CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 15 de mayo de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Los dos asuntos que hoy nos ocupan se refieren a una petición de decisión prejudicial, planteada por la Court of Appeal, London (en lo sucesivo, «Juez remitente»), que desea que se precise el alcance de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (en lo sucesivo, «Directiva 76/207») [1] y de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 (en lo sucesivo, «Directiva 79/7»). [2] Las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia se suscitaron en el marco de dos litigios entre, respectivamente, la Sra. Sonia Jackson y la Sra. Patricia Cresswell partes demandantes (en lo sucesivo, «Jackson y Cresswell», o «las demandantes en el litigio principal») y el Chief Adjudication Officer británico, parte demandada (en lo sucesivo, «el Chief Adjudication Officer»), sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de dos regímenes británicos de prestaciones sociales, en la medida en que dichos regímenes no tienen en cuenta los gastos derivados del cuidado de los hijos para el cálculo de las prestaciones.

Hechos y marco jurídico

2. Los dos regímenes de prestaciones sociales de que se trata pueden resumirse del siguiente modo.

La Supplementary Benefits Act de 1976 (en lo sucesivo, «SBA»), objeto de controversia en el asunto C-63/91 (Jackson), estableció el pago de una prestación complementaria («Supplementary Benefit») a las personas mayores de 16 años cuyos recursos fueran insuficientes para cubrir sus necesidades («requirements»). Las personas que hubieran superado la edad de jubilación podían obtener esta prestación en forma de pensión complementaria («Supplementary Pension»). El importe de la prestación se hallaba en función de la insuficiencia de recursos de los interesados en relación con sus necesidades (que se enumeraban en una lista). Por el contrario, las personas que aún no habían alcanzado la edad de jubilación, para poder optar a una asignación complementaria, denominada en este caso «supplementary allowance», tenían, por lo general, que estar disponibles para el ejercicio de un empleo. [3] Conforme a las Supplementary Benefit (Conditions of Entitlement) Regulations de 1981, este requisito no se exigía, sin embargo, a las personas solas que tuvieran un hijo a cargo que residiera bajo el mismo techo. [4]

Por otra parte, las Supplementary Benefit (Resources) Regulations de 1981 establecieron que, para el cálculo de las rentas de los

* Lengua original: neerlandés.

1 — Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

2 — Relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

3 — Section 5(1)(a) SBA.

4 — Regulation 6(a) Supplementary Benefit (Conditions of Entitlement) Regulations de 1981.

derechohabientes, había que deducir de sus ingresos por actividades profesionales un importe razonable por los gastos inherentes al cuidado de un hijo.[5] Una asignación de formación («Training Allowance») pagada conforme a lo dispuesto en la Manpower Services Commission, organismo legal encargado de la formación profesional, fue considerada como ingreso para el cálculo de la asignación complementaria.[6] Sin embargo para el cálculo de las rentas del interesado, los gastos de carácter familiar y, en concreto, los gastos derivados del cuidado de un hijo, no podían deducirse de esta asignación de formación que, no obstante, se consideraba como un ingreso. Los gastos derivados del cuidado de los hijos tampoco podían tenerse en cuenta añadiéndolos a la lista de necesidades. Los requisitos de aplicación que rigen la composición de esta lista, las «Supplementary Benefit (Requirements) Regulations de 1983», únicamente permitían considerar como gastos necesarios los derivados de una tarea doméstica ordinaria («ordinary domestic task»), cuando los miembros de la familia de que se tratase, habiendo alcanzado la mayoría de edad, no estuvieran en condiciones de realizar dicha tarea por sí mismos a causa de vejez, mala salud, invalidez o pesadas responsabilidades familiares («old age, ill-health, disability or heavy family responsabilities»).[7]

3. A partir del mes de abril de 1988, la SBA fue sustituida por la Social Security Act de 1986 (en lo sucesivo, «SSA») sobre la cual versa el asunto C-64/91 (Cresswell). Esta última Ley sustituye la asignación complementaria, de la que acabamos de hablar, por el denominado auxilio económico de asistencia social («Income Support») que se abona a toda persona mayor de 18 años, cuyos ingresos no sean suficientes para cubrir sus necesidades, que no ejerza un trabajo remunerado («is not engaged in remunerative work»), o cuyo cónyuge, casado o no, no ejerza ningún trabajo remunerado y que —salvo determinadas excepciones— se halle disponible para el ejercicio de un empleo.[8] Conforme a las Income Support (General) Regulations de 1987, este último requisito no se aplica a los progenitores solos, a cuyo cargo se halle un hijo que habite bajo el mismo techo.[9] También definen el concepto de «trabajo remunerado» como aquella actividad laboral de una duración media semanal no inferior a 24 horas.[10] Contrariamente a la SBA, la SSA no permite deducir los gastos por cuidado de un hijo de los ingresos por un trabajo a tiempo parcial. Tales gastos tampoco pueden computarse para el cálculo de las necesidades económicas de una persona.

