CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 30 de septiembre de 2010[1]

I. Introducción

1. ¿Es compatible con los derechos fundamentales de la Unión considerar el sexo del asegurado como factor de riesgo en la configuración de los contratos privados de seguro? Ésta es esencialmente la cuestión que el Tribunal de Justicia debe examinar en el presente procedimiento prejudicial. En este contexto, se examinarán por primera vez disposiciones de Derecho material de la Directiva 2004/113/CE,[2] una de las denominadas Directivas antidiscriminación,[3] que recientemente han sido objeto de viva controversia.

2. El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 permite a los Estados miembros autorizar diferencias en las primas y prestaciones de seguros en función del sexo, cuando éste constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo y ello se fundamente en datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Numerosos Estados miembros han hecho uso de esta excepción para uno o varios tipos de seguro.

3. El Tribunal constitucional belga plantea ahora la cuestión de si dicha disposición de una Directiva es compatible con el Derecho de la Unión de rango superior y, en concreto, con el principio de no discriminación por razón de sexo, reconocido como derecho fundamental. La presente petición de decisión prejudicial trae su causa de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la asociación de consumidores Association Belge des Consommateurs Test-Achats (en lo sucesivo, «Test-Achats») y dos particulares contra la ley por la que se adaptó el Derecho belga a la Directiva 2004/113.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, p. 37).

3 — También son Directivas antidiscriminación la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22); la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16), y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23).

II. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión*

4. El marco jurídico de este asunto en el Derecho de la Unión viene definido por los derechos fundamentales de la Unión, a los que se refiere el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Estos derechos fundamentales, concretamente tal y como se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, [4] constituyen el criterio para examinar la validez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113.

El Tratado de la Unión Europea

5. Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, el Tratado de la Unión Europea, en su versión dada por el Tratado de Ámsterdam, contenía el siguiente artículo 6 (en lo sucesivo, «artículo 6 UE»):

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

[…]»

6. En su versión resultante del Tratado de Lisboa, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE en su nueva versión») dispone, en extracto, lo siguiente:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

[...]

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

4 — La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue solemnemente proclamada por primera vez el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1) y nuevamente el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO 2007, C 303, p. 1, y DO 2010, C 83, p. 389).

Carta de los Derechos Fundamentales

7. La Carta de los Derechos Fundamentales contiene disposiciones sobre la igualdad en su título III. El artículo 20 de la Carta, titulado «Igualdad ante la ley», establece:

«Todas las personas son iguales ante la ley.»

8. El artículo 21, apartado 1, de la Carta recoge el principio de no discriminación, formulado como sigue:

«Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.»

9. Además, el artículo 23, párrafo primero, de la Carta establece, bajo el título «Igualdad entre mujeres y hombres»:

«La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.»

Directiva 2004/113

10. La Directiva 2004/113 se basa en el artículo 13 CE, apartado 1 (actualmente artículo 19 TFUE, apartado 1). Su objeto se establece en su artículo 1:

«La presente Directiva tiene por objeto crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que entre en vigor en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.»

11. En el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2004/113 se recoge una definición del principio de igualdad de trato a los efectos de dicha Directiva:

«A efectos de la presente Directiva, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres significa que

a) no habrá discriminación directa por razones de sexo, como el trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y maternidad;

b) no habrá discriminación indirecta por razones de sexo.»

12. Bajo el título «Factores actuariales», el artículo 5 de la Directiva 2004/113 establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después del 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen.

3. En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

Los Estados miembros podrán aplazar la aplicación de las medidas necesarias para cumplir el presente apartado hasta dos años después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar. En tal caso los Estados miembros de que se trate informarán inmediatamente a la Comisión.»

13. Asimismo, procede tener en cuenta la exposición de motivos de la Directiva 2004/113, cuyos considerandos primero, cuarto, decimoctavo y decimonoveno señalan lo siguiente:

«(1) De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la UE, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a

los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario.

[...]

(4) La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión Europea. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea prohíbe, en sus artículos 21 y 23, cualquier discriminación por razones de sexo, y consagra el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

[...]

(18) El recurso a factores actuariales basados en el sexo está generalizado en el sector de los seguros y otros servicios financieros afines. A fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. Para evitar un reajuste repentino del mercado, esta norma se aplicará únicamente a los nuevos contratos celebrados después de la fecha de incorporación de la presente Directiva.

(19) Algunas categorías de riesgos pueden presentar variaciones entre los sexos. En algunos casos, el sexo constituye uno de los factores determinantes para la evaluación de los riesgos asegurados, aunque no necesariamente el único. Para los contratos que aseguren riesgos de esta índole, los Estados miembros podrán optar por autorizar excepciones a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, a condición de que estén en condiciones de garantizar que los datos actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Sólo se permitirán excepciones en los casos en que la legislación nacional no haya aplicado ya la norma de independencia del sexo. Cinco años después de la incorporación de la presente Directiva, los Estados miembros [deberían] revisar la justificación de tales excepciones, atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes y a un informe elaborado por la Comisión tres años después de la fecha de dicha incorporación.»

B. *Derecho nacional*

14. La norma belga pertinente es la Ley de 21 de diciembre de 2007, [5] por la que se adapta el Derecho belga a la Directiva 2004/113. [6]

5 — Ley de modificación de la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres por razón de sexo en materia de seguros *(Moniteur belge* nº 373 de 31 de diciembre de 2007, p. 66175).

6 — Ese objetivo se desprende del artículo 2 de la Ley de 21 de diciembre de 2007.

En virtud de dicha Ley, una disposición legal aprobada sólo unos meses antes, en concreto el artículo 10 de la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres,[7] quedó redactada como sigue con efectos de 20 de diciembre de 2007:[8]

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, a la hora de determinar las primas y prestaciones de seguros podrá practicarse una distinción directa proporcionada por razón de sexo en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos.

Esta excepción es aplicable únicamente a los contratos de seguro de vida en el sentido del artículo 97 de la Ley de 25 de junio de 1992, sobre el contrato de seguro terrestre.

2. En cualquier caso, a partir del 21 de diciembre de 2007, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de seguros.

3. La comisión del sector bancario, financiero y de seguros recopilará los datos actuariales y estadísticos mencionados en el apartado 1, garantizará su publicación a más tardar el 20 de junio de 2008, así como la de las sucesivas actualizaciones de los datos cada dos años, y los publicará en su sitio de Internet. Los datos se actualizarán cada dos años.

