

Asunto C-681/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

11 de noviembre de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

11 de octubre de 2021

Autoridad recurrente en casación:

Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau (Organismo Asegurador de la Función Pública, los Ferrocarriles y la Minería)

Coadyuvante:

B

Objeto del procedimiento principal

Pensión de jubilación — Actualización de la pensión — Discriminación por razón de la edad

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestión prejudicial

¿Deben interpretarse los artículos 2, apartados 1 y 2, letra a), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, o los principios de seguridad jurídica, respeto de los derechos

adquiridos y efectividad que rigen en el Derecho de la Unión, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional (como la controvertida en el procedimiento principal) con arreglo a la cual a los funcionarios de una categoría anteriormente privilegiada dejan de corresponderles, con efecto retroactivo, ciertos importes resultantes de la actualización de las pensiones, y que (mediante la supresión retroactiva de la categoría anteriormente privilegiada y su equiparación a la categoría anteriormente perjudicada) tiene por efecto que también a los funcionarios de la categoría anteriormente perjudicada dejen de corresponderles los importes resultantes de la actualización de las pensiones que les habrían correspondido merced al reconocimiento judicial (reiterado) de una discriminación por razón de la edad, con la consiguiente inaplicación de una disposición nacional contraria al Derecho de la Unión con el fin de su equiparación con la categoría anteriormente privilegiada?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

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

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Bundesgesetz vom 18. November 1965 über die Pensionsansprüche der Bundesbeamten, ihrer Hinterbliebenen und Angehörigen (Ley federal de 18 de noviembre de 1965, del derecho a pensión de los funcionarios federales, sus herederos y los miembros de sus familias; en lo sucesivo, «Ley de pensiones de 1965»): artículo 41, apartados 1 a 3

El artículo 41 de la Ley de pensiones de 1965, en su versión resultante de la Ley federal BGBl. I, n.º 111/2010, dispon(ía) lo siguiente:

Efectos de las futuras modificaciones de la presente Ley federal y actualización de las prestaciones periódicas

[...]

«3. El procedimiento de actualización de las pensiones establecido en el artículo 634, apartado 12, de la ASVG para el año 2010 se aplicará a los funcionarios nacidos antes del 1 de enero de 1955 que el 31 de diciembre de 2006 se hallasen en servicio activo con motivo de las tres primeras actualizaciones de su pensión o de la pensión derivada de esta, a no ser que para el año natural de que se trate exista una normativa diferente de lo dispuesto en el artículo 108h, apartado 1, de la ASVG.»

El artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965, en la versión de la Segunda Reforma de la Función Pública de 2018, BGBl. I n.º 102/2018 (en lo sucesivo, «reforma de 2018»), dispone actualmente:

«3. El procedimiento de actualización de las pensiones establecido en el artículo 634, apartado 12, de la ASVG para el año 2010 se aplicará a los funcionarios nacidos antes del 1 de enero de 1955 que el 31 de diciembre de 2006 se hallasen en servicio activo, así como a los que sea aplicable el artículo 99, apartado 6, con motivo de las tres primeras actualizaciones de su pensión o de la pensión derivada de esta, a no ser que para el año natural de que se trate exista una normativa diferente de lo dispuesto en el artículo 108h, apartado 1, de la ASVG.» (La parte modificada por la reforma de 2018, ha sido subrayada por el Verwaltungsgerichtshof.)

En la documentación del proyecto de reforma de 2018, en relación con el artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965 se exponía lo siguiente:

«En la sentencia de 25 de octubre de 2017, asunto Ro 2016/12/0027, el Verwaltungsgerichtshof declaró que, en la aplicación del artículo 41, apartado 3, se discriminaba al grupo de edad de los funcionarios nacidos antes de 1955 en relación con los nacidos después de 1954 a los que era aplicable el artículo 99, apartado 6. A fin de suprimir esta discriminación, los funcionarios a los que sea aplicable el artículo 99, apartado 6, quedan incluidos con efecto retroactivo en el ámbito de aplicación del artículo 41, apartado 3.»

