



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Huelva

IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

STJCE de 27 de abril de 2006. Petición de decisión prejudicial

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO *

SUPUESTO DE HECHO: Esta petición de decisión prejudicial que se plantea al Tribunal europeo versa sobre la interpretación de los artículos 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Concretamente, el conflicto se produce entre la Sra. Richards, una persona que se había sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo y el Secretary of State for Work and Pensions del Estado inglés. Dicho conflicto surge ante la negativa de este último organismo a reconocer a la interesada una pensión de jubilación a partir del momento en el cual cumplió los 60 años.

La normativa inglesa sobre cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social (Social Security Contributions and Benefits Act 1995) dispone que los hombres alcanzan la edad de jubilación al cumplir los 65 años y las mujeres nacidas antes del 6 de abril de 1950 al cumplir los 60 años.

La discusión que se produce en este litigio es sobre el derecho de la Sra. Richards a acceder a la pensión de jubilación a los 60 años, por el hecho de ser una mujer tras la operación de cambio de sexo, o si por el contrario se sigue aplicando la edad de 65 años prevista en la norma nacional para los solicitantes varones.

* Profesora Ayudante LOU. Universidad de Huelva.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 27 de abril de 2006, considera que una normativa nacional que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambió de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que según dicho Derecho nacional es mujer, resulta contraria a la Directiva 79/7/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTOS E IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO.
3. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

La Sra. Richards nació el día 28 de febrero de 1942, en su partida de nacimiento figuraba como perteneciente al sexo masculino. Al habersele diagnosticado una disforia de sexo ¹, se sometió el 3 de mayo de 2001 a una operación quirúrgica de cambio de sexo. En este momento la interesada tenía 59 años de edad. Unos meses más tarde, el 14 de febrero de 2002, la interesada solicita al Secretary of State que se le reconozca el derecho a una pensión de jubilación a partir del 28 de febrero de ese año, ya que a partir de esa fecha tendría los 60 años que exige la norma nacional a una mujer para acceder a la pensión de jubilación, siempre que haya nacido antes del 6 de abril de 1950, requisito que cumplía la interesada.

Ante esta solicitud el órgano competente responde negativamente alegando que «*había sido presentada más de cuatro meses antes de que el solicitante cumpliera los 65 años*», que es la edad de jubilación de los hombres en el Reino Unido. Por tanto, para este Estado y a pesar de la operación de cambio de sexo la interesada sigue siendo un hombre. Esta negativa del Estado se basaba en el artículo 29, apartados 1 y 3, de la Le de 1953 sobre inscripción de los nacimientos y las defunciones que prohíbe toda modificación registral de la partida de nacimiento, salvo en caso de error de transcripción o de error material.

¹ Disforia es el sentimiento de que el sexo al que fuiste designado de nacimiento no corresponde al género que tú sientes internamente.

Esta negativa supuso el recurso de la interesada ante el Social Security Commissioner alegando que «*la negativa a reconocerle una pensión de jubilación a partir de los 60 años constituía una violación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como una discriminación contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7*».

El Secretary of State alegaba que la pretensión de la demandante no estaba incluida en el ámbito de aplicación de la referida Directiva del año 1979, ya que ésta en su artículo 4, apartado 1, establece que «*el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:*

- *el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,*
- *la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,*
- *el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a prestaciones».*

Por su parte el artículo 7.1 de la misma Directiva prevé una reserva a favor de los Estados miembros, ya que declara que esta norma «*no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:*

- a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones [...]*».

De acuerdo con esta previsión el Estado inglés podía reservarse la facultad de establecer, para la prestación de jubilación, edades distintas para las mujeres y los hombres, intentando de esta forma compensar las mayores dificultades de las mujeres para acceder al mercado de trabajo y su más tardía incorporación. Esto es lo que se conoce con el nombre de medida de acción positiva que puede definirse como «*el conjunto de medidas de impulso y promoción que tienen por objetivo establecer la igualdad entre hombres y mujeres en materia de oportunidades de empleo y ocupación, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho*»².

² Véase VOGEL POLSKY, E. «Los programas de acción positiva a favor de las mujeres» *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 104. núm. 2, 1985, págs. 234 y ss. Según la definición proporcionada por el Comité para la Igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de

Por tanto y según el órgano demandado su respuesta no es contraria al Derecho comunitario, ya que éste se limita a prever medidas de armonización en lo que atañe a las prestaciones de vejez, pero sin conferir el derecho a obtener tales prestaciones, lo que queda reservado a los Estados miembros.