La comisión del sector bancario, financiero y de seguros está autorizada para recabar de las instituciones, empresas o personas en cuestión los datos necesarios a tal efecto. Establecerá qué datos son de obligada comunicación, así como el modo y la forma en que habrán de transmitirse.

4. La comisión del sector bancario, financiero y de seguros remitirá a la Comisión Europea, a más tardar el 21 de diciembre de 2009, los datos de los que disponga en virtud del presente artículo. Remitirá a la Comisión Europea los datos cada vez que los actualice.

5. Las Cámaras legislativas evaluarán, antes del 1 de marzo de 2011, la aplicación del presente artículo en función de los datos mencionados en los apartados 3 y 4, del informe de la Comisión Europea mencionado en el artículo 16 de la Directiva 2004/113/CE y de la situación en los demás Estados miembros de la Unión Europea.

7 — *Moniteur belge* nº 159 de 30 de mayo de 2007, p. 29031.

8 — La versión modificada figura en el artículo 3 de la Ley de 21 de diciembre de 2007. El artículo 5 establece la fecha de su entrada en vigor.

Dicha evaluación se realizará sobre la base de un informe que una comisión de evaluación presentará a las Cámaras legislativas en el plazo de dos años.

Mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, se regulará detalladamente la composición y el nombramiento de la comisión de evaluación, así como la forma y el contenido del informe.

La comisión informará, entre otros extremos, de las repercusiones del presente artículo sobre la situación en el mercado, y examinará también otros criterios de segmentación distintos a los relativos al sexo.

6. La presente disposición no será de aplicación a los contratos de seguro celebrados en el marco de un régimen complementario de seguridad social. Dichos contratos se regirán exclusivamente por el artículo 12.»

15. Además, el artículo 4 de la Ley de 21 de diciembre de 2007 contiene la siguiente disposición:

«Hasta que la comisión del sector bancario, financiero y de seguros publique datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, conforme a lo establecido en el artículo 10, apartado 3, de la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres [en la versión de la presente Ley], se admite una diferenciación directa por razón de sexo a la hora de establecer las primas y prestaciones de seguros si está objetivamente justificada por un objetivo legítimo y si los medios para alcanzar tal objetivo son adecuados y necesarios. La comisión del sector bancario, financiero y de seguros publicará esos datos a más tardar el 20 de junio de 2008.»

III. Procedimiento principal

16. Ante el Tribunal constitucional del Reino de Bélgica se encuentra pendiente un recurso de anulación contra la Ley de 21 de diciembre de 2007. El recurso fue interpuesto en junio de 2008 por Test-Achats, como asociación de consumidores sin ánimo de lucro, y por dos particulares.

17. En esencia, los demandantes del procedimiento principal alegan que la Ley de 21 de diciembre de 2007 es incompatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Sostienen que vulnera los artículos 10, 11 y 11 *bis* de la Constitución belga, en relación con el artículo 13 CE, la Directiva 2004/113, los artículos 20, 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales,

el artículo 14 del CEDH,[9] el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[10] y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.[11]

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. El Tribunal constitucional señala que la Ley controvertida hace uso de la excepción del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 y que, por lo tanto, las objeciones de los demandantes también se dirigen contra dicha disposición de la Directiva. En tales circunstancias, el Tribunal constitucional considera necesario, antes de resolver sobre el recurso de inconstitucionalidad pendiente ante él, examinar la validez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113. El Tribunal constitucional reconoce expresamente que el Tribunal de Justicia tiene competencia exclusiva para examinar esta cuestión de validez y que él, como órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, está obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE, párrafo tercero (actualmente artículo 267 TFUE, párrafo tercero).

19. Mediante resolución de 18 de junio de 2009, el Tribunal constitucional belga planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:[12]

«1) ¿Es compatible el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 con el artículo 6 UE, apartado 2, y en particular con el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por dicha disposición?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es también incompatible el artículo 5, apartado 2, de la Directiva con el artículo 6 UE, apartado 2, si su

9 — Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»; firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950). Según jurisprudencia reiterada, el CEDH reviste una importancia especial a la hora de determinar el nivel de la protección de los derechos fundamentales que debe mantener la Unión Europea; véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros (C-305/05, Rec. p. I-5305), apartado 29, y la jurisprudencia allí citada; véase también el artículo 6 UE, apartado 2, y el artículo 6 TUE en su nueva versión, apartado 3.

10 — Abierto a la firma el 19 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 (*UNTS* vol. 999, p. 171).

11 — Abierta a la firma el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 (*UNTS* vol. 1249, p. 13).

12 — Resolución nº 103/2009, referencia 4486, puede consultarse en el sitio de Internet del Tribunal constitucional belga: http://www.const-court.be/de/common/home.html (consultado últimamente el 1 de septiembre de 2010).

aplicación se limita a los contratos de seguro de vida?»

20. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia, además de Test-Achats, los Gobiernos de Bélgica, Irlanda, Francia, Lituania, Finlandia y el Reino Unido, así como el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. En la vista celebrada el 1 de junio de 2010 han intervenido, además de Test-Achats, los Gobiernos de Bélgica, Irlanda y el Reino Unido, así como el Consejo y la Comisión.

V. Apreciación

21. El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, objeto de la presente controversia, no figuraba en la Propuesta de Directiva inicial de la Comisión. [13] Más aún: en la exposición de motivos de su Propuesta de Directiva, la Comisión, tras examinar detenidamente la problemática controvertida, se pronunció decididamente contra la posibilidad de admitir diferencias por razón de sexo en las primas y prestaciones de seguros y las declaró expresamente incompatibles con el principio de igualdad de trato. [14]

22. Precisamente por ello es sorprendente que la Comisión defienda con ahínco en el presente procedimiento que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 no contiene ninguna infracción del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, sosteniendo incluso que es expresión de dicho principio. Preguntada al respecto, la Comisión no ha sabido explicar razonablemente su repentino cambio de opinión.

