

Igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo. Equiparación retroactiva de los trabajadores a la condición más favorable de la edad ordinaria de jubilación de las trabajadoras de un plan de pensiones de empresa.

STJUE (Gran Sala) de 7 de octubre de 2019 (asunto C-171/18).

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Macarena Ángel Quiroga

Investigadora Predoctoral de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen: La STJUE de 7 de octubre de 2019 (asunto C-171/18) resuelve una cuestión prejudicial en que se plantea la posible contradicción entre el artículo 119 (Tratado CE; actual artículo 157 TFUE) y la posibilidad prevista por el Derecho nacional de modificar, con efectos retroactivos y mediante una escritura de trust, un plan de pensiones para equiparar la edad ordinaria de jubilación entre hombres y mujeres a la condición menos favorable.

Palabras clave: Plan de pensiones, retroactividad, igualdad de retribución, cuestión prejudicial, escritura de trust.

Abstract: The Judgment of the EU Court of Justice of October 7, 2019 (case C-171/18) resolves a question referred that raises the possible contradiction between Article 119 (EC Treaty) and the possibility provided by the National Law to modify, with retroactive effect and by means of a trust deed, a pension scheme to match the ordinary retirement age between men and women to the least favourable condition.

Keywords: Pension scheme, retroactivity, equal pay, question referred, trust deed.

I. Introducción

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de octubre de 2019 (asunto C-171/18), objeto de comentario, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales) de Reino Unido sobre la interpretación del artículo 119 TCE (de aplicación en el momento en que se suscitó la controversia) en relación con la modificación con carácter retroactivo de la edad de jubilación ordinaria en un plan de pensiones para equipararla entre mujeres (sesenta años) y hombres (sesenta y cinco años), fijándola en sesenta y cinco años, y acabando con la discriminación retributiva que la diferente edad de jubilación comportaba.

En la sentencia se discuten varias cuestiones. En primer lugar, si en el caso de que una cláusula de un plan de pensiones de empresa, conforme al Derecho nacional, prevea la posibilidad de modificar con carácter retroactivo dicho plan mediante una escritura de trust, las comunicaciones efectuadas con carácter previo para informar de tal medida tendrían carácter vinculante o carecerían de él, debiendo esperarse a la adopción de la mencionada escritura.

En segundo lugar y, considerando que en el caso anterior los efectos vinculantes se producen a partir de la escritura de trust y no a raíz de las comunicaciones previas, asienta la jurisprudencia del TJUE conforme a la cual, en aplicación del art.119 TCE, en el periodo que media entre tales actuaciones, las medidas (dispuestas en la escritura de trust) para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, que tengan efectos retroactivos, no pueden conllevar la pérdida de derechos de los partícipes del plan de pensiones. Es decir, no puede equipararse a los partícipes que gozan de una situación más beneficiosa con la de aquellos cuya situación es menos favorable. Por tanto, no podría equipararse con efectos retroactivos la edad de jubilación ordinaria de las mujeres (sesenta años) con la de los hombres (sesenta y cinco años) sino que debería, en cualquier caso, ser al revés.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala).

Número de resolución judicial y fecha: STJUE de 7 de octubre de 2019 (asunto C-171/18).

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial.

ECLI:EU:C:2019:839

Fuente: CURIA

Ponente: Sr. T. von Danwitz

Abogado General: Sr. E. Tanchev

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Del relato de hechos probados se desprende que, en el año 1978, la empresa Safeway constituyó un plan de pensiones bajo la forma de trust, en cuya escritura de constitución se recogía una cláusula (la número 19) que permitía la modificación de éste con carácter retroactivo, a partir de la fecha en que la modificación se comunicase por escrito a sus partícipes mediante una escritura de trust.

Según tenor literal de la cláusula: *“En todo momento y cuando lo considere necesario, la sociedad gestora podrá modificar o complementar, con el consentimiento de los administradores (trustees) y mediante escritura complementaria (supplemental deed) otorgada por la sociedad gestora y los administradores, cualesquiera facultades del trust y disposiciones del plan, incluidas la presente escritura de constitución (Trust Deed) y las normas (Rules), así como las escrituras y demás instrumentos escritos que complementen la presente escritura y las escrituras indicadas en el anexo II, y podrá ejercer tal facultad disponiendo que la modificación surta efectos a partir de una fecha especificada en la escritura complementaria, que podrá ser la fecha de esa escritura complementaria, la fecha de la previa comunicación por escrito a los partícipes acerca de la modificación o adición, o una fecha en un período razonable anterior o posterior a la fecha de la escritura de modificación, de manera que la modificación o adición surta efectos con carácter retroactivo o a futuro, según el caso.”*

Por otra parte, dicho plan de pensiones establecía una edad ordinaria de jubilación distinta para hombres y mujeres. Así, mientras éstas podían jubilarse a los sesenta años de edad, aquéllos tan sólo podían acceder a la jubilación cumplidos los sesenta y cinco.