5 — Regulation 10(4)(c)(ii) Supplementary Benefit (Resources) Regulations de 1981: «In calculating the amount of a person's earnings, there shall be deducted from the earnings which he derives from any employment [...] expenses reasonably incurred by him without reimbursement in respect of [...] the making of reasonable provision for the care of another member of the assessment unit because of his own necessary absence from home to carry out his duties in connexion with that employment [...]». (Para el cálculo de los ingresos del interesado, se deducirán de sus ingresos por actividades profesionales [...] los gastos razonables que hubiere realizado y cuyo reembolso no hubiere obtenido, ocasionados [...] por el cuidado de otro miembro de la unidad familiar como consecuencia de su propia ausencia necesaria del hogar para ocuparse de sus deberes en relación con dicha actividad profesional).

6 — Regulation 11(2)(h) Supplementary Benefit (Resources) Regulations de 1981.

7 — Parece que en un asunto similar al asunto Jackson, un Social Security Commissioner decidió que una persona con un solo hijo a cargo, no podía ser considerada como alguien con «pesadas responsabilidades familiares» y que dichas responsabilidades no pueden ser calificadas de «pesadas» por el hecho de que la persona afectada decida seguir un curso de formación profesional.

8 — Section 20(3) SSA.

9 — Regulation 8 juncto schedule 1, section 1 Income Support (General) Regulations de 1987.

10 — Regulation 5(1) Income Support (General) Regulations de 1987.

4. En la época en que se produjeron los hechos objeto del litigio en el asunto C-63/91, la Sra. Jackson tenía 23 años. Era soltera, se hallaba sin trabajo y era madre de un niño de 4 años. Percibía diferentes asignaciones («Child Benefit» y «One-Parent Benefit») y, desde el mes de marzo de 1982, percibía igualmente una asignación complementaria en virtud de la SBA. En septiembre de 1986, comenzó a asistir a un curso de formación profesional, organizado por la Manpower Services Commission. Por este concepto, percibía una asignación de formación semanal. A causa de la misma, sus recursos económicos excedían de sus necesidades, de modo que la autoridad competente, el Adjudication Officer, consideró que la Sra. Jackson ya no tenía derecho a la asignación complementaria, negándose a tener en cuenta los gastos en que la Sra. Jackson incurrió por el cuidado de su hijo durante el período de formación profesional.

En el momento en que se produjeron los hechos objeto del litigio en el asunto C-64/91, la Sra. Cresswell tenía 30 años. Estaba divorciada y era madre de dos niños de 5 y 2 años de edad, respectivamente, que tenía a su cargo exclusivo. Durante cierto tiempo, se halló en situación de paro total y posteriormente, en septiembre de 1988, comenzó a trabajar a tiempo parcial como diseñadora gráfica para la Universidad de Exeter (a razón de 22 horas por semana durante el año académico, es decir, con una duración media inferior a las 24 horas semanales). Hasta ese momento percibía, al igual que la Sra. Jackson, las asignaciones denominadas «Child Benefit» y «One Parent Benefit». Desde hacía algún tiempo, disfrutaba además de un auxilio económico en virtud de la SSA. Desde el momento en que comenzó a ejercer un trabajo remunerado, el Adjudication Officer redujo el importe del auxilio económico sin tener en cuenta, no obstante, los gastos en que incurrió la Sra. Cresswell por el cuidado de sus hijos.

5. Tanto la Sra. Jackson como la Sra. Cresswell consideran que la negativa a tener en cuenta los gastos por el cuidado de los hijos, constituye una discriminación basada en el sexo que es incompatible con el Derecho comunitario aplicable en la materia.

Tras dirigirse, sin éxito, al Social Security Appeal Tribunal y al Social Security Commissioner, interpusieron un recurso ante el Juez remitente. Por considerar que los litigios suscitaban un problema de interpretación de las Directivas 79/7 y 76/207, éste dictó dos resoluciones de fecha 21 de diciembre de 1990, por las que planteaba al Tribunal de Justicia un determinado número de cuestiones prejudiciales:

En el asunto C-63/91 (Jackson), estas cuestiones son las siguientes:

«1) ¿Está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Directiva 79/7 la asignación complementaria, que consiste en una prestación de la que pueden beneficiarse, en toda una serie de circunstancias personales, las personas cuyos medios son insuficientes para atender sus necesidades, tal y como la ley las define, y que pueden o no estar afectadas por alguna de las contingencias enumeradas en el artículo 3 de la Directiva 79/7?

2) ¿Es la respuesta a la cuestión nº 1 la misma en todos los casos, o depende de si una persona está afectada por alguna

de las contingencias enumeradas en el artículo 3 de la Directiva 79/7?