23. Por mi parte, tengo serias dudas acerca de que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, en su redacción aprobada por el Consejo, sea apto para expresar el principio de igualdad de trato, en concreto la obligación de no tratar de manera idéntica situaciones diferentes. Una disposición que persiga esa finalidad debería resultar aplicable en todos los Estados miembros. Sin embargo, según el legislador de la Unión, el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 sólo debe aplicarse «en los casos en que la legislación nacional no haya aplicado ya la norma de independencia del sexo». [15] Por lo tanto, la disposición conduce a que en algunos Estados miembros se trate a hombres y mujeres de manera distinta

13 — Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro, COM(2003) 657 final.

14 — Propuesta de la Comisión (citada en la nota 13), pp. 7 y siguientes, en particular p. 9 *fine*.

15 — Véase el decimonoveno considerando de la Directiva 2004/113, cuarta frase.

en relación con un producto de seguro, mientras que en otros Estados miembros deben recibir un trato idéntico en relación con el mismo producto de seguro. Resulta difícil comprender que tal situación jurídica pueda ser expresión del principio de igualdad de trato consagrado por el Derecho de la Unión.

A. *Primera cuestión*

24. Con su primera cuestión, el Tribunal constitucional belga solicita información sobre la validez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113. En esencia, desea saber si dicha disposición es compatible con el principio de igualdad de trato y de no discriminación.

25. Mientras que Test-Achats considera que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 vulnera este principio, los Estados miembros y las instituciones de la Unión que han participado en el procedimiento defienden la postura contraria.

1. Consideraciones generales

26. La Unión Europea es una unión de Derecho; ni sus instituciones ni los Estados miembros pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la «carta constitucional fundamental» de la Unión que constituyen los Tratados. [16]

27. El respeto de los derechos fundamentales y de los derechos humanos es un requisito de legalidad de todos los actos de la Unión. [17] En efecto, la Unión se basa en los principios de libertad, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho (artículo 6 UE, apartado 1). [18] Respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho (artículo 6 UE, apartado 2). [19]

28. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (artículo 6 TUE en su nueva versión, apartado 1), contiene un

16 — Sentencias de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento (294/83, Rec. p. 1339), apartado 23, y de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, «Kadi» (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 281.

17 — En este sentido, véase la sentencia Kadi, citada en la nota 16, apartado 285.

18 — Esta disposición se corresponde sustancialmente con el artículo 2 TUE en su nueva versión.

19 — Esta disposición se corresponde sustancialmente con el artículo 6 TUE en su nueva versión, apartado 3.

resumen de los derechos fundamentales garantizados en la Unión. [20] También en relación con el período anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuando la Carta aún no desplegaba efectos vinculantes comparables a los del Derecho primario, puede recurrirse a ella como fuente cognitiva a efectos de la protección de los derechos fundamentales garantizados en la Unión, [21] especialmente cuando se examina un acto jurídico en el que el propio legislador de la Unión se remite a ella, como sucede en el caso de autos en el cuarto considerando de la Directiva 2004/113. [22]

29. El principio general de igualdad de trato y de no discriminación se refleja en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que establece la igualdad de todas las personas ante la ley. Ahora bien, en el presente caso se trata del principio de igualdad de trato y de no discriminación entre hombres y mujeres, reconocido muy pronto por el Tribunal de Justicia como principio fundamental del Derecho de la Unión [23] y que actualmente se encuentra recogido expresamente como derecho fundamental en el artículo 21, apartado 1, y en el artículo 23, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales. A continuación examinaré únicamente este principio. Como a efectos del presente procedimiento no existe una diferencia sustancial entre los conceptos de «principio de igualdad de trato», «principio de no discriminación» y «prohibición de discriminación», los usaré como sinónimos.

30. El hecho de que, en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, no sea el propio legislador comunitario quien diferencie en función del sexo de los asegurados, sino que se limite a autorizar a los Estados miembros a que establezcan tal distinción, no afecta al examen de la conformidad de dicha disposición con el Derecho de rango superior, pues el legislador de la Unión no puede autorizar a los Estados miembros a adoptar medidas que vulneren los derechos fundamentales de la Unión, y corresponde al Tribunal de Justicia verificar este extremo. [24]

20 — Véanse también las sentencias de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Rec. p. I-365), apartado 22, y de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión (C-407/08 P, Rec. p. I-6375), apartado 91.

21 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 37; de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartados 43 y 44; de 18 de diciembre de 2007, Laval y Partneri (C-341/05, Rec. p. I-11767), apartados 90 y 91, y de 14 de febrero de 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Rec. p. I-505), apartado 41.

22 — Véase, en este sentido, la sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, «Reagrupación familiar» (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 38.

23 — Sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne, «Defrenne II» (43/75, Rec. p. 455), apartado 12, y de 15 de junio de 1978, Defrenne, «Defrenne III» (149/77, Rec. p. 1365), apartados 26 y 27.

24 — Véase, en este sentido, la sentencia Reagrupación familiar, citada en la nota 22, en particular los apartados 76, 84, 90 y 103.

2. La relevancia fundamental del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

31. El Tribunal de Justicia ha destacado en reiterada jurisprudencia la relevancia fundamental del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. [25] Esta relevancia también se pone de relieve en pasajes cruciales de los Tratados; por ejemplo, cuando se adoptó la Directiva 2004/113, en los artículos 2 CE y 3 CE, apartado 2, y actualmente en los artículos 2 TUE en su nueva versión, 3 TUE en su nueva versión, apartado 3, párrafo segundo, 8 TFUE y 10 TFUE.

32. No obstante, algunas de las partes en el presente procedimiento han intentado reducir la relevancia de este principio en el caso de autos, sin que ninguno de los argumentos expuestos al respecto resulte convincente.

33. Al contrario de lo que parecen opinar el Consejo y la Comisión, del artículo 13 CE, apartado 1, base jurídica de la Directiva 2004/113, no se deduce que el legislador de la Unión disponga de una amplia discrecionalidad para decidir el contenido de las medidas de lucha contra la discriminación.

34. Ciertamente, el artículo 13 CE, apartado 1, prevé que el Consejo «podrá» adoptar «acciones» para luchar contra la discriminación. Por esta razón le corresponde, sin duda, cierto margen de apreciación en lo que respecta a la oportunidad, el ámbito objetivo de aplicación y el contenido de las normas antidiscriminación que adopte. En consecuencia, y dentro de los límites de la prohibición de la arbitrariedad, el Consejo podría en principio haber excluido íntegramente algunos servicios, como los seguros, del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113.