En este estado de cosas, el 17 de mayo de 1990, Tribunal de Justicia dictó la sentencia *Barber*, (C-262/88, EU:C:1990:209), que consideró discriminatorio y, por tanto, vulnerador del artículo 119 del Tratado CE, el establecimiento de una edad ordinaria de jubilación distinta según el sexo. A raíz de la misma, Safeway y Safeway Trustees, enviaron en septiembre de 1991 comunicaciones por escrito a los partícipes del plan de pensiones, conforme a las cuáles les informaban de que se efectuaría una modificación del plan a partir del 1 de diciembre de ese mismo año, equiparando la edad ordinaria de jubilación de las mujeres a la de los hombres, esto es, a la menos favorable de las dos. No obstante, no fue hasta el 2 de mayo de 1996 cuando se adoptó la escritura de trust, prevista en la cláusula antes mencionada, para efectuar dicha modificación, que tendría efectos retroactivos a 1 de diciembre de 1991.

2. Demanda inicial y procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia

En el año 2009, Safeway entabló un procedimiento con el fin de que se declarase que el establecimiento de la edad ordinaria de jubilación en sesenta y cinco años, previsto con efectos retroactivos en la escritura de trust de mayo de 1996, había sido válido. A la vista de los hechos, el Tribunal Superior de Justicia (High Court of Justice) consideró tal modificación contraria al artículo 119 del Tratado CE, y estableció que los derechos a pensión debían ser calculados sobre la base de los sesenta años para el período de tiempo comprendido entre el 1 de diciembre de 1991 y el 2 de mayo de 1996, fecha en que se había adoptado efectivamente la escritura de trust.

3. Cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Civil del tribunal de APELACIÓN (Inglaterra y Gales) de Reino Unido

Tras conocer la deliberación del Tribunal Superior de Justicia, Safeway recurrió tal decisión ante el Tribunal de Apelación (Court of Appeal). Éste afirmó que, con arreglo al Derecho nacional, la escritura de trust del año 1996 había elevado válidamente la edad ordinaria de jubilación a sesenta y cinco años para las mujeres, en equiparación a la de los hombres.

No obstante, dudaba acerca de la conformidad de tal decisión con el artículo 119 del Tratado CE, por lo que planteó la cuestión prejudicial objeto ahora de comentario al TJUE, según la cual se cuestiona si, en el supuesto de que las normas de un plan de pensiones y el Derecho nacional permitan la reducción del valor de los derechos a pensión con efecto retroactivo mediante la modificación de la escritura de trust, el artículo 119 TCE exige que, durante el periodo comprendido entre la fecha de comunicación de la intención de llevar a cabo dicha modificación y la fecha en que efectivamente ésta se realiza, se consideran irrevocables los derechos a pensión consolidados, protegidos frente a tal facultad de reducción retroactiva del Derecho nacional.

En resumidas cuentas, se pregunta si en el caso concreto, y a la luz de la jurisprudencia del TJUE, la equiparación efectuada por escritura de trust efectuada el 2 de mayo de 1996 con efecto retroactivo de la edad ordinaria de jubilación entre hombres y mujeres a la categoría menos favorable, resultó válida de conformidad a lo establecido en el artículo 119 TCE.

IV. Posiciones de las partes

1. Parte recurrente en el litigio principal (Safeway) y Comisión

Ambas alegan que las comunicaciones efectuadas en 1991, uniformando la edad de jubilación entre hombres y mujeres a sesenta y cinco años, resultaron válidas y deben considerarse medidas de restablecimiento de la igualdad con efectos a partir de tal fecha.

2. Parte recurrida en el litigio principal (*Safeway Pension Trustees Ltd. y Andrew Richard Newton*)

En la documentación disponible no constan los argumentos de oposición que pudo presentar la parte recurrida contra las alegaciones del recurrente.

3. Abogado General

El Abogado General presentó sus conclusiones el 28 de marzo de 2019.

Tras analizar el supuesto de hecho, el Abogado General considera que, en primer lugar, resulta imprescindible delimitar cuándo se cerró la “ventana *Barber*” para determinar si ha existido o no retroactividad.

Así, en el caso de considerar que las comunicaciones efectuadas en 1991 tenían fuerza jurídica plenamente vinculante, no se habría producido la retroactividad objeto de controversia. No obstante, si las mismas carecían de efectos vinculantes y, por tanto, no se estableció ninguna medida efectiva hasta el 2 de mayo de 1996, la “ventana *Barber*” permaneció abierta, por lo que la edad ordinaria de jubilación de los hombres debería haber sido equiparada a la de las mujeres y no al contrario, con base en la prohibición del Tribunal de Justicia de equiparación retroactiva con la opción menos favorable. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente decidir estas cuestiones con arreglo a la jurisprudencia del TJUE.