3) ¿Pueden entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 los requisitos que confieren el derecho a disfrutar de la asignación complementaria, cuando estos requisitos se refieran exclusivamente al derecho a dicha asignación, pero la aplicación de los mismos pueda afectar a la posibilidad del progenitor solo de acceder a la formación profesional?»

Las cuestiones planteadas en el asunto C-64/91 (Cresswell) son idénticas, salvo que se refieren a la situación de la Sra. Cresswell y al auxilio económico:

«1) ¿Está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Directiva 79/7 el auxilio económico de asistencia social, que consiste en una prestación de la que pueden beneficiarse, en toda una serie de circunstancias personales, las personas cuyos medios son insuficientes para atender sus necesidades, tal y como la ley las define, y que pueden o no estar afectadas por alguna de las contingencias enumeradas en el artículo 3 de la Directiva 79/7?

2) ¿Es la respuesta a la cuestión nº 1 la misma en todos los casos, o depende de si una persona está afectada por alguna de las contingencias enumeradas en el artículo 3 de la Directiva 79/7?

3) ¿Pueden entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 los requisitos que confieren el derecho a disfrutar del auxilio económico de asistencia social, cuando estos requisitos se refieran exclusivamente al derecho a dicho auxilio, pero la aplicación de los mismos pueda afectar a la posibilidad del progenitor solo de obtener un empleo a tiempo parcial?»

En la resolución dictada el mismo día, que se adjuntó a las dos antes citadas, el Juez remitente también solicitó al Tribunal de Justicia que, si consideraba aplicables ambas Directivas, le indicara la manera de restablecer los derechos de las Sras. Jackson y Cresswell. [11]

6. Antes de emprender este análisis, deseo dedicar unos instantes a esta última solicitud. La Comisión considera que el Tribunal de Justicia no está obligado a acceder a ella. Según la argumentación desarrollada por ésta en sus observaciones anexas, el Juez remitente no tiene necesidad de obtener una respuesta a dicha cuestión dado que, en esa fase del procedimiento, sólo ha de pronunciarse sobre la aplicabilidad de las Directivas 79/7 y 76/207. La cuestión del restablecimiento de los derechos lesionados, sólo se plantea en una fase posterior y ante otro Juez, es decir, ante el Juez que conoce de los hechos («fact-finding body»), al cual le serán remitidos estos asuntos —en caso de que el Tribunal de Justicia considere que ambos regímenes de prestaciones sociales entran en el ámbito de aplicación de una y/u otra Directiva— y que deberá examinar si dichos regímenes poseen o no efectos discriminatorios y su posible justificación. La Comisión deduce de la sentencia Pardini [12] que el Tribunal de Justicia sólo es compe-

11 — Resolución de 21 de diciembre de 1990, p. 20, letra D (en lo sucesivo, «la resolución de remisión»).

12 — Sentencia de 21 de abril de 1988 (338/85, Rec. p. 2041), apartado 11.

tente para pronunciarse con carácter prejudicial en virtud del artículo 177 del Tratado, cuando el propio Juez nacional que lo solicita necesita esta resolución para dirimir un litigio que se halla pendiente ante él.

No comparto este punto de vista. Según reiterada jurisprudencia, la facultad de apreciación del Juez nacional cuando decide plantear una cuestión prejudicial, debe interpretarse en sentido amplio. [13] Lo que es decisivo, es la apreciación del propio Juez remitente. En el presente caso, éste indicó claramente que la cuestión del restablecimiento de los derechos de las Sras. Jackson y Cresswell era una cuestión de principio que revestía un interés general, puesto que se trataba del modo en que los órganos jurisdiccionales nacionales debían aplicar las Directivas afectadas. Es, precisamente, sobre la manera de restablecerlos sobre la que desea obtener una respuesta de principio en caso de que considere aplicables estas Directivas. [14] Acertadamente llama también la atención sobre la ya larga duración del procedimiento (que, entre tanto, ha alcanzado más de cinco años) y sobre la necesidad de economizar, en aras de una protección jurídica adecuada, el tiempo y los gastos que inevitablemente implica la iniciación de un nuevo procedimiento prejudicial en una fase posterior del mismo litigio, procedimiento que podría ser entablado por un órgano jurisdiccional de rango inferior, pero que también podría serlo por él mismo, si se recurriera la resolución del Juez de grado inferior.

7. En esta exposición analizaré, en primer lugar, la cuestión de si las prestaciones de que se trata entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 y si la aplicabilidad de ésta depende de si las interesadas se hallan en una de las situaciones contempladas por la citada Directiva. Examinaré, a continuación, la cuestión de si ambos regímenes entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. En la medida en que resulte que una y/u otra Directiva se aplica/n a las prestaciones de que se trata analizaré, en cada caso, si nos hallamos en presencia de una discriminación por razón de sexo, prohibida por las Directivas de que se trata y en qué circunstancias esta discriminación puede estar justificada. Finalizaré respondiendo a la cuestión del restablecimiento de los derechos lesionados.