35. Sin embargo, cuando adoptó la Directiva 2004/113, y en concreto su artículo 5, el Consejo optó deliberadamente por establecer disposiciones contra la discriminación en el ámbito de los seguros. Dichas disposiciones deben resistir sin salvedades el examen de su validez a la luz del Derecho de la Unión de rango superior, especialmente a la luz de los derechos fundamentales de la Unión. Para expresarlo en los términos del artículo 13 CE, apartado 1 (actualmente artículo 19 TFUE, apartado 1), deben ser «adecuadas» para luchar contra la discriminación y no deben generar a su vez discriminaciones. El Consejo no puede sustraerse a este examen observando de forma genérica que también podría haber optado por no actuar.

36. En segundo lugar, no puede reducirse la relevancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el presente caso afirmando que «no es un derecho absoluto»,

25 — Véanse, esencialmente, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 36, y Beets-Proper (262/84, Rec. p. 773), apartado 38, así como 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. p. I-2447), apartado 39; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Rec. p. I-2741), apartado 60, y de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker (C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575), apartado 85.

es decir, que no es un derecho fundamental ilimitado, pues aun cuando los derechos fundamentales, por regla general, pueden verse limitados, deben servir como criterio para examinar la legalidad de los actos jurídicos. [26]

37. Ciertamente, la desigualdad de trato entre los sexos puede estar justificada en determinadas circunstancias. Sin embargo, la justificación de una discriminación *directa* por razón de sexo, objeto del presente caso, sólo es posible con límites muy estrictos y debe ser debidamente motivada. En ningún caso el legislador de la Unión es libre de admitir discrecionalmente excepciones al principio de igualdad de trato y vaciar con ello de contenido la prohibición de discriminación.

38. He de añadir que la prohibición de discriminación por razón de sexo no precisa, en cuanto a su contenido, de ningún tipo de concreción por parte del legislador de la Unión. Que el legislador de la Unión adopte en ocasiones medidas de Derecho derivado para promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres y para luchar contra las discriminaciones que persisten entre hombres y mujeres (a lo que está obligado, por otra parte, en virtud de los objetivos de los Tratados) [27] no desvirtúa la relevancia del principio de igualdad de trato como derecho fundamental y principio constitucional de la Unión Europea, sino que más bien realza su posición destacada en todos los ámbitos.

39. Si el legislador de la Unión adopta «acciones» en el sentido del artículo 13 CE, apartado 1 (actualmente artículo 19 TFUE, apartado 1) para luchar contra la discriminación y para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, deberá hacerlo en consonancia con los requisitos del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres recogido en el Derecho primario.

3. Examen de la compatibilidad del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

40. El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 permite a los Estados miembros, en

26 — Véanse, sobre el principio de igualdad de trato, las sentencias de 14 de junio de 1990, Weiser (C-37/89, Rec. p. I-2395), apartados 13 y 14, y de 11 de septiembre de 2007, Lindorfer/Consejo (C-227/04 P, Rec. p. I-6767), apartado 51; en el mismo sentido, en relación con el derecho fundamental al respeto de la vida familiar, véase la sentencia Reagrupación familiar, citada en la nota 22, en particular sus apartados 76, 90 y 103.

27 — Véanse a este respecto las disposiciones de los Tratados antes citadas (punto 31 de las presentes conclusiones).

las condiciones que indica, autorizar diferencias en función del sexo en las primas y prestaciones de seguro. Por lo tanto, dicha disposición permite establecer en los contratos de seguro diferencias directamente vinculadas al sexo del asegurado. [28]

41. Esto no significa necesariamente que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 abra paso a una discriminación directa por razón de sexo prohibida por el Derecho de la Unión. Según reiterada jurisprudencia, [29] el principio de igualdad de trato o de no discriminación, del que la prohibición de discriminación por razón de sexo es sólo una expresión concreta, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que dicho trato esté objetivamente justificado. [30]

42. Por lo tanto, procede examinar si las situaciones en que se encuentran los hombres y las mujeres en materia de prestaciones de seguro pueden presentar diferencias significativas desde un punto de vista jurídico.

43. Los elementos que caracterizan distintas situaciones y su carácter comparable deben apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad de la norma que establece la distinción de que se trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece la norma en cuestión. [31]

44. Como han expuesto varias de las partes en el presente procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 tiene por objeto permitir tener en cuenta las particularidades del sector de los seguros. Las compañías aseguradoras ofrecen prestaciones respecto de las cuales, en el momento de celebrar el contrato, no puede saberse con certeza cuándo ni en qué medida el asegurado podrá reclamarlas. Para que pueda evaluarse este riesgo y los productos de seguro puedan configurarse con arreglo a los riesgos, en el cálculo actuarial de las primas y prestaciones las compañías aseguradoras se ven obligadas a trabajar con proyecciones.

28 — En ocasiones puede tratarse también del sexo del beneficiario del contrato de seguro, que no tiene por qué coincidir necesariamente con el tomador del seguro. Sin embargo, para simplificar, en las presentes conclusiones me referiré siempre al asegurado.

29 — Sentencias de 13 de diciembre de 1984, Sermide (106/83, Rec. p. 4209), apartado 28; de 6 de diciembre de 2005, ABNA y otros (C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, Rec. p. I-10423), apartado 63; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, «Arcelor» (C-127/07, Rec. p. I-9895), apartado 23, y de 7 de julio de 2009, S.P.C.M. y otros (C-558/07, Rec. p. I-5783), apartado 74.

30 — La propia Directiva 2004/113 no dispone otra cosa en su artículo 2, letra a), donde establece la siguiente definición de discriminación directa: «la situación en que una persona [es] tratada, de manera menos favorable que [como] es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo». También en las demás Directivas antidiscriminación se encuentran definiciones equivalentes de este concepto: véanse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43, el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 y el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/54.

31 — Sentencia Arcelor, citada en la nota 29, apartado 26.

45. Así, en el caso de los seguros de vida y los seguros de jubilación, por ejemplo, se atiende a la expectativa de vida del asegurado; en el caso de los seguros de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, a la probabilidad de que el asegurado cause un accidente de tráfico, y en los seguros médicos privados, a la probabilidad de que el asegurado recurra a determinadas prestaciones médicas.

46. Normalmente las compañías de seguros no hacen un pronóstico individual para cada asegurado, sino que recurren a valores empíricos, ya que es difícil, por no decir imposible, determinar con exactitud el riesgo de seguro en un caso individual. Por ello, es en principio perfectamente legítimo que para evaluar los riesgos, en lugar de un perfil individual, o además de él, se utilice un perfil de grupo.