Un segundo argumento que utiliza este órgano demandado es que la Sra. Richards no fue discriminada en relación con las personas que constituyen el elemento de comparación adecuado, esto es los hombres que no se han sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo.

Ante las dudas suscitadas por este conflicto el Social Security Commissioner decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal europeo una serie de cuestiones prejudiciales.

2. CONCEPTOS E IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO

Las dos cuestiones prejudiciales que se le plantean al Tribunal europeo están estrechamente relacionadas. La primera se refiere a si la Directiva 79/7 prohíbe denegar a un transexual, que cambia de sexo masculino a sexo femenino, el reconocimiento de una prestación de jubilación hasta cumplir los 65 años de edad que exige la norma nacional, cuando la persona en cuestión habría tenido derecho a dicha pensión a la edad de 60 años si hubiera sido considerada mujer en virtud del Derecho nacional.

En caso de respuesta afirmativa a la anterior pregunta ¿a partir de qué fecha debe tener efectos la decisión del Tribunal de Justicia sobre la primera cuestión?

Ante estas cuestiones prejudiciales debemos señalar que los aspectos sobre los que vamos a trabajar en las líneas siguientes se refieren a la consideración o no de la interesada como una mujer, a la reforma que en materia de reconocimiento del sexo de las personas se produce en dicho Estado en

Europa, la acción positiva «*es una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades a través de unas medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales*». *Guía de buenas prácticas para la implantación de acciones positivas en las empresas. Programa Óptima*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, 2000. pág. 21. Existen otros conceptos de acción positiva. Por ejemplo, «*la acción positiva consiste en una estrategia destinada a combatir la discriminación, o los efectos perjudiciales que se derivan de la discriminación, en un colectivo discriminado*». Este concepto así como las características principales de las medidas de acción positiva son destacadas por SUÁREZ LLANOS, M.L. a la hora de comentar la obra de Dema/2000. *Teoría Feminista, Política y Derecho*. Dykinson, 2002, págs. 73 y ss.



el año 2004, al elemento de comparación adecuado en el caso que analizamos, a la eficacia retroactiva de una norma legal y finalmente a la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia judicial.

Para entender cada uno de estos aspectos debemos señalar que el 1 de julio de 2004, se promulgó en el Reino Unido la Ley de 2004 sobre reconocimiento del sexo de las personas (Gender Recognition Act 2004). En esta norma legal, que entró en vigor el 4 de abril de 2005, se señala que *«aquellas personas que hayan cambiado ya de sexo, o que proyecten una operación quirúrgica de este tipo, podrán solicitar un certificado de reconocimiento de sexo (gender recognition certificate), basándose en el cual podrán obtener un reconocimiento casi total de su cambio de sexo»*.

Este certificado se expedirá siempre que el interesado cumpla los siguientes requisitos:

- tener o haber tenido disforia de sexo;
- haber vivido con su nueva identidad sexual durante los dos años anteriores a la fecha de solicitud el certificado.

Esta misma Ley del año 2004 prevé en su artículo 9 que *«cuando a una persona se le expida un certificado completo de reconocimiento de sexo, el sexo adquirido será en cualesquiera circunstancias el sexo de esa persona. [...] Este certificado de reconocimiento de sexo no surtirá efecto alguno en relación con los actos realizados o los hechos acaecidos con anterioridad a la expedición del mismo»*.

Según estas previsiones algunas cuestiones deben ser comentadas en el supuesto que ahora analizamos. En primer lugar, debemos señalar la contradicción que se produce en el seno de esta norma legal, ya que señala como posibles solicitantes del certificado los individuos que ya se hayan sometido a operación quirúrgica de cambio de sexo o que proyecten hacerlo, pero sin embargo exige como requisito *sine qua non* haber vivido con su nueva identidad sexual durante los dos años anteriores a la fecha de solicitud del certificado. La única explicación que cabe en este caso es que esta última expresión puede entenderse inclusiva de los supuestos en los cuales sin haberse producido todavía la operación quirúrgica el interesado/a vive como si hubiera cambiado ya de sexo.

La segunda duda surge cuando en esta Ley se dice que con este certificado se podrá obtener un reconocimiento *«casi total de su cambio de sexo»*. Esta expresión tan indeterminada planteará numerosas dudas de interpretación ya que no se establecen los límites de la eficacia y efectos del mencionado certificado.