Ambito de aplicación de la Directiva 79/7

8. Como es sabido, la Directiva 79/7 tiene por objeto la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres (en lo sucesivo, «principio de igualdad de trato») en materia de Seguridad Social. Este carácter progresivo aparece en el título de la Directiva (véase el apartado 1 más arriba), en su exposición de motivos (que alude al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 76/207 y que considera conveniente aplicar el principio de igualdad de trato «en primer lugar» en los ámbitos cubiertos por la Directiva), [15] y asimismo se desprende del texto de su artículo 1.

Dicho artículo establece que el principio de igualdad de trato debe aplicarse «dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social». Este ámbito

13 — Esta jurisprudencia se resume en la sentencia de 11 de junio de 1987, X (14/86, Rec. p. 2545). En mi opinión, la sentencia Pardini no se aparta de esta jurisprudencia sino que, por el contrario, la confirma.

14 — Resolución de remisión, p. 20, letra C.

15 — Primer y segundo considerando de la Directiva 79/7.

de aplicación se concreta en el apartado 1 del artículo 3 con arreglo al cual:

«La presente Directiva se aplicará:

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

— enfermedad;

— invalidez;

— vejez;

— accidente laboral y enfermedad profesional;

— desempleo;

b) a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos.»

De estas disposiciones se desprende que el legislador comunitario pretende aplicar el principio de igualdad de trato, con carácter prioritario, en el ámbito de los regímenes que ofrecen protección contra lo que se ha dado en llamar los riesgos clásicos: enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo.[16] Las prestaciones a favor de los supervivientes y las prestaciones familiares están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 (apartado 2 del artículo 3).[17]

9. Como era de esperar, la interpretación del apartado 1 del artículo 3 divide a las partes en el litigio principal. El Gobierno británico, que invoca la sentencia Drake,[18] sostiene que ni la asignación complementaria ni el auxilio económico, entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. En su opinión, estas prestaciones tienen por objeto proteger a su beneficiario contra el riesgo de pobreza y no contra uno de los riesgos enunciados en el artículo 3 de la Directiva. El derecho a una asignación complementaria o a un auxilio económico, prosigue el Gobierno británico, depende esencialmente de los recursos de que disponga el solicitante y no de la realización de uno de los riesgos enunciados en el apartado 1 del artículo 3. En otras palabras, tanto en el antiguo régimen como en el nuevo, el hecho de que uno de los riesgos enunciados en esta disposición se realice, no da automáticamente derecho a una asignación complementaria o a un auxilio económico; por el contrario, existen numerosos casos en los que personas que no se hallaban, o no se hallan, en una u otra de las situaciones contempladas por el artículo antes citado, han disfrutado, sin embargo, o aún disfrutan de las prestaciones de que se trata.

Por el contrario, la Sra. Jackson, la Sra. Cresswell y la Comisión consideran que ambas prestaciones entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. Según las Sras. Jackson y Cresswell, ello es así debido a que dichas prestaciones tienen por objeto asegu-

16 — También desde un punto de vista histórico, estos riesgos fueron en un principio cubiertos por formas de Seguridad Social: véase Van Langendonck, J.: *Handboek sociaal zekerheidsrecht*, Anvers, Kluwer, 1991, p. 7; Dupeyroux, J. J.: *Sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 1986, pp. 38 y ss.

17 — En el bien entendido que las prestaciones familiares otorgadas en concepto de mejoras de las prestaciones adeudadas en razón de los riesgos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 entran, no obstante, en el ámbito de aplicación de la Directiva (apartado 2 del artículo 3).

18 — Sentencia de 24 de junio de 1986 (150/85, Rec. p. 1995).

rar una protección contra los riesgos enunciados en el apartado 1 del artículo 3. El criterio decisivo en esta materia sería, en su opinión, el papel que estas prestaciones cumplen en la práctica. Aun cuando fuera necesario ceñirse estrictamente al fin para el cual han sido concebidas, habría que interpretar no obstante en sentido amplio, con arreglo a la sentencia Drake, el ámbito de aplicación de la Directiva, cuyos efectos no pueden limitarse a los regímenes contributivos clásicos dejando, así, a un lado regímenes más generales basados en los ingresos. La Comisión señala, finalmente que, para que se aplique la Directiva 79/7, basta que los regímenes de prestaciones de que se trata cubran en realidad uno de los riesgos enumerados en el apartado 1 del artículo 3.