47. Ahora bien, los grupos de referencia que cabe formar a tal efecto dependen siempre, en definitiva, del marco legal aplicable. El Consejo, en ejercicio de sus competencias, dispone de un amplio margen de actuación (facultad de apreciación) a la hora de fijar dicho marco, para lo que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones y evaluaciones complejas. [32] Así lo han señalado acertadamente muchas de las partes en el presente procedimiento. En el marco de su facultad de apreciación, el Consejo puede y debe tener en cuenta las particularidades específicas del sector asegurador.

48. Sin embargo, esta facultad de apreciación del Consejo no es ilimitada y, en particular, su ejercicio no puede tener como efecto vaciar de contenido la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión. [33] Entre los principios fundamentales del Derecho de la Unión cabe destacar las prohibiciones concretas de discriminación establecidas en el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales.

49. Por ello, el Consejo no puede admitir, por ejemplo, la raza o el origen étnico de una persona como motivos de diferenciación en el sector de los seguros. [34] En una Unión de Derecho que ha elevado a principios máximos el respeto de la dignidad humana, de los

32 — Jurisprudencia reiterada, véanse por ejemplo las sentencias Arcelor, citada en la nota 29, apartado 57; S.P.C.M. y otros, citada en la nota 29, apartado 42, y de 8 de junio de 2010, Vodafone y otros (58/08, Rec. p. I-4999), apartado 52.

33 — Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Rinke (C-25/02, Rec. p. I-8349), apartado 39. En idéntico sentido, pero referidas a las medidas de los Estados miembros en el ámbito de la política social, véanse las sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartados 74 y 75; Kutz-Bauer, citada en la nota 25, 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. El Tribunal de Justicia ha procedido de forma similar en sentencias más recientes sobre la prohibición de discriminación por razón de edad: véanse las sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), apartados 63 a 65; de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, Rec. p. I-5325), apartados 45 a 50, y Kücükdeveci, citada en la nota 20, apartados 38 a 42.

34 — Consecuentemente, la Directiva 2000/43, con la que el Consejo creó un marco jurídico de la Unión para la lucha contra la discriminación por razón de la raza o el origen étnico, no establece ninguna excepción que permita tener en cuenta factores actuariales.

derechos humanos, de la igualdad y de la no discriminación [35] sería absolutamente inadmisible que, por ejemplo, un seguro médico estableciera una diferenciación en el riesgo de padecer cáncer de piel en función del color de la piel del asegurado y, en consecuencia, exigiera a éste una prima mayor o menor.

50. Es igualmente inadmisible basarse en el sexo de una persona para determinar los riesgos del seguro. No hay ninguna razón objetiva para suponer que, en el Derecho de la Unión, la prohibición de discriminación por razón de sexo ofrezca una protección menor que la prohibición de discriminación por razón de raza u origen étnico. Al igual que la raza y el origen étnico, también el sexo es una característica intrínseca la persona del asegurado sobre la que éste no tiene ningún tipo de influencia. [36] Además, el sexo de una persona, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con su edad, [37] no está sujeto a alteraciones naturales.

51. Por tanto, es lógico que el Consejo, en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2004/113, prohíba formalmente tener en cuenta el factor sexo para el cálculo de las primas y prestaciones de seguro. Con arreglo al artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2004/113, ni siquiera los costes relacionados con el embarazo y la maternidad podrán dar lugar a diferencias en las primas y prestaciones de hombres y mujeres [38] cuando, por razones biológicas obvias, sólo pueden darse en las mujeres.

52. No obstante, en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, el Consejo admite diferenciar el cálculo de las primas y prestaciones en función del sexo cuando éste constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. A diferencia del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2004/113, la disposición controvertida no se centra en claras diferencias biológicas entre los asegurados. Se refiere más bien a supuestos en los que las diferencias en los riesgos de seguro pueden, a lo sumo, relacionarse con el sexo de forma *estadística*.

53. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia se han citado los dos ejemplos

35 — Artículo 2 TUE en la versión del Tratado de Lisboa, similar al tenor anterior del artículo 6 UE, apartado 1.

36 — En el presente contexto voy a prescindir del caso particular del cambio de sexo.

37 — Si bien también la edad es una característica intrínseca de la persona, toda persona pasa a lo largo de su vida por diferentes etapas de edad. Por tanto, el hecho de que las primas y prestaciones de seguro se calculen de forma diferenciada en función de la edad no perjudica, por sí solo, al asegurado como persona. Toda persona puede, a lo largo de su vida y en función de su edad, beneficiarse de un producto de seguro más o menos favorable.

38 — Ahora bien, recurrir a los asegurados de sexo masculino para financiar los costes relacionados con el embarazo y la maternidad se justifica por el principio de responsabilidad: si bien sólo las mujeres pueden quedarse embarazadas, en todo embarazo participa también un hombre.

siguientes: estadísticamente, las mujeres tienen una expectativa de vida superior a la de los hombres y los hombres causan con mayor frecuencia que las mujeres accidentes de tráfico graves. En relación con los seguros médicos privados, se afirma en ocasiones que las mujeres, en términos estadísticos, hacen un mayor uso de las prestaciones médicas que los hombres. [39]

54. Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado de forma clara sobre si, en la configuración de los productos de seguro, las diferencias entre las personas que sólo puedan vincularse al sexo de forma estadística pueden o incluso deben conducir a un trato desigual entre los asegurados y las aseguradas.

55. Es cierto que, en las sentencias Neath y Coloroll Pension Trustees, 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. [40] 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, sino que *declaró no aplicable* el principio de igualdad de retribución del artículo 119 CEE, apartado 1 (actualmente artículo 157 TFUE, apartado 1), pues sólo las aportaciones de los empresarios dependían del factor actuarial, pero no las de los trabajadores. En aquel momento, el Tribunal de Justicia consideró que ello no afectaba a la retribución en el sentido del Derecho de la Unión. [41]

56. No obstante, en las sentencias Neath y Coloroll Pension Trustees, el Tribunal de Justicia 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. [42]

57. Por lo tanto, si la jurisprudencia de las sentencias Neath y Coloroll Pension Trustees

39 — En particular, se afirma que las mujeres se someten a más exámenes preventivos y consumen más medicamentos.