Por esta razón, el Abogado General entiende que la cuestión prejudicial debería reformularse del siguiente modo: *“¿Qué factores deben tenerse en cuenta para determinar la fecha en la que un fondo de pensiones ha adoptado medidas con efectos para el futuro relativas a períodos trabajados tras la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, EC:C:1990:209), con el fin de hacer respetar el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo establecido en el artículo 157 TFUE en relación con la edad normal de jubilación? Durante el período anterior a que esto se produzca, y en el que la “ventana Barber” permanece abierta, ¿es aplicable la prohibición, conforme al Derecho de la Unión, de equiparación retroactiva con la opción menos favorable, prohibición que impide la imposición de una edad de jubilación para las mujeres (la categoría más favorecida) idéntica a la de los hombres (la categoría menos favorecida), cuando las normas de un plan de pensiones confieran la facultad, con arreglo al Derecho interno, de reducir con efecto retroactivo, mediante la modificación de la escritura de constitución del trust, el valor de los derechos a pensión devengados, tanto por los hombres como por las mujeres, durante el período comprendido entre la fecha de un anuncio escrito en el que se comunica la intención de modificar el plan de pensiones y la fecha en que fue efectivamente modificada dicha escritura de constitución?”*

Para contestar a la primera cuestión, razona el Abogado General que debe considerarse el artículo 19 TUE en consonancia con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debiendo, por tanto, los Estados miembros garantizar que la igualdad de trato respecto a la edad ordinaria de jubilación sea una obligación vinculante plenamente exigible.

Respecto de la segunda, considera el Abogado General que, conforme al artículo 157 TFUE (antiguo 119 TCE), la edad de jubilación de hombres y mujeres debe ser la misma, y no puede ser alterada por las particularidades de un Estado miembro, ya que, además, el TJUE ha declarado que el principio de igualdad de retribución constituye uno de los fundamentos de la Comunidad. Entiende, por tanto, bien establecido en la jurisprudencia del TJUE que el *“sentido y el alcance del mismo no pueden determinarse en función de un criterio formal que dependa de las normas o de los usos de los Estados miembros. La necesidad de garantizar una aplicación uniforme del Tratado en toda la Comunidad exige que (el artículo 157 TFUE) se interprete de manera autónoma en relación con estas normas o usos.”*

Por todo ello, el Abogado General concluye que, para determinar la fecha en que el fondo de pensiones ha adoptado medidas para el futuro, con el fin de respetar la

igualdad de retribución entre hombres y mujeres del artículo 157 TFUE (119 TCE) en la edad ordinaria de jubilación, el órgano jurisdiccional remitente, que es quién debe decidir, debe considerar (con fundamento en los artículos 19 TUE y 47 de la Carta) que el Derecho del Estado miembro debe garantizar la igualdad de trato respecto a la edad normal de jubilación como una obligación vinculante cuyo cumplimiento sea plenamente exigible, tanto en la práctica como desde el punto de vista jurídico. Además, con anterioridad a esta situación, mientras la “ventana Barber” permanezca abierta, el Derecho de la Unión prohíbe la equiparación retroactiva con la opción menos favorable, aun cuando se permita con arreglo al Derecho interno.

V. Normativa aplicable al caso

En relación con el presente caso, debemos referirnos, por una parte, al Derecho de la Unión Europea y, por otra, al Derecho nacional de Reino Unido.

1. Derecho de la Unión Europea

Artículo 119 TCE (actual 157 TFUE):

“Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

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

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

- que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;*
- que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.”*

2. Derecho inglés

De otra parte, la cláusula 19 de la escritura de constitución del trust que regula el plan de pensiones Safeway dispone lo siguiente:

“En todo momento y cuando lo considere necesario, la sociedad gestora podrá modificar o complementar, con el consentimiento de los administradores (trustees) y mediante escritura complementaria (supplemental deed) otorgada por la sociedad gestora y los administradores, cualesquiera facultades del trust y disposiciones del plan, incluidas la presente escritura de constitución (Trust Deed) y las normas (Rules), así como las escrituras y demás instrumentos escritos que complementen la presente escritura y las escrituras indicadas en el anexo II, y podrá ejercer tal facultad disponiendo que la modificación surta efectos a partir de una fecha especificada en la escritura complementaria, que podrá ser la fecha de esa escritura complementaria, la fecha de la previa comunicación por escrito a los partícipes acerca de la modificación o adición, o una fecha en un período razonable anterior o posterior a la fecha de la escritura de modificación, de manera que la modificación o adición surta efectos con carácter retroactivo o a futuro, según el caso.”

VI. Doctrina básica

Precisa el Tribunal el ámbito material de la cuestión prejudicial que ha de resolver a partir del objeto del litigio principal, referido únicamente a los derechos consolidados de los partícipes a percibir pensión del plan de pensiones controvertido en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1991 y el 2 de mayo de 1996.

