En el asunto C-408/92, Smith y otros:

«1) En ninguno de los tres supuestos antes citados, el artículo 119 del Tratado CE impone la obligación a que alude el Industrial Tribunal en su segunda cuestión.

2) En el tercer supuesto descrito por el Industrial Tribunal, es posible, a efectos de la aplicación del principio de igualdad de trato, pero únicamente en situaciones excepcionales, tener en cuenta situaciones totalmente ajenas a una discriminación por razón de sexo y que respondan a una necesidad urgente que afecte a la supervivencia misma de la empresa o a la solvencia de su Plan de Pensiones. Corresponde al Juez nacional examinar estos elementos y velar por que el principio de igualdad de trato no se restrinja más de lo estrictamente necesario.»

En el asunto C-28/93, Van den Akker y otros:

«A la vista de la sentencia Barber, es contrario al artículo 119 del Tratado CE el hecho de mantener en un Plan de Pensiones de Empresa, en relación con períodos de empleo cubiertos después del 17 de mayo de 1990, la edad mínima de jubilación en 55 años para un grupo limitado de partícipes femeninos, quienes, en dicha fecha, no habían aún alcanzado la edad mínima de jubilación, mientras que la edad mínima de jubilación para los trabajadores masculinos se fija en 60 años. La circunstancia de que esta situación se produzca en el marco de un régimen transitorio acordado antes de la sentencia Barber no afecta a esta conclusión.»