40 — Sentencias de 22 de diciembre de 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6935), apartado 24, y de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389), apartado 73.

41 — Sentencias Neath, apartados 26 a 34, y Coloroll Pension Trustees, apartados 75 a 85, citadas en la nota 40.

42 — Sentencias Neath, apartado 31, segunda frase, y Coloroll Pension Trustees, apartado 80, segunda frase, citadas en la nota 40.

permite extraer alguna conclusión, ésta es que la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho de la Unión se opone a que se tengan en cuenta diferencias meramente estadísticas entre hombres y mujeres a efectos de evaluar los riesgos de seguro.

58. Esta conclusión debería servir como pauta también en el presente caso.

59. En el ámbito de aplicación de las prohibiciones de discriminación del Derecho de la Unión, si bien, conforme a reiterada jurisprudencia, los datos estadísticos pueden ser indicio de una *discriminación indirecta*,[43] el Tribunal de Justicia no parece haber aceptado en ningún caso que las estadísticas constituyan la única referencia y, por tanto, la única causa de justificación de una *diferencia de trato directa*.

60. Esta actitud del Tribunal de Justicia podría estar relacionada con el lugar preeminente que ocupa en el Derecho de la Unión la prohibición de discriminación por razón de sexo. Una diferencia de trato directa por razón de sexo, aparte de las medidas especiales para favorecer a los integrantes de un grupo desfavorecido («acción positiva»),[44] sólo es admisible si consta con certeza que hay diferencias relevantes entre hombres y mujeres que requieren tal trato.

61. Pero precisamente esa certeza falta cuando las primas y prestaciones de seguros se calculan de forma diferenciada para hombres y mujeres únicamente, o al menos de forma determinante, basándose en estadísticas. Se da por sentado, de un modo general, que la diferente expectativa de vida de los asegurados y de las aseguradas, su diferente disposición a asumir riesgos en el tráfico y su diferente tendencia a recurrir a prestaciones médicas, diferencias que se manifiestan sólo en el plano estadístico, se deben principalmente a su sexo.

62. Pero, como ha expuesto Test-Achats sin que conste oposición al respecto, en realidad

43 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartados 11 y 12; Steinicke, citada en la nota 33, apartados 56 y 57; de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, Rec. p. I-873), apartados 75 y 81, y de 12 de octubre de 2004, Wippel (C-313/02, Rec. p. I-9483), apartado 43.

44 — Véanse el artículo 3 TUE en su nueva versión, apartado 3, párrafo segundo y los artículos 8 TFUE y 157 TFUE, apartado 4.

existe otra serie de factores que desempeñan un importante papel en la valoración de los citados riesgos. Así, en concreto, la expectativa de vida de los asegurados, particularmente relevante al caso, se ve fuertemente influida por las circunstancias económicas y sociales, así como por las costumbres de vida de cada uno (por ejemplo, el tipo y la intensidad de la actividad profesional, el entorno familiar y social, los hábitos alimenticios, el consumo de estimulantes [45] y/o estupefacientes, las actividades de ocio y deportivas).

63. A la vista de los cambios sociales y de la pérdida de significado de los roles tradicionales, los efectos de los factores de conducta sobre la salud y la expectativa de vida de una persona ya no se pueden vincular inequívocamente a su sexo. Por repetir sólo algunos de los ejemplos citados: tanto las mujeres como los hombres desempeñan hoy en día actividades profesionales exigentes y, en ocasiones, muy estresantes; los individuos de ambos sexos consumen en una medida considerable alcohol y tabaco, y tampoco el tipo y la intensidad de la actividad deportiva se puede vincular de antemano a ninguno de los sexos.

64. De la exposición de motivos de la Directiva 2004/113 no se desprende que el Consejo tuviera en cuenta en modo alguno estas circunstancias. [46]

65. En cualquier caso, no se hace justicia a la complejidad de la problemática cuando el Consejo, en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, admite sin más que las desigualdades entre los asegurados continúen dependiendo sólo o de forma determinante del sexo de los interesados, aun cuando establezca ciertas cautelas («factor determinante», «diferencias proporcionadas», «datos pertinentes y exactos» que se publiquen y se actualicen con regularidad).

66. Es cierto que, en los productos de seguro, es particularmente fácil establecer diferenciaciones en función del sexo. Es mucho más difícil comprobar y evaluar correctamente las circunstancias económicas y sociales, así como los hábitos de vida de los asegurados, máxime cuando estos factores pueden cambiar a lo largo del tiempo. No obstante, las dificultades prácticas por sí solas no justifican que, por razones de comodidad, se recurra al sexo de los asegurados como criterio de diferenciación.

45 — En particular tabaco, bebidas alcohólicas, café y té.

46 — Véase, en particular, el decimonoveno considerando de la Directiva 2004/113.

67. No es compatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres invocar el sexo de una persona como *criterio sustitutivo* de otras características diferenciadoras, pues de esta manera no se puede garantizar que las diferentes primas y prestaciones de seguros para los asegurados y las aseguradas se basen exclusivamente en criterios objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

68. En cualquier caso, consideraciones meramente económicas, como el riesgo de un incremento de las primas para una parte de los asegurados o incluso para todos los asegurados, aducido por varias partes en el presente procedimiento, no son causas objetivas que autoricen una desigualdad de trato por razón de sexo. [47] Parece lógico suponer que, sin la excepción del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, las primas de algunos asegurados serían superiores a las actuales, pero, por regla general, ello iría acompañado de primas inferiores para los asegurados del otro sexo. De todos modos, ninguna de las partes en el presente procedimiento ha alegado que de la fijación de tarifas independientes del sexo se pueda derivar un grave riesgo para el equilibrio financiero de los sistemas de seguros privados.

69. En tales circunstancias, opino, como ya hiciera el Abogado General Van Gerven, [48] que la aplicación de factores actuariales basados en el sexo no es compatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

70. Habida cuenta de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que declare la invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 por vulnerar la prohibición de discriminación por razón de sexo, reconocida como derecho fundamental. Dicho sea de paso, con dicha resolución el Tribunal de Justicia se encontraría en buena compañía: hace más de treinta años el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América declaró, en relación con los seguros de jubilación, que la Civil Rights Act de 1964 prohibía un trato diferente de los asegurados por razón de sexo. [49]

47 — En este sentido, véanse las sentencias Roks y otros, citada en la nota 25, apartado 36; Schönheit y Becker, citada en la nota 25, apartado 85; Steinicke, citada en la nota 33, apartado 66, así como de 10 de marzo de 2005, Nikoloudi (C-196/02, Rec. p. I-1789), apartado 53.