Centrándonos en la cuestión que comentamos en esta sentencia, dicha norma del año 2004, prevé en el Anexo 5.II.7. una mención expresa a las prestaciones de jubilación. Concretamente señala que *«[...] si inmediatamente antes de que se expida el certificado, una persona: es un hombre que*

ha alcanzado la edad a la que una mujer llega a la edad de jubilación, pero no ha cumplido los 65 años, habrá de considerarse que [...] ha alcanzado la edad de jubilación en la fecha de expedición de dicho certificado».

Esta última previsión legal parece que resuelve el conflicto que estamos comentando en esta sentencia, sin embargo quedan algunos aspectos por revisar.

El primer aspecto se refiere a la fecha de aprobación de esta norma legal, año 2004, y de entrada en vigor, año 2005, cuando la solicitud de la interesada se realizó en el año 2002. En esta fecha ni estaba vigente la norma de 2004, ni en el caso de estarlo la interesada hubiera cumplido todos los requisitos exigidos para la concesión del certificado mencionado, ya que sólo habían transcurrido escasos 10 meses desde la operación quirúrgica, aunque también hemos mencionado en líneas anteriores que la posible contradicción que existe en la norma podría llevar a incluir los casos en los cuales la operación todavía no se ha realizado pero está en proyecto hacerlo. La duda siguiente es qué pasa cuando la operación se ha realizado pero no han transcurrido los dos años desde la misma que exige la Ley. ¿Sería menos favorable el trato de las personas que habiendo sido operadas, dicha operación no se ha realizado con al menos dos años de antelación, respecto de las que ni siquiera lo han sido?

Al margen de este debate doctrinal e incluso jurisprudencial en el que no podemos detenernos en este momento, lo que nos interesa es la posible vulneración por la norma inglesa del Derecho comunitario, y la posible aplicación retroactiva de la misma.

En relación con el primer aspecto, señala el Tribunal europeo que la Directiva 79/7 no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que dicha norma debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado, y aunque según esta norma corresponda a los Estados miembros determinar los requisitos para el reconocimiento jurídico tanto de un cambio de sexo como de una pensión de jubilación.

Aunque los Estados miembros pueden, a tenor de esta Directiva, establecer excepciones al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de pensión de jubilación, no pueden considerar como un elemento carente de importancia el caso de los transexuales, ya que esto puede provocar, como ocurre en el presente litigio, que la discriminación no se produzca entre mujeres y hombres, sino entre el propio colectivo de hombres o el propio colectivo de mujeres³.

³ Véase CAMPOS, A. «La transexualidad y el derecho a la identidad sexual». Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. <http://www.felgt.or/>

Por todo ello, declara este Tribunal de Justicia que *«una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho comunitario debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias de este Derecho»*.

Por tanto, podemos concluir que aunque los Estados miembros pueden fijar edades de jubilación diferentes para los hombres y las mujeres, no pueden vulnerar el derecho a la igualdad de trato de forma no justificada e indiscriminada. Si bien la medida de acción positiva que supone establecer una edad de jubilación inferior para las mujeres está justificada objetivamente, porque lo que el legislador comunitario pretendía era *«autorizar a los Estados miembros a mantener temporalmente, en materia de jubilaciones, las ventajas concedidas a las mujeres, con el fin de permitirles llevar a cabo progresivamente una modificación de los sistemas de pensión en este punto sin perturbar el complejo equilibrio financiero de dichos sistemas, cuya importancia no podía ignorar. Entre estas ventajas figura precisamente la posibilidad, para las trabajadoras, de disfrutar de los derechos a la pensión antes que los trabajadores, como dispone el artículo 7.1 de la misma Directiva»*.

En definitiva, se pretende compensar a las mujeres como decíamos anteriormente por su dificultad para acceder y mantenerse en el mercado de trabajo a través de una medida de acción positiva que el Tribunal recuerda que debe ser temporal.

Por tanto, acudiendo el principio de jerarquía normativa y a la cesión de competencias que los Estados realizan cuando solicitan formar parte de la Unión europea, debemos concluir con la idea de que la norma inglesa es contraria al Derecho comunitaria, debiendo por tanto ser modificada.

Por último nos referiremos a la eficacia retroactiva de una norma legal y finalmente a la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia judicial.