Efectuada esa demarcación objetivo-temporal, el Tribunal reitera su doctrina de la sentencia “*Barber*”: la fijación de una edad ordinaria de jubilación distinta según el sexo para las pensiones pagadas en un plan de pensiones constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado de la CE.

Y reitera también su doctrina sobre los efectos temporales de la sentencia *Barber*, a cuyo tenor el efecto directo del artículo 119 del Tratado no puede ser alegado para invocar el derecho a percibir pensiones con efectos anteriores a la propia Sentencia, salvo que los trabajadores o sus causahabientes hubieran iniciado una acción judicial o hubieran formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable antes de su fecha. Poderosas razones de seguridad jurídica así lo exigen, ya que el replanteamiento de situaciones jurídicas que hubieran agotado sus efectos en el pasado supondría la transformación con carácter retroactivo del equilibrio económico de numerosos planes de pensiones convencionalmente excluidos del régimen general.

A partir de ahí la sentencia sistematiza los efectos temporales de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el restablecimiento del principio de igualdad retributiva en los planes de pensiones:

- en los períodos de empleo anteriores a 17 de mayo de 1990, fecha de la sentencia *Barber*, los planes de pensiones no están obligados a aplicar una edad ordinaria de jubilación uniforme (con cita de las sentencias de 28 de septiembre de 1994, *Coloroll Pension Trustees*, C-200/91, EU:C:1994:348, apartado 34; *Avdel Systems*, C-408/92, EU:C:1994:349, apartado 19, y *van den Akker*, C-28/93, EU:C:1994:351, apartado 12);
- en los períodos de empleo comprendidos entre el 17 de mayo de 1990 y la adopción de medidas de restablecimiento de la igualdad de trato, los planes de pensiones deben conceder a las personas de “la categoría menos favorecida” las mismas ventajas de las personas de “la categoría privilegiada”, pues esas ventajas siguen siendo la única referencia válida a falta de un correcto desarrollo en el Derecho nacional del artículo 119 del Tratado CE (apartados 31 y 32, 16 y 17, y 16 y 17, respectivamente, de las sentencias anteriormente citadas);
- tras la adopción de medidas de restablecimiento de la igualdad de trato en el plan de pensiones, el artículo 119 del Tratado CE no se opone a que las ventajas de las personas anteriormente privilegiadas disminuyan hasta equipararse a las de las personas anteriormente menos favorecidas, puesto que dicha disposición solamente exige que los trabajadores y las trabajadoras reciban una misma retribución por un mismo trabajo sin imponer un nivel determinado (apartados 33, 21 y 19 de las mismas sentencias).

El Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Sala de lo Civil, recordando principios básicos de su doctrina: que el artículo 119 del Tratado CE produce efectos directos y reconoce derechos a los particulares que los tribunales nacionales deben salvaguardar; que su aplicación por el empresario tras la declaración de una discriminación debe ser inmediata y completa, de modo que las medidas adoptadas para restablecer la igualdad de trato no pueden someterse, en principio, a condiciones que den lugar al mantenimiento, siquiera transitorio, de la discriminación; que el principio de seguridad jurídica exige que los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión se apliquen de un modo suficientemente preciso, claro y previsible a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud sus derechos y obligaciones y adopten sus disposiciones en consecuencia y los invoquen, en su caso, ante los tribunales nacionales.

Para concluir que las medidas adoptadas en el plan de pensiones controvertido en el litigio principal con anterioridad a la adopción de la escritura de trust de 2 de mayo de 1996 no cumplieron los requisitos exigidos para reestablecer la igualdad, siendo la

escritura de trust el único medio válido de modificación del plan de pensiones conforme al Derecho inglés.

La cláusula de modificación y las comunicaciones de 1991 no tuvieron más efecto jurídico que el de atribuir a los responsables del plan de pensiones la facultad de igualar, con carácter retroactivo, la edad ordinaria de jubilación de los partícipes de dicho plan con la de los hombres, mediante la adopción de una escritura de trust en un momento posterior determinado discrecionalmente por los responsables. Esa facultad de modificación futura carecía de virtualidad para restaurar la igualdad retributiva vulnerada, pues ni ponía fin con carácter inmediato a la discriminación, ni garantizaba a los partícipes el conocimiento con exactitud de sus derechos, incumpliendo las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En cuanto a la escritura de trust, que procedió a uniformar con efectos retroactivos a 1 de diciembre de 1991 la edad ordinaria de jubilación de los partícipes del plan de pensiones con la edad ordinaria de jubilación de las personas de la categoría menos favorecida, tampoco se acomoda a la doctrina del Tribunal de Justicia, que hasta la adopción de las medidas parificadoras exige justamente el efecto contrario para restablecer el principio de igualdad, esto es, reconocer a las personas de la categoría menos favorecida las mismas ventajas de las personas de la categoría privilegiada.