48 — Conclusiones acumuladas del Abogado General Van Gerven presentadas el 28 de abril de 1993 en los asuntos Ten Oever y otros (C-109/91, C-110/91, C-152/91 y C-200/91, Rec. p. I-4879), puntos 34 a 39. En el asunto Lindorfer/Consejo, citado en la nota 26 y referido por alguna de las partes en el presente procedimiento, los Abogados Generales Jacobs (conclusiones presentadas el 27 de octubre de 2005, punto 70) y Sharpston (conclusiones presentadas el 30 de noviembre de 2006, punto 46) no examinaron en detalle la cuestión aquí relevante, que quedó sin resolver.

49 — Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América de 25 de abril de 1978, City of Los Angeles v. Manhart (435 U.S. 702 [1978]), y de 6 de julio de 1983, Arizona Governing Comm. v. Norris (463 U.S. 1073 [1983]).

71. En cambio, no considero necesario declarar la nulidad de la Directiva 2004/113 en su totalidad. Es cierto que no cabe anular aisladamente una disposición concreta de una Directiva si tal disposición está indisolublemente unida al resto de la Directiva, pues, en tal caso, la anulación parcial de la Directiva modificaría la sustancia de sus disposiciones, lo cual está reservado al legislador de la Unión. [50] Sin embargo, al responder a la pregunta que les formulé expresamente, ninguna de las partes en el presente procedimiento, ni siquiera el Consejo como autor de la Directiva 2004/113, negó que el artículo 5, apartado 2, es una parte separable de esta Directiva y que, por tanto, cabe declarar aisladamente su invalidez. A favor de ello aboga igualmente el hecho de que el artículo 5, apartado 2, no estuviera siquiera previsto inicialmente y que fuera incluido en la Directiva 2004/113 con posterioridad, en el transcurso del proceso legislativo.

72. En el caso de que, no obstante, el Tribunal de Justicia considerase válido el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, dicha disposición, como norma que establece una excepción, debería ser interpretada restrictivamente. El cumplimiento de los requisitos que prevé para recurrir a datos actuariales y estadísticos diferenciados en función del sexo debería ser objeto de un control periódico y estricto por parte de las autoridades nacionales competentes, con vistas a respetar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. [51]

4. Limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia

73. Los Tratados no determinan expresamente las consecuencias que se desprenden de una declaración de nulidad dictada en el marco de un procedimiento prejudicial. Pero, puesto que el procedimiento de decisión prejudicial en el que se examina la validez de un acto de la Unión y el recurso de anulación constituyen dos vías previstas en los Tratados para llevar a cabo el control jurisdiccional de los actos de las instituciones de la Unión, [52] es jurisprudencia reiterada que las consecuencias de una declaración de nulidad deben determinarse por analogía a lo dispuesto en los artículos 264 TFUE y 266 TFUE, aplicables a las sentencias de anulación. [53]

50 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98, Rec. p. I-8419), apartado 117; de 24 de mayo de 2005, Francia/Parlamento y Consejo (C-244/03, Rec. p. I-4021), apartados 15, 19 y 20, y Reagrupación familiar, citada en la nota 22, apartados 27 y 28.

51 — En este contexto, es relevante señalar que corresponde a los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, sino también procurar que la interpretación de un texto de Derecho derivado que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión o con los demás principios generales del Derecho de la Unión (sentencia Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, citada en la nota 9, apartado 28).

52 — Sentencias de 8 de febrero de 1996, FMC y otros (C-212/94, Rec. p. I-389), apartado 56, y de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo (C-50/00 P, Rec. p. I-6677), apartado 40.

53 — Sentencias de 15 de octubre de 1980, Providence agricole de la Champagne (4/79, Rec. p. 2823), apartados 44 y 45; Maïseries de Beauce (109/79, Rec. p. 2883), apartados 44 y 45, y Roquette Frères (145/79, Rec. p. 2917), apartados 51 y 52, así como de 29 de junio de 1988, Van Landschoot (300/86, Rec. p. 3443), apartado 24; de 8 de noviembre de 2001, Silos (C-228/99, Rec. p. I-8401), apartado 35, y de 22 de diciembre de 2008, Regie Networks (C-333/07, Rec. p. I-10807), apartado 121.

74. Por tanto, una sentencia del Tribunal de Justicia que declara la nulidad de un acto en un procedimiento prejudicial tiene, en principio, efecto retroactivo al igual que una sentencia de anulación. [54] Además, la declaración de nulidad constituye razón suficiente para que cualquier órgano jurisdiccional nacional considere dicho acto inválido a efectos de la decisión que deba dictar. [55]

75. No obstante, conforme a la finalidad jurídica del artículo 264 TFUE, apartado 2, el Tribunal de Justicia puede, si lo considera necesario, disponer libremente el mantenimiento de determinados efectos del acto jurídico controvertido, para lo que dispone de facultad de apreciación. [56]

76. En el pasado, el Tribunal de Justicia ha hecho uso de esta posibilidad, en particular cuando lo exigían consideraciones imperativas de seguridad jurídica que afectaban a todos los intereses en juego [57] y teniendo asimismo en cuenta los efectos de una eventual declaración de nulidad o de invalidez sobre los derechos de los operadores económicos. [58] Estos principios también pueden aplicarse en el presente asunto.

77. Como ha observado el Gobierno del Reino Unido, desde la entrada en vigor de la Directiva 2004/113 se han celebrado probablemente millones de contratos de seguro basados en evaluaciones de riesgos diferenciadas en función del sexo, habiendo confiado los interesados en la validez de las normas nacionales aplicables en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113.

78. Por consiguiente, por razones de seguridad jurídica, los efectos del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 deberían mantenerse en dos sentidos.

79. Por una parte, no deberían cuestionarse de cara al pasado las diferencias en las primas y prestaciones de seguro por razón de sexo. En consecuencia, la declaración de invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 debería tener efectos sólo de cara al futuro.