En cuanto a la aplicación retroactiva de la norma del año 2004, aspecto sobre el que no se pronuncia el Tribunal europeo, parece que la misma no es posible, ya que como señalamos anteriormente al comentar el artículo 9.2 de dicha norma *«el certificado de reconocimiento de sexo no surtirá efecto alguno en relación con los actos realizados o los hechos acaecidos con anterioridad a la expedición del mismo»*, y por pura lógica dicha expedición no pudo realizarse con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, en

Webportal/localsol de 28 de junio de 2006. CAMERO SUÁREZ, V. «Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el status jurídico de las parejas del mismo sexo». <http://www.hegoak.com/legislacion/leg-4.html> de 28 de junio de 2006.

el año 2005. Por tanto y en el caso que nos ocupa esto supone que la interesada podría solicitarlo a partir de esta fecha, 4 de abril de 2005, fecha en la cual ya tendría 63 años.

En cuanto a la pregunta que realiza el Tribunal inglés sobre la fecha a partir de la cual debe tener efectos la decisión del Tribunal europeo de considerar contraria al Derecho comunitario la norma inglesa comentada, debemos resaltar que según este Tribunal *«sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición que haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe [...]». Además, según reiterada jurisprudencia, las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación en el tiempo de los efectos de esa sentencia».*

En esta sentencia se indica como el Tribunal recurre a esta limitación temporal de los efectos de una resolución sólo en circunstancias muy determinadas, *«cuando, por una parte, exista un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, [cuando] era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión de las Comunidades Europeas».*

En el caso que comentamos parece que ni existe un elevado número de situaciones jurídicas como las que dan lugar al conflicto, ni tampoco existe esa incertidumbre objetiva e importante, por lo que no tiene sentido limitar los efectos de la sentencia⁴.

⁴ Un supuesto en el cual existió una gran repercusión económica en una resolución judicial fue la Sentencia Barber de 17 de mayo de 1990. Asunto C-262/88. En este asunto el Sr. Barber se encontraba afiliado a la Caja de Pensiones de Jubilación creada por Guardian, que aplicaba un Plan de pensiones no contributivo, es decir, financiado íntegramente por el empresario. De acuerdo con este Plan de pensiones, la edad normal de jubilación estaba fijada, para la categoría de empleados a la que pertenecía el interesado, en 62 años para los hombres y en 57 para las mujeres. En caso de que se produjera un despido por causas económicas, se preveía que el trabajador afectado recibiría una pensión inmediata, siempre que hubiese alcanzado la edad de 55 años si era hombre o 50 si era mujer. El actor despedido por estas circunstancias a la edad de 52 años no pudo disfrutar de estos beneficios económicos por no cumplir el requisito de la edad. Por ello el Tribunal consideró que *«[...] el artículo 119 del Tratado se*



3. VALORACIÓN FINAL

Como conclusión podemos destacar que en el supuesto controvertido el elemento de comparación adecuado era el colectivo de mujeres que puede jubilarse a los 60 años y no el colectivo de hombres que puede hacerlo a los 65 años, ya que la interesada pertenecía al sexo femenino a efectos legales y tras la correspondiente operación quirúrgica. Esto es consecuencia de la imposibilidad de que los Estados miembros, en el uso de las facultades que tienen para desarrollar el Derecho Comunitario, no respeten Derechos Fundamentales como el derecho a la igualdad de trato por razón de sexo⁵. En cualquier caso, en el supuesto concreto de la interesada la solución no se produce a los 60 años sino a los 63 años, aunque gracias a la no limitación de los efectos de esta sentencia situaciones parecidas a las comentadas en este supuesto tendrán una resolución clara en la medida en que sienta un precedente para posteriores conflictos judiciales.

opone a que un hombre despedido por causas económicas sólo pueda tener derecho a una pensión con pago diferido a la edad normal de jubilación, mientras que una mujer que se encuentre en las mismas circunstancias tiene derecho a una pensión de jubilación inmediata, debido a la aplicación de un requisito de edad distinto según el sexo, que corresponde a una diferencia prevista por el régimen legal nacional para la concesión de las pensiones de jubilación. El principio de igualdad de retribución debe garantizarse para cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores». Lo que este pronunciamiento señala es que será a partir del día 17 de mayo de 1990, cuando pueda aplicarse la exigencia de igualdad retributiva para todos y cada uno de los elementos que compongan la retribución del trabajador.

⁵ Véase LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. *La problemática jurídica de la transexualidad*. McGraw Hill. Madrid. 1998. RIVAS PASTOR, A. «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78». *Temas Laborales*, núm. 59. 2001. págs. 193-220. RIVAS VAÑO, A. & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa». *Temas Laborales*, núm. 52. 1999. págs. 3 y ss.