La singularidad del caso estriba en que los derechos del plan de pensiones tienen carácter revocable conforme al Derecho inglés y a la escritura de constitución del propio plan, preguntando el órgano jurisdiccional remitente si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se aplica también en tal caso.

El Tribunal de Justicia no tiene inconveniente en reconocer que “no ha zanjado aún expresamente este tema” (apdo. 36). Pero añade de inmediato, para zanjarlo, que esa operación de igualación retroactiva a la baja no tiene “apoyo alguno” en su jurisprudencia, y que incluso la contradiría, pues, como argumenta el Abogado General, de admitirse por el carácter revocable del plan de pensiones, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia únicamente se aplicaría a los casos en que la equiparación retroactiva a la baja estuviera prohibida por el Derecho nacional o la escritura de constitución del plan de pensiones. Con todo, la razón de peso con la que resuelve la cuestión el Tribunal de Justicia es que la solución al problema, tratándose de una vulneración del Derecho de la Unión, ha de darla el propio Derecho de la Unión, y no los Derechos nacionales, ni las escrituras de constitución de los planes de pensiones.

Pues bien, el Derecho de la Unión, el art. 119 del Tratado CE y el objetivo de igualación de las condiciones de trabajo por la vía del progreso del Preámbulo de dicho Tratado y de su artículo 117, no autorizan la igualación retroactiva a la baja; tampoco la jurisprudencia del TJUE en los períodos de empleo comprendidos entre la fecha del pronunciamiento de la sentencia *Barber*, el 17 de mayo de 1990, y la de la adopción de las medidas de restablecimiento de la igualdad de trato, como quedó dicho.

Ciertamente, cabría, excepcionalmente, esa igualación retroactiva a la baja objetivamente justificada en un “imperativo de interés general”, pudiendo ser tal “un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del plan de pensiones”. Pero, en el caso, el órgano jurisdiccional remitente no lo justifica, pese a poner de manifiesto la dimensión económica del litigio principal (unos 100 millones de libras esterlinas).

Por tanto, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial señalando que el artículo 119 TCE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la equiparación en un plan de pensiones con carácter retroactivo de la edad ordinaria de jubilación de las mujeres (a los sesenta años) a la categoría menos favorecida (los hombres a los sesenta y cinco años) para el período comprendido entre la comunicación de dicha medida y su adopción efectiva, a pesar de su autorización por el Derecho nacional y la escritura de constitución del plan de pensiones.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

“El artículo 119 del Tratado CE (actualmente artículo 141 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que se opone, a falta de una justificación objetiva, a la adopción en un plan de pensiones —para poner fin a una discriminación contraria a esta disposición, resultante de la fijación de una edad ordinaria de jubilación diferente según el sexo— de una medida que uniformice, con carácter retroactivo, la edad ordinaria de jubilación de los partícipes de dicho plan con la de las personas de la categoría anteriormente menos favorecida, para el período comprendido entre la comunicación y la adopción de dicha medida, aun cuando tal medida esté autorizada en virtud del Derecho nacional y de la escritura de constitución de dicho plan de pensiones”.

VIII. Pasajes decisivos

Con respecto del objeto del presente litigio merece la pena destacar los siguientes pasajes:

“20. A este respecto, es preciso señalar, en primer lugar, que, en la medida en que la cuestión prejudicial y la motivación de la resolución de remisión tienen por objeto la equiparación, efectuada mediante dicha escritura de trust con efectos retroactivos a 1 de diciembre de 1991, de la edad ordinaria de jubilación de los partícipes del plan de pensiones controvertido en el litigio principal con la de las personas de la categoría anteriormente menos favorecida, procede entender esta cuestión en el sentido de que se basa en la premisa de que las medidas de restablecimiento de la igualdad de trato no se adoptaron hasta el 2 de mayo de 1996, mediante dicha escritura de trust”.

“24. Habida cuenta del efecto directo del artículo 119 del Tratado CE, la aplicación de esta disposición por el empresario tras la declaración de una discriminación debe ser inmediata y completa, de modo que las medidas adoptadas para restablecer la igualdad de trato no pueden someterse, en principio, a condiciones que den lugar al mantenimiento, siquiera transitorio, de la discriminación (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de septiembre de 1994, Avdel Systems, C-408/92, EU:C:1994:349, apartados 25 y 26)”.

“25. Además, debe respetarse también el principio de seguridad jurídica. Este último principio, que se impone con especial rigor en presencia de una normativa que pueda implicar consecuencias económicas, requiere que los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión se apliquen de un modo suficientemente preciso, claro y previsible a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud sus derechos y obligaciones y adopten sus disposiciones en consecuencia y los invoquen, en su caso, ante los tribunales nacionales. La instauración de una mera práctica, carente de efecto jurídico vinculante respecto de los interesados, no cumple dichos requisitos (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de diciembre de 2009, Aventis Pasteur, C-358/08, EU:C:2009:744, apartado 47, y de 8 de marzo de 2017, Euro Park Service, C-14/16, EU:C:2017:177, apartados 36 a 38, 40 y 42 y jurisprudencia citada)”.