54 — Sentencias de 26 de abril de 1994, Roquette Frères (C-228/92, Rec. p. I-1445), apartado 17, y FMC y otros, citada en la nota 52, apartado 55; sobre la retroactividad de las sentencias de anulación, véase la sentencia de 12 de febrero de 2008, Centre d'exportation du livre français «CELF» (C-199/06, Rec. p. I-469), apartados 61 y 63.

55 — Sentencia de 13 de mayo de 1981, International Chemical Corporation (66/80, Rec. p. 1191), apartado 13, y auto de 8 de noviembre de 2007, Fratelli Martini y Cargill (C-421/06), apartado 54.

56 — Sentencias de 27 de febrero de 1985, Société des produits de maïs (112/83, Rec. p. 719), apartado 18, y de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 26.

57 — Sentencias Pinna, citada en la nota 56, apartados 26 a 28; Silos, citada en la nota 53, apartado 36; de 10 de marzo de 1992, Lomas y otros (C-38/90 y C-151/90, Rec. p. I-1781), apartado 24, y Régie Networks, citada en la nota 53, apartado 122.

58 — Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Alemania/Comisión (C-239/01, Rec. p. I-10333), apartado 78; consideraciones de este tipo subyacen también en las sentencias Defrenne II, citada en la nota 23, apartados 69 a 75; de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), especialmente apartados 40 a 45, y Régie Networks, citada en la nota 53, apartado 123, primera frase.

80. Por otra parte, debería concederse a los Estados miembros un plazo razonable para trasladar las consecuencias de la invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 a su Derecho interno. De esta forma, también las compañías aseguradoras dispondrían de un período transitorio para poderse ajustar al nuevo marco legal y adaptar sus productos. Basándome en lo establecido por el propio legislador de la Unión en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2004/113, considero razonable un período transitorio de tres años. [59] Este plazo comenzaría a correr a partir de la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto.

81. Ahora bien, al término de ese período transitorio, todas las futuras primas de seguros en cuyo cálculo actualmente aún se hacen distinciones por razón de sexo, al igual que las prestaciones financiadas a partir de las nuevas primas, deberán ser independientes del sexo. El mismo criterio deberá aplicarse a los contratos de seguro en vigor. No estaría justificado denegar indefinidamente la compensación correspondiente a los tomadores de seguro discriminados que hayan firmado en el pasado, por ejemplo, un contrato de seguro de vida, máxime cuando dichos contratos aún pueden tener muchos años de vigencia. [60] La prohibición general de retroactividad del Derecho de la Unión no prohíbe en modo alguno que una nueva situación jurídica se aplique a los efectos futuros de una situación de hecho previamente existente. [61]

82. Según jurisprudencia consolidada, el único caso en que no habrá de aplicarse esta limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia es el de las personas que, antes de que se dicte la sentencia del Tribunal de Justicia en el presente asunto, hayan interpuesto un recurso jurisdiccional o presentado una reclamación equivalente con arreglo al Derecho interno. [62]

59 — La fecha de 21 de diciembre de 2007, a la que hace referencia el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2004/113, es exactamente tres años posterior a la entrada en vigor de la Directiva 2004/113 el 21 de diciembre de 2004 (fecha de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea;* véase el artículo 18 de la Directiva).

60 — En este sentido, el propio Tribunal de Justicia, en la sentencia Barber, citada en la nota 58, apartado 44, sólo excluye completamente de los efectos de la sentencia las «situaciones jurídicas que han agotado sus efectos en el pasado». En el mismo sentido se formuló el denominado «Protocolo Barber» (actualmente Protocolo nº 33 sobre el artículo 157 TFUE, DO 2010, C 83, p. 319), que sólo exceptúa las prestaciones «en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990», es decir, anteriores a la fecha en que se dictó la sentencia Barber.

61 — Sentencias de 5 de diciembre de 1973, SOPAD (143/73, Rec. p. 1433), apartado 8; de 29 de enero de 2002, Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Rec. p. I-1049), apartado 50, y de 6 de julio de 2010, Monsanto Technology (C-428/08, Rec. p. I-6765), apartado 66.

62 — Sentencias Pinna, citada en la nota 56, apartado 30, y Régie Networks, citada en la nota 53, apartado 127; en el mismo sentido, sentencias Defrenne II, citada en la nota 23, apartado 75, y Barber, citada en la nota 58, apartado 44.

B. *Segunda cuestión*

83. Con su segunda cuestión, de alcance más limitado que la primera, el Tribunal constitucional belga desea saber si el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 plantea problemas de conformidad con los derechos fundamentales en el supuesto de que su aplicación se limite a los *contratos de seguro de vida*. Esta segunda cuestión se debe a que el legislador belga sólo ha hecho uso de la excepción del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 para ese tipo de contratos de seguro.

84. La segunda cuestión se plantea para el caso de que la respuesta a la primera cuestión sea negativa, como yo propongo, por considerarse que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 vulnera la prohibición de discriminación por razón de sexo. Por consiguiente, debe examinarse la segunda cuestión.

85. Sin embargo, no advierto nada que, en el caso concreto de los contratos de seguro de vida, abogue imperativamente a favor de admitir una diferenciación en las primas y prestaciones de seguro en función del sexo. En los seguros de vida, la expectativa de vida del asegurado es un factor de riesgo clave. Al tratar la primera cuestión ya he señalado que, para valorar los riesgos, no se puede atender de forma global a diferencias entre asegurados y aseguradas que sólo se puedan acreditar estadísticamente. [63]

86. Ninguno de los argumentos expuestos en el presente procedimiento permite concluir que los seguros de vida tengan un carácter especial frente a otros tipos de seguro, en los que tradicionalmente la valoración de riesgos se efectúa en función del sexo del asegurado. Por tanto, a la vista de la información de la que dispone el Tribunal de Justicia, no hay razón para responder a la segunda cuestión de distinta forma que a la primera. Por consiguiente, procede responder afirmativamente a la segunda cuestión del Tribunal constitucional belga.

63 — Véanse, especialmente, los puntos 61 a 68 de estas conclusiones.

VI. Conclusión

87. En virtud de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal constitucional belga:

«1) El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE es inválido.

2) Los efectos de la disposición declarada inválida se mantendrán durante tres años a partir de la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto. Esta limitación no será aplicable a quienes, antes de la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente asunto, hayan interpuesto un recurso jurisdiccional o presentado una reclamación equivalente con arreglo al Derecho interno.»