El artículo 99 de la Ley de pensiones de 1965, en su versión resultante de la Ley federal BGBl. I, n.º 210/2013), disponía lo siguiente:

«SECCIÓN XIII

Disposiciones especiales para los funcionarios nacidos después del 31 de diciembre de 1954

Cómputo paralelo

Artículo 99. 6. No procederá el cómputo paralelo cuando el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación completado a partir del 1 de enero de 2005 constituya menos de un 5 % del tiempo total de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o sea inferior a 36 meses. En tal caso, el importe de la pensión se determinará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley federal, a excepción de la presente sección.»

Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Ley federal de 9 de septiembre de 1955, de la seguridad social general; en lo sucesivo, «ASVG»)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La coadyuvante nació el 10 de noviembre de 1946 y se jubiló el 31 de diciembre de 2011.
- 2 Mediante resolución de la autoridad recurrente de 9 de mayo de 2012 se determinó que, a partir del 1 de enero de 2012, la coadyuvante percibiese una pensión de 2 438,87 euros brutos al mes y un complemento neto por importe de 595,70 euros.
- 3 El 1 de enero de 2015 se actualizó el importe de la pensión de la coadyuvante. Mediante escrito de 20 de mayo de 2015, esta alegó que la aplicación del artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965 a este respecto era contraria a la Directiva 2000/78/CE, ya que la citada disposición perjudicaba a los funcionarios de mayor edad (los nacidos antes del 1 de enero de 1955) frente a los más jóvenes. En consecuencia, la coadyuvante solicitó que se determinase mediante una resolución el importe de la pensión que le correspondía a partir del 1 de enero de 2015 y que se le abonase la diferencia correspondiente a las prestaciones ya percibidas.
- 4 Mediante resolución de la autoridad recurrente de 24 de junio de 2015 se cuantificó la pensión de la coadyuvante en 3 176,27 euros al mes, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965.
- 5 El recurso interpuesto contra esta resolución fue desestimado por infundado por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo) mediante sentencia de 19 de agosto de 2016. Ese órgano jurisdiccional consideró que no era contraria a la Directiva la supuesta discriminación indirecta por razón de la edad (límite máximo para la actualización de la pensión con arreglo al artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965 para los funcionarios nacidos antes del 1 de enero de 1955). A su parecer, esta diferencia de trato estaba justificada por el hecho de que a los funcionarios nacidos a partir del 1 de enero de 1955 se les aplicaba un cómputo paralelo menos favorable al determinar el importe de la pensión.
- 6 La sentencia del Bundesverwaltungsgericht fue anulada por el Verwaltungsgerichtshof mediante sentencia de 25 de octubre de 2017, a raíz del recurso de casación interpuesto por la coadyuvante, debido a que su contenido era contrario a Derecho. Según el parecer de este último tribunal, la justificación del Bundesverwaltungsgericht no era válida, ya que el cómputo paralelo no era aplicable a todos los funcionarios más jóvenes, de manera que con la aplicación del artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965 la coadyuvante sufría una discriminación frente a una determinada categoría de funcionarios más jóvenes.
- 7 Mediante sentencia (sustitutiva) de 9 de octubre de 2018, el Bundesverwaltungsgericht estableció en 3 182,03 euros brutos al mes (incluido el complemento) el importe de la pensión de la coadyuvante y declaró que

correspondía abonarle la diferencia con respecto a las prestaciones ya percibidas. Debido a su primacía, el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se oponía a la aplicación del artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965.