10. Como el Juez de remisión observa acertadamente, [19] la cuestión que aquí se plantea no consiste en si la asignación complementaria y el auxilio económico deben considerarse como un régimen legal de ayuda social, en el sentido del apartado 1 del artículo 3. Por esta causa, no abordaré aquí esta distinción. La cuestión esencial que se nos ha planteado es si, para que se le aplique la Directiva 79/7, un régimen debe haber sido concebido por el legislador o por el autor de la norma, como una protección contra los riesgos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, o bien si basta para ello con que ofrezca una protección de hecho contra tales riesgos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia incluye, en nuestra opinión, dos sentencias de una importancia decisiva para la respuesta a esta cuestión: se trata de la sentencia Drake y de la sentencia Smithson. [20]

11. La sentencia Drake versaba, en concreto, sobre si una prestación establecida por la legislación británica en beneficio de una persona que cuida a otra persona inválida («invalid care allowance») debe ser considerada como una prestación perteneciente a un régimen legal de protección contra el riesgo de invalidez, al cual se aplica la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7.

El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente a esta cuestión, declarando que la invalidez es uno de los riesgos cubiertos por la letra a) del apartado 1 del artículo 3. A este respecto, señaló que:

«una prestación debe constituir total o parcialmente un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados, o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo, para poder entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva objeto de litigio». [21]

No obstante, el Tribunal se dio cuenta de que existían diferencias entre los Estados miembros en lo relativo a la protección contra el riesgo de invalidez. De este modo, y al contrario que los demás Estados miembros, el Reino Unido otorga dos prestaciones distintas en este ámbito, a saber, una asignación pagada a la persona minusválida y otra concedida a la persona que la cuida. No obstante, el Tribunal de Justicia estimó que tales diferencias técnicas son irrelevantes:

«Así, con el fin de garantizar que la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato, enunciada en el artículo 1 y precisada en el artículo 4 de la Directiva 79/7, se realice de manera armónica en el conjunto de

19 — Resolución de remisión, p. 10, letra C.

20 — Sentencia de 4 de febrero de 1992 (C-243/90, Rec. p. I-467).

21 — Sentencia Drake, apartado 21.

la Comunidad, el apartado 1 del artículo 3 debe ser interpretado en el sentido de que incluye cualquier prestación que, en sentido amplio, forme parte de uno de los regímenes legales previstos o de una disposición relativa a la ayuda social destinada a completar dicho régimen o a suplirlo.» [22]

El Tribunal de Justicia añadió, además, que:

«el pago de la prestación a la persona que prodiga cuidados sigue dependiendo de la existencia de una situación de invalidez en el sentido de que, como el Adjudication Officer admitió durante la fase oral, se trata de una condición *sine qua non* para su atribución. Por otra parte, hay que subrayar el vínculo económico evidente que une esta prestación a la invalidez, dado que el inválido obtiene una ventaja del hecho de que la persona que le asiste se beneficie de una ayuda». [23]

El Tribunal de Justicia llegó, por tanto, a la conclusión de que la prestación controvertida entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, puesto que, de no ser así, sería posible efectuar múltiples modificaciones formales respecto a las prestaciones existentes que comprende la Directiva para excluirlas de su ambito de aplicación. [24]

12. La reciente sentencia Smithson, parte del argumento desarrollado en la sentencia Drake, pero le añade un determinado número de precisiones importantes. La prestación objeto del litigio era un subsidio para gastos de vivienda («housing benefit»), establecido por la legislación británica en beneficio de las personas de bajo nivel de ingresos, con el fin de que pudieran hacer frente a los gastos de vivienda. El derecho al subsidio para gastos de vivienda, así como su importe, se calculan en función de la relación entre los ingresos de la persona interesada y un importe teórico («applicable amount»). Uno de los elementos del cálculo de dichos ingresos teóricos está vinculado con la denominada mejora para pensionista anciano con minusvalía («higher pensioner premium») que se concede, en especial, a las personas que viven solas, comprendidas entre los 60 y los 80 años de edad, y que disfruten de otra u otras prestaciones, entre ellas, de una pensión de invalidez («invalidity pension»). La persona que haya alcanzado la edad de jubilación (60 años para las mujeres y 65 años para los hombres, en el Reino Unido), pero aún no tenga 65 años en el caso de una mujer, o 70, en el caso de un hombre, tiene acceso a un procedimiento que le permite abandonar el régimen de pensión de jubilación para obtener una pensión de invalidez.

Cuando alcanzó la edad de 60 años, la Sra. Smithson dejó de disfrutar del subsidio por invalidez que percibía desde hacía algunos años. A pesar de que, en ese momento, podía optar por una pensión de invalidez, no lo hizo y, por consiguiente, se le otorgó a partir de ese instante una pensión ordinaria. Cuando posteriormente se le otorgó el subsidio para gastos de vivienda, le fue denegada la mejora para pensionista anciano o con minusvalía por el motivo de que no cumplía el requisito adicional conforme al cual, para obtener dicha mejora, habría tenido que disfrutar también de una pensión de invalidez. Ahora bien, como mientras tanto había alcanzado la edad de 67 años, ya no podía cumplir este requisito pasando del régimen de la pensión de jubilación al régimen de la pensión de invalidez.