“26. Por lo tanto, las medidas adoptadas para poner fin a una discriminación contraria al artículo 119 del Tratado CE deben cumplir, para que quepa considerar que restablecen la igualdad de trato exigida en dicha disposición, los requisitos mencionados en los apartados 24 y 25 de la presente sentencia”.

“27. Pues bien, en el caso de autos, resulta que las medidas adoptadas en el plan de pensiones controvertido en el litigio principal con anterioridad a la adopción de la escritura de trust de 2 de mayo de 1996 no cumplen dichos requisitos”.

“28. En efecto, como se desprende de la resolución de remisión, el plan de pensiones controvertido en el litigio principal solo se modificó válidamente, con arreglo al Derecho nacional, mediante la adopción de la referida escritura de trust. Sobre este

particular, el órgano jurisdiccional remitente declaró, en una sentencia dictada el 5 de octubre de 2017 en el procedimiento principal, que el tenor de la cláusula de modificación únicamente autoriza modificaciones mediante una escritura de trust y que el Derecho nacional se opone a una interpretación de esa cláusula que se aparte de dicho tenor, habida cuenta de la necesidad de proteger a los beneficiarios del referido plan de pensiones y permitirles conocer sus derechos”.

“31. Por lo que respecta a la gestión del plan a partir del 1 de diciembre de 1991, del apartado 25 de la presente sentencia se desprende que la instauración de una mera práctica, carente de efecto jurídico vinculante respecto de los interesados, no cumple los requisitos del principio de seguridad jurídica y, por consiguiente, no puede considerarse una medida que restablezca la igualdad de trato exigida en el artículo 119 del Tratado CE”.

“32. En estas circunstancias, resulta que, en el marco del plan de pensiones controvertido en el litigio principal, las medidas que cumplían los requisitos del Derecho de la Unión mencionados en los apartados 24 y 25 de la presente sentencia no se adoptaron hasta el 2 de mayo de 1996, mediante la escritura de trust adoptada en esa fecha”.

“33. Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la cuestión de si el artículo 119 del Tratado CE autoriza una medida, como la prevista en dicha escritura de trust, consistente en uniformizar con efectos retroactivos a partir del 1 de diciembre de 1991 la edad ordinaria de jubilación de los partícipes de un plan de pensiones con la edad ordinaria de jubilación de las personas de la categoría anteriormente menos favorecida, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desde el momento en que se haya constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría menos favorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada (sentencias de 28 de enero de 2015, *Starjakob*, C-417/13, EU:C:2015:38, apartado 46, y de 22 de enero de 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, EU:C:2019:43, apartado 79 y jurisprudencia citada)”.

“34. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que dicho principio se opone a que un plan de pensiones elimine una discriminación contraria al artículo 119 del Tratado CE y proceda a suprimir, con efectos en el pasado, las ventajas de las personas de la categoría privilegiada (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de septiembre de 1994, *Avdel Systems*, C-408/92, EU:C:1994:349, apartados 5, 13, 14, 17 y 18)”.

“35. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si dicha jurisprudencia se aplica también a situaciones, como la del litigio principal, en las que los derechos a pensión de que se trata tienen carácter revocable en virtud del Derecho nacional y de la escritura de constitución del plan de pensiones en cuestión”.

“36. Si bien el Tribunal de Justicia no ha zanjado aún expresamente este tema, la facultad, en tales situaciones, de uniformizar con carácter retroactivo las condiciones relativas a los derechos de los partícipes de un plan de pensiones con las de las personas de la categoría anteriormente menos favorecida no encuentra, sin embargo, apoyo alguno en dicha jurisprudencia. Por el contrario, como señaló el Abogado General en el apartado 64 de sus conclusiones, reconocer tal facultad privaría en gran medida a esa misma jurisprudencia de su ámbito de aplicación, en la medida en que sería entonces únicamente aplicable a los supuestos en los que tal equiparación retroactiva ya está prohibida, en cualquier caso, en virtud del Derecho nacional o de la escritura de constitución del plan de pensiones”.

“37. Además, y, sobre todo, es preciso subrayar que toda medida que tenga por objeto eliminar una discriminación contraria al Derecho de la Unión constituye una aplicación de ese Derecho, que debe ajustarse a sus exigencias. En particular, ni el

Derecho nacional ni las disposiciones de la escritura de constitución del plan de pensiones de que se trate pueden invocarse para eludir tales exigencias”.

“40. Por lo que respecta a la obligación de conceder, mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, a las personas de la categoría menos favorecida las mismas ventajas que las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que encuentra su justificación, en particular, en la conexión del artículo 119 del Tratado CE al objetivo de la igualación de las condiciones de trabajo por la vía del progreso, que resulta del preámbulo de dicho Tratado y de su artículo 117 (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne, 43/75, EU:C:1976:56, apartados 10, 11 y 15, y de 28 de septiembre de 1994, Avdel Systems, C-408/92, EU:C:1994:349, apartados 15 y 17).