- 8 La autoridad recurrente interpuso recurso de casación contra esta sentencia (sustitutiva), que fue desestimado por inadmisibile por el Verwaltungsgerichtshof mediante resolución de 30 de abril de 2019. Este reconoció que, efectivamente, existía una (pequeña) categoría de personas privilegiadas en comparación con la coadyuvante en relación con su edad, y que el límite máximo establecido en el artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965 tenía efectos desfavorables sobre la actualización de la pensión de la coadyuvante.
- 9 Mediante resolución de 25 de julio de 2019, adoptada a raíz de una solicitud (cautelar) de la coadyuvante de 17 de julio de 2019, la autoridad recurrente estableció el importe de su pensión mensual a partir del 1 de enero de los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019. Asimismo, declaró que, durante el período comprendido entre enero y agosto de 2019, la interesada había percibido un exceso de pensión de 84,24 euros brutos, que se debía reintegrar al Tesoro público.
- 10 Al adoptar esta resolución, la autoridad recurrente consideró que la discriminación por razón de la edad había quedado subsanada con carácter retroactivo por una reforma legislativa de 2018, que declaró aplicable el artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965 también a la pequeña categoría de personas respecto a la cual la coadyuvante estuvo antes discriminada. En consecuencia, a su entender, la resolución del Bundesverwaltungsgericht de 9 de octubre de 2018 no se oponía a una nueva resolución por parte de la autoridad recurrente.
- 11 La autoridad recurrente calculó el importe de la pensión de la coadyuvante para el año 2015 de la misma manera que en su resolución de 24 de junio de 2015. Consideró que las prestaciones abonadas entre enero de 2015 y diciembre de 2018 en el importe establecido por el Bundesverwaltungsgericht en su sentencia de 9 de octubre habían sido percibidas de buena fe, por lo que no reclamó su reintegro. Sin embargo, a raíz de la entrada en vigor de la mencionada reforma, a partir del 1 de enero de 2019 ya no cabía hablar de una percepción de buena fe, por lo que procedía exigir el reintegro de los importes percibidos en exceso por la coadyuvante.
- 12 El Bundesverwaltungsgericht, ante el cual se volvió a recurrir, declaró que procedía desestimar la pretensión de declaración del importe de la pensión correspondiente al año 2015, al ser cosa juzgada. Por otro lado, estableció el importe de la pensión correspondiente a los años 2016 a 2020 y declaró que no se había percibido ninguna prestación en exceso.
- 13 En la motivación de su resolución, el Bundesverwaltungsgericht observó que, si bien la discriminación por razón de la edad había quedado literalmente suprimida con la reforma, no por ello se había subsanado la discriminación que sufría la

coadyuvante. Los fundamentos del método de cálculo no se habían modificado: simplemente se habían aplicado de nuevo, con carácter retroactivo, los importes declarados inaplicables. En consecuencia, con la reforma no se había producido ninguna modificación sustancial de la legislación, y el artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965 seguía siendo inaplicable por vulnerar el Derecho de la Unión.

- 14 En el recurso de casación interpuesto contra esta sentencia, la autoridad recurrente alega que, a causa de la modificación retroactiva de la legislación, el asunto ya no constituía cosa juzgada. Añade que no existe ningún precepto superior que se oponga expresamente a la intervención del legislador en las posiciones jurídicas existentes. En Austria no existen los derechos fundamentales sociales, y la Carta Social Europea no goza de rango constitucional ni de reserva de ley, por lo que, en principio, el legislador ordinario está facultado para modificar las posiciones jurídicas sociales del administrado en detrimento de este. Si bien se ha de tener en cuenta la confianza en los derechos adquiridos, y los perceptores de pensiones merecen una especial protección, opina que aquí únicamente se ha producido la ampliación retroactiva del ámbito de aplicación de una norma ya existente, y que la intensidad de la intervención es relativamente reducida. Por otro lado, con esta reforma el legislador pretendía suprimir la discriminación detectada.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 15 De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de discriminación contraria al Derecho de la Unión, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional nacional ha de dejar sin aplicar la disposición discriminatoria y procede pagar al funcionario discriminado la diferencia en su prestación, y esto ha de respetarse hasta que la discriminación haya sido efectivamente subsanada.
- 16 Con arreglo a la legislación anterior a la reforma de 2018 existían tres categorías de funcionarios a las que se aplicaban diferentes formas de actualización de la pensión. Para la primera categoría, en los tres primeros años la actualización estaba sujeta a un límite máximo; para la segunda era aplicable el cómputo paralelo, y para la tercera no se aplicaba ni lo uno ni lo otro. Mediante sentencia de 25 de octubre de 2017, el Verwaltungsgerichtshof declaró que la coadyuvante, incluida en la primera categoría, sufría una discriminación por razón de la edad respecto a los miembros de la tercera categoría.
- 17 Mediante la reforma de 2018 se disolvió con efecto retroactivo la tercera categoría (privilegiada), al declararse aplicable a ella el artículo 41, apartado 3, de la Ley de pensiones de 1965, y la discriminación quedó subsanada cuando se dispuso que la tercera categoría y la primera categoría (hasta entonces perjudicada) fuesen objeto, con carácter retroactivo, del mismo trato desfavorable.