22 — Apartado 23.

23 — Apartado 24; véase la sentencia Smithson, apartado 13.

24 — Apartado 25.

Se afirmó que, el hecho de que una mujer de edad comprendida entre los 65 y los 70 años no pudiera pasar del régimen de pensión de jubilación al de pensión de invalidez —mientras que un hombre sí podía— constituía una discriminación en el sentido del artículo 4 de la Directiva 79/7. El subsidio para gastos de vivienda sería (una parte) de un régimen legal que protege contra tres de los riesgos enunciados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, a saber, la invalidez, la vejez y el desempleo.

La cuestión planteada por el Juez remitente (que era el mismo que en el presente asunto) se refería al artículo 4 de la Directiva 79/7. El Tribunal de Justicia reformuló la cuestión preguntándose si el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7 debía interpretarse en el sentido de que abarca un régimen de subsidio para gastos de vivienda, cuyo importe se calcula en función de unos ingresos teóricos si, para la determinación de dichos ingresos teóricos, se aplican criterios relativos a la cobertura de determinados riesgos contemplados por la Directiva, tales como la enfermedad o la invalidez. [25]

Tras recordar el primer y el tercer pasaje de la sentencia Drake que acabamos de citar más arriba, el Tribunal de Justicia prosiguió del siguiente modo:

«Por consiguiente, procede señalar que, si bien las modalidades de pago no son decisivas para calificar una prestación de acuerdo con la Directiva 79/7, no es menos cierto que, para subsumirla en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, es preciso que la citada prestación esté directa y efectivamente vinculada con la protección contra cualquiera de los riesgos enumerados en el apartado 1 de su artículo 3.» [26]

«Ahora bien, procede declarar que la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7 no se refiere a los regímenes legales destinados a garantizar un subsidio especial que permita hacer frente a sus gastos de vivienda a toda persona cuyos ingresos reales sean inferiores a unos ingresos teóricos, determinados según ciertos criterios.» [27]

El Tribunal de Justicia declaró, además, que la edad y la invalidez del beneficiario sólo constituyen dos criterios elegidos para determinar las necesidades económicas del beneficiario de tal subsidio. El hecho de que tales criterios sean determinantes para la concesión de un incremento no basta para que ese «subsidio» entre en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. [28] En efecto, tal incremento no es sino

«un componente inseparable de la prestación considerada en su conjunto, que está destinada a compensar la insuficiencia de los medios de vida del beneficiario en lo que atañe a los gastos de vivienda, y no puede examinarse como un régimen autónomo destinado a asegurar una protección contra algunos de los riesgos enumerados en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7». [29]

25 — Apartado 10.

26 — Sentencia Smithson, apartado 14.

27 — Sentencia Smithson, apartado 15.

28 — Sentencia Smithson, apartado 16. La terminología utilizada en la versión francesa del texto no es totalmente uniforme. De este modo, del apartado 3 de la sentencia se desprende que la expresión «allocation majorée» debería en realidad sustituirse por «prime majorée».

29 — Sentencia Smithson, apartado 17.

13. La sentencia Smithson requiere una determinada interpretación. La entiendo del siguiente modo: el hecho de que un riesgo contemplado en la Directiva 79/7 (como, en el asunto Smithson, la invalidez) sea un elemento que se tiene en cuenta para el cálculo de unos ingresos teóricos, que son, a su vez, determinantes para la concesión o denegación de una prestación que (al igual que el subsidio para gastos de vivienda en el asunto Smithson), no está concebida en sí misma como protección contra uno de los riesgos contemplados por la Directiva 79/7, no puede provocar la inclusión de esta última prestación en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. En otras palabras, la simple utilización de criterios relativos a uno de los riesgos cubiertos por esta Directiva no puede provocar la entrada en el ámbito de aplicación de la Directiva de un subsidio que no tiene por objeto, en sí mismo, garantizar una protección contra uno de estos riesgos. En el asunto Smithson, la relación entre los riesgos contemplados por la Directiva 79/7 y el subsidio para gastos de vivienda era, en efecto, *demasiado indirecta:* la invalidez sólo es un criterio para la concesión de una pensión de invalidez, cuyo disfrute es un requisito para obtener una mejora para pensionista anciano o con minusvalía («higher pensioner premium») que, a su vez, también se tiene en cuenta para el cálculo de los ingresos teóricos de la persona que solicita un subsidio para gastos de vivienda.