“41. Pues bien, sería contrario a dicho objetivo, así como al principio de seguridad jurídica y a las exigencias [...] de la presente sentencia permitir que los responsables del plan de pensiones de que se trate eliminen una discriminación contraria al artículo 119 del Tratado CE mediante la adopción de una medida que uniformice, con efecto retroactivo, la edad ordinaria de jubilación de los partícipes de dicho plan con la edad ordinaria de jubilación de las personas de la categoría anteriormente menos favorecida. En efecto, admitir tal solución dispensaría a dichos responsables de la obligación de proceder, una vez declarada la discriminación, a su eliminación inmediata y completa. Además, incumpliría la obligación de conceder a las personas de la categoría anteriormente menos favorecida el beneficio de la edad ordinaria de jubilación de las personas de la categoría anteriormente favorecida por lo que se refiere a los derechos a pensión correspondientes a los períodos de empleo comprendidos entre la fecha del pronunciamiento de la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209), y la de la adopción de las medidas de restablecimiento de la igualdad de trato, así como la prohibición de suprimir, con efectos en el pasado, las ventajas de estas últimas personas. Finalmente, crearía, hasta la adopción de tales medidas, dudas, contrarias al principio de seguridad jurídica, en cuanto al alcance de los derechos de los partícipes”.

“43. No puede excluirse que, con carácter excepcional, se puedan adoptar con efecto retroactivo medidas dirigidas a poner fin a una discriminación contraria al Derecho de la Unión, siempre que, además de respetar la confianza legítima de los interesados, dichas medidas respondan efectivamente a un imperativo de interés general. En particular, en virtud de reiterada jurisprudencia, un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del plan de pensiones de que se trate puede constituir tal imperativo de interés general (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de enero de 2007, ITC, C-208/05, EU:C:2007:16, apartado 43 y de 7 de marzo de 2018, DW, C-651/16, EU:C:2018:162, apartado 33)”.

IX. Comentario

El Tribunal de Justicia, al resolver la cuestión prejudicial planteada y tomando en consideración las alegaciones de las partes y las conclusiones del Abogado General, considera que, si se adoptan medidas para poner fin a una situación discriminatoria contraria al artículo 119 TCE, éstas deben cumplir dos requisitos. El primero de ellos consiste en que la aplicación de dicho precepto por el empresario debe ser inmediata y completa. Por otra parte, debe respetarse el principio de seguridad jurídica, con especial rigor en aquellos casos en los que puedan derivarse consecuencias económicas.

Afirma el Tribunal que, en este caso, las medidas de igualación adoptadas no cumplen dichos requisitos. En primer lugar, la modificación del plan de pensiones era únicamente válido si se realizaba mediante la adopción de una escritura de trust, y ésta no se llevó a cabo hasta mayo de 1996, sin que las comunicaciones efectuadas en 1991 gozarán de carácter vinculante, ni cumplieran con el principio de seguridad jurídica con respecto de los partícipes del plan de pensiones.

Además, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal, recuerda que, en una situación de discriminación entre hombres y mujeres, hasta que no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato en el plan de pensiones, sólo puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas con condiciones menos favorables (los hombres en el caso, con una edad más tardía de jubilación a los sesenta y cinco años) las mismas ventajas de las personas que gozan de la situación privilegiada (las mujeres para las que la edad ordinaria de jubilación estaba situada a los sesenta años).

La sentencia está bien argumentada y puesta en razón en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que viene insistiendo desde la Sentencia *Barber* en que en el tiempo comprendido entre el 17 de mayo de 1990 y la adopción de medidas de restablecimiento de la igualdad en el plan de pensiones de que se trate no cabe la parificación a la baja, sino únicamente al alza, reconociendo a las personas menos favorecidas las ventajas de las favorecidas, pues ciertamente esas ventajas constituyen el único sistema de referencia válido ante la falta de correcto desarrollo en el Derecho nacional del artículo 119 del Tratado CE.

Resuelve con la autoridad del Derecho de la Unión y de su propia jurisprudencia la particularidad jurídica que aporta al caso el hecho de que los derechos de los planes de pensiones tienen carácter revocable conforme al Derecho inglés y a la escritura de constitución del propio plan, lo que podría permitir considerar válida una operación de igualación retroactiva a la baja. De aceptarse esa posibilidad, la reparación de la vulneración del Derecho de la Unión quedaría en la decisión de los Derechos nacionales y de las escrituras de constitución de los planes de pensiones. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sólo se aplicaría en los casos en que su solución coincidiera con la del Derecho nacional o la escritura de constitución del plan de pensiones. Todo lo cual es incompatible con el principio de prevalencia del Derecho de la Unión, con su propia existencia como comunidad de derecho autónoma que se impone a los ordenamientos de los Estados miembros.