- 18 Tras esta reforma, la autoridad recurrente cuantificó los derechos a pensión de la coadyuvante exactamente igual que en su resolución de 24 de junio de 2015, a pesar de que los tribunales ya se habían pronunciado con carácter firme sobre las prestaciones correspondientes a dicho período (dejando inaplicada la legislación nacional contraria al Derecho de la Unión). En consecuencia, la reforma de 2018 podría entrar en conflicto con el principio de seguridad jurídica.
- 19 Por otro lado, con arreglo al Derecho de la Unión existe la obligación de subsanar toda discriminación de forma inmediata y completa, así como la prohibición de privar a las personas hasta entonces privilegiadas de sus beneficios del pasado. Sin embargo, con la reforma de 2018, la categoría anteriormente privilegiada se vio privada de sus beneficios con efecto retroactivo. Cabe preguntarse también si esta jurisprudencia, basada en una discriminación por razón del sexo, prohibida por el Derecho primario y el Derecho derivado, es válida también en el caso de una discriminación por razón de la edad, prohibida solamente por el Derecho derivado.
- 20 Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no puede excluirse que, con carácter excepcional, se puedan adoptar con efecto retroactivo medidas destinadas a poner fin a una discriminación contraria al Derecho de la Unión, siempre que, además de respetar debidamente la confianza legítima de los interesados, dichas medidas respondan efectivamente a un imperativo de interés general. Si bien un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del régimen de pensiones correspondiente puede constituir una razón imperiosa de interés general, en Austria las pensiones de los funcionarios se pagan con cargo al presupuesto del Estado, y no con cargo a régimen de pensiones alguno.
- 21 Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con la discriminación por razón de la edad, que, en principio, se han de respetar los derechos adquiridos por la categoría privilegiada. Esto no es precisamente lo que ha sucedido en el caso de autos. Según la jurisprudencia, ante una discriminación por razón de la edad no se ha de conceder necesariamente una compensación económica (de la diferencia con el importe correspondiente sin la discriminación), siempre que se respeten los derechos adquiridos por la categoría anteriormente privilegiada. Hasta la fecha no se ha aclarado en qué casos, con qué condiciones y en qué medida es posible conceder una compensación inferior a esta diferencia. En cualquier caso (que se aprecie), nunca se ha declarado que sea conforme con el Derecho de la Unión equiparar en derechos a la categoría anteriormente privilegiada con la categoría anteriormente perjudicada, mediante una nueva normativa aprobada con carácter retroactivo, de manera que a las personas anteriormente discriminadas por razón de la edad no se les conceda ninguna compensación en absoluto.
- 22 A causa de la reforma de 2018, la coadyuvante sufre, además, una apreciable pérdida de prestaciones en comparación con la inaplicación de las disposiciones discriminatorias.

- 23 Por otro lado, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros están obligados a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión. Sin embargo, la efectividad de las vías de recurso se vería socavada con el empeoramiento retroactivo de la posición jurídica de la categoría anteriormente privilegiada si se considerase conforme con el Derecho de la Unión una legislación que permite suprimir retroactivamente una discriminación judicialmente declarada sin garantizar la correspondiente diferencia de ingresos para los discriminados.
- 24 Además, si se considerase que la reforma de 2018 es conforme con el Derecho de la Unión, los funcionarios que invocan la discriminación habrían de soportar el coste económico del litigio sin que el reconocimiento final de dicha discriminación les reportase en última instancia beneficio alguno.
- 25 Asimismo, dentro de la categoría de los funcionarios que han interpuesto recursos en defensa de sus derechos derivados del Derecho de la Unión existe, por un lado, una subcategoría de funcionarios que ya han percibido pagos de acuerdo con un cálculo de sus pensiones no discriminatorio y a los que se les permite conservar este mayor importe, mientras que, por otro lado, está la subcategoría de funcionarios que hasta la fecha no han percibido prestaciones de este tipo y, por lo tanto, no han obtenido ningún beneficio económico. La subcategoría en la que se incluya cada funcionario depende, en esencia, de circunstancias ajenas a su control: en particular, de si las autoridades competentes y los tribunales de lo contencioso-administrativo han resuelto o tramitado ya su asunto concreto y en qué sentido. De este modo, quedan en entredicho la efectividad de las vías de recurso utilizadas por cada funcionario para hacer valer sus derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, así como el principio general de igualdad de trato.