14. El examen de los presentes asuntos exige, en mi opinión, una lectura conjunta de las sentencias Drake y Smithson. El criterio decisivo que se desprende de ellas es que, para que una asignación pueda regirse por el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7, debe otorgarse en virtud de un régimen jurídico autónomo, o de una forma de ayuda social vinculada directa y efectivamente (como el Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia Smithson), a la protección contra cualquiera de los riesgos enumerados en esta norma. Esto es ciertamente lo que ocurre con un régimen que —al igual que el que constituía el objeto del asunto Drake— subordinaba la concesión de una prestación a la realización de uno de los riesgos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, constituyendo dicha realización un requisito *sine qua non.* El hecho de que la prestación se abone a un tercero no modifica el estatuto de ésta, mientras la ventaja económica derivada de la misma beneficie a la persona cubierta contra el riesgo de que se trate. No obstante, se lee en la sentencia Smithson, las modalidades de concesión *no* son determinantes para la existencia de tal vínculo directo y efectivo. No obstante, según esta misma sentencia, el vínculo que el régimen debe poseer con la protección contra uno de los riesgos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, no puede ser totalmente indirecto (como efectivamente lo era en el supuesto del asunto Smithson).

De cualquier modo, de la sentencia Drake se desprende que, para delimitar el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, es necesario en cualquier caso un análisis teleológico. Tal y como el Tribunal de Justicia señaló en esta sentencia (véase el apartado 11 más arriba), el principio de igualdad de trato desarrollado por la Directiva 79/7 debe, efectivamente, realizarse de *manera armónica* en el conjunto de la Comunidad. Por esta razón, todas las prestaciones que, *en el sentido amplio del término,* se concedan en virtud de un régimen legal o de un régimen de ayuda social cuyo objeto sea la protección contra uno o varios de los riesgos de que se trata, se rigen por este principio. En sus conclusiones en el asunto Drake, el Abogado General Sr. Mancini acertadamente observó que:

«la eficacia de la Directiva quedaría seriamente comprometida si las modalidades de pago de un beneficio fijaran sus límites de

aplicación. En efecto, es obvio que, admitiendo semejante posibilidad, pocos retoques normativos bastarían a un Estado miembro para dejar fuera de la aplicación del principio de igualdad a numerosos sectores de previsión». [30]

La opinión del Tribunal de Justicia expresada en el asunto Drake se inserta, pues, perfectamente en toda una línea jurisprudencial relativa a la igualdad de trato, en la cual el efecto útil de las normas comunitarias afectadas fue invocado para poder realizar los objetivos del Tratado o de la normativa comunitaria, a pesar de lo intrincado de los regímenes y normativas nacionales. [31]

15. Este análisis de la jurisprudencia reciente me lleva a responder, a continuación, a la cuestión de si, para determinar cuándo un régimen entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, es la *intención del legislador* la que resulta determinante, o bien el *resultado efectivo*, es decir, la protección efectiva contra un riesgo contemplado por la Directiva.

Como he dicho más arriba (véase el apartado 9), el Gobierno británico es partidario de la primera solución, que se deriva de una interpretación más estricta. En su opinión, ni la asignación complementaria, ni el auxilio económico entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, puesto que estos regímenes no están firmemente vinculados con el riesgo de desempleo (o de vejez) y están, por el contrario, destinados a proteger a los beneficiarios contra el régimen de pobreza, es decir, un riesgo que no figura en la enumeración del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva. A mayor abundamiento, el hecho de que ninguno de los riesgos enunciados en el apartado 1 del artículo 3 sea un requisito *sine qua non* para la concesión de la asignación complementaria o del auxilio económico, en el sentido de que la realización de los mismos garantice al beneficiario un derecho automático a la asignación o al auxilio económico, confirma la inexistencia de tal vínculo firme. Por el contrario, según el Gobierno británico, a numerosas personas que no se hallan en una de las situaciones enumeradas en el apartado 1 del artículo 3, se les ha concedido el derecho a la asignación o al auxilio de que se trata.

16. No podemos respaldar esta tesis. En lo que respecta al objetivo de protección contra la pobreza, es cierto que no se alude a esta situación, en cuanto tal, en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7. No obstante, la protección contra los riesgos enumerados en la citada disposición equivale, en última instancia, a una protección contra la pérdida de ingresos o contra la pobreza, causadas por la realización de uno de estos riesgos. El hecho de que una legislación tome en cuenta el estado de necesidad económica para conceder más o menos protección contra uno de los riesgos, cuya lista figura en el apartado 1 del artículo 3, no priva a esta normativa de su carácter de protección contra uno de estos riesgos.

No comparto el punto de vista del Gobierno británico en lo que respecta a la existencia o no de un vínculo firme entre el régimen y uno de los riesgos contemplados en la Directiva 79/7, tal y como se desprendería del carácter *sine qua non* de los requisitos de

30 — Rec. 1986, p. 2000, apartado 5.