Bajo todo ello está la discriminación de los hombres. Por razones diversas, seguramente todas ellas reconducibles a un entendimiento extendido, y progresivamente fortalecido, del principio de igualdad de trato, aquí de igualdad retributiva, de trabajadores y trabajadoras en su concepción meramente formal, el Tribunal de Justicia acepta la existencia de los que el profesor ALONSO OLEA denominó “varones discriminados”. Ejemplo reciente clarísimo es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, *WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, EU:C:2019:1075.

Es difícil, sin embargo, reconocer esa categoría por consideraciones conceptuales y jurídicas de nuestro sistema constitucional, en la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional ha hecho de los derechos a la igualdad normativa, en que el sexo puede causar una desigualdad injustificada o arbitraria, y, separadamente, a la no discriminación por sexo, una vez superada su primera jurisprudencia sobre las medidas históricas “proteccionistas” de las mujeres, que, más que discriminar formalmente a los hombres, discriminaban real o materialmente a las mujeres, apartándolas de su acceso y mantenimiento en el trabajo remunerado en condiciones de igualdad con los hombres. La discriminación constitucionalmente prohibida, jurídica y estructural, produce un resultado adverso por causas históricas muy arraigadas que han colocado a sectores de la población en situaciones de postergación y relegación difícilmente compatibles con la dignidad humana, y que se produce no solo por la acción de los poderes públicos, sino de la práctica social. Advierte el Tribunal Constitucional que “no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 C.E., y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ

5). Tampoco el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Gabrielle Defrenne v. Sabena (Defrenne II)*, de 8 de abril de 1976, C- 43/75, EU:C:1976:56, dejó de admitir –no podía no hacerlo- que la discriminación retributiva que perseguía el artículo 119 del Tratado CEE al consagrar el principio de igualdad retributiva entre trabajadores mujeres y hombres por un mismo trabajo, más adelante por un trabajo de igual valor, era la que actuaba “en detrimento de la mano de obra femenina” (apdo. 9).

Los ordenamientos jurídicos han evolucionado desde la falsa protección de la mujer hacia su igualdad con los hombres a través del derecho a la igualdad jurídica y del llamado derecho antidiscriminatorio (medidas prohibitivas y acciones positivas). Y en ese tránsito, movido por el cambio social y político protagonizado por las mujeres, han debido disponer de técnicas de igualación de las condiciones de trabajo y de seguridad social de mujeres y hombres, sin que los hombres hubieran estado discriminados por aquellos tratamientos desiguales. La STC 19/1989, de 31 de enero, constituye un buen ejemplo de lo dicho. Las normas que enjuició no tenían por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino, normas que “lejos de crear discriminación alguna, se limitaba a otorgar determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado” (FJ 5).

En el Reino Unido los hombres y mujeres nacidos antes del 6 de abril de 1950 llegaban a la edad de la jubilación a los 65 y 60 años, respectivamente, por disposición de la Ley de pensiones de vejez y de viudedad de 1940. Buscaba la medida atenuar la desigualdad y desventaja económicas de las mujeres y la fragmentación de sus carreras profesionales que resultaban del hecho de la asunción de su papel tradicional en las sociedades patriarcales de ejercicio de tareas de cuidado familiar y doméstico sin remuneración. Esa disparidad normativa dio lugar a diferentes informes oficiales y estudios para equiparar la edad ordinaria de jubilación, así como a numerosas decisiones del Tribunal de Justicia y también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Valga por todas, de este último Tribunal, la Sentencia *Stec y otros contra Reino Unido*, de 12 de abril de 2006, en la que la Gran Sala afirmó que “originalmente la diferencia establecida entre hombres y mujeres en cuanto a la edad legal de jubilación trataba de corregir las *desigualdades de hecho* entre los primeros y las segundas, pudiéndose pues considerar que estaba objetivamente justificada en virtud del artículo 14” del CEDH (apdo. 61). Concluyendo que la diferencia legal de trato había continuado contando con una justificación objetiva y razonable “hasta una época en la que los cambios producidos en los planos social y económico habían hecho desaparecer la necesidad de un trato especial para las mujeres”, correspondiendo al Estado un amplio margen de decisión “en cuanto al calendario de la reforma y a los medios precisos para corregir la desigualdad en cuestión”, siempre que no sean “manifiestamente irrazonables” (apdo. 66).

X. Apunte final

Consumado el Brexit, la formulación de cuestiones prejudiciales por órganos jurisdiccionales del Reino Unido toca a su fin, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia siga siendo competente para resolver cualquier recurso interpuesto por o contra el Reino Unido o cualquier cuestión prejudicial de sus órganos jurisdiccionales presentada antes de la finalización del período transitorio, que tendrá lugar, según lo acordado, el 31 de diciembre de 2020.