31 — Véase, en concreto, la jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 119 del Tratado CEE y la prohibición de discriminación establecida en la Directiva 76/207. En lo que respecta al artículo 119, véase la sentencia de 4 de febrero de 1988, Murphy (157/86, Rec. p. 673), apartado 10 y la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 34. En cuanto a la utilización del concepto de efecto útil para la interpretación de la Directiva 76/207, véase la sentencia de 12 de julio de 1990, Foster (C-188/89, Rec. p. I-3313), apartado 16 y la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartado 24.

concesión que esta normativa enumera. La exigencia relativa al efecto útil y la necesidad de aplicar la Directiva de manera armoniosa, e independientemente de las diferencias formales existentes en el conjunto de la Comunidad se opone, en mi opinión, a que se tomen exclusivamente en cuenta los objetivos más o menos explícitos que un legislador nacional haya asignado a una normativa determinada. Al analizar si un régimen entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, debe tenerse asimismo en cuenta su *efecto*, es decir, hay que examinar si ofrece una protección efectiva a sus beneficiarios, habida cuenta también de otros regímenes vigentes dentro del sistema de Seguridad Social, contra uno de los riesgos enumerados en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva.

La exigencia de que exista un vínculo directo y efectivo entre el régimen y uno de los riesgos enunciados en el apartado 1 del artículo 3 no puede, por tanto, interpretarse en el sentido de que la realización del riesgo de que se trate deba ser un requisito *sine qua non* para la concesión de la asignación o de la ayuda. Ni la Directiva 79/7 ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, exigen que sea así: en la sentencia Drake se afirma que, si bien tal vínculo exclusivo constituye efectivamente un factor importante para determinar si una prestación forma parte de un régimen local o de ayuda social de protección contra un riesgo contemplado por la Directiva 79/7, no es en modo alguno un factor necesario. Por otra parte, no se ha utilizado en esta sentencia el concepto de requisito *sine qua non* a propósito de la concesión de una asignación a la persona que prodiga cuidados a otra persona minusválida (véase el apartado 11 más arriba). El Tribunal de Justicia consideró que, al igual que la ventaja económica que la persona minusválida obtiene de la asignación, el vínculo exclusivo, cuya existencia afirmó en su sentencia, indicaba que una asignación concedida a *un tercero* ofrece también protección a la propia persona minusválida. Por el contrario, el Tribunal de Justicia repitió insistentemente en su sentencia Smithson que, en modo alguno, son determinantes las modalidades de concesión de las asignaciones establecidas en la normativa, sino más bien el vínculo directo y efectivo entre la asignación y la *protección* frente a uno de los riesgos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3.

17. Asumiendo este punto de vista, también me opongo a la postura expresada por el Gobierno británico sobre las disposiciones relativas a la ayuda social, contempladas en el apartado 1 del artículo 3. En opinión del Gobierno británico, aun cuando se considerara que la asignación complementaria o el auxilio económico son disposiciones relativas a la ayuda social, en el sentido de la Directiva 79/7, estas dos prestaciones no estarían incluidas, sin embargo, en el ámbito de aplicación de esta Directiva, porque *no están destinadas* («not intended») a completar los regímenes contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, ni a suplirlos. El Gobierno británico considera a este respecto que la solución se halla en dos sentencias relativas al Reglamento (CEE) nº 1408/71,[32] a saber, la sentencia Hoeckx[33] y la sentencia Scrivner.[34] El Tribunal de Justicia afirmó en estas sentencias que el régimen belga del mínimo de medios de subsistencia no entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento citado, puesto que se trataba de una prestación de carácter general. La misma conclusión se impone en

32 — Del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. La última coordinación del texto de este Reglamento figura en el DO 1983, L 230, p. 8.

33 — Sentencia de 27 de marzo de 1985 (249/83, Rec. p. 973).

34 — Sentencia de 27 de marzo de 1985 (122/84, Rec. p. 1027).

lo que respecta a la aplicación de la Directiva 79/7 a la asignación complementaria y al auxilio económico.

Estos argumentos no debilitan mi tesis. En primer lugar, el Gobierno británico se basa erróneamente en una disparidad entre las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva 79/7. Allí donde otras versiones de la letra a) del apartado 1 del artículo 3, hablan de disposiciones que completen los regímenes contemplados en la letra a), o los suplan, el texto inglés habla de disposiciones *que hayan sido adoptadas con el fin* («is intended») de completarlas o suplirlas. No obstante, habida cuenta de la necesidad de que las disposiciones de la Directiva tengan un efecto útil, tal lectura «intencional» es incorrecta. También sería conveniente preguntarse si las sentencias antes citadas, dictadas en relación con el Reglamento nº 1408/71, pueden tener el valor de precedentes en el caso que hoy nos ocupa: en efecto, contrariamente a la Directiva 79/7, el Reglamento nº 1408/71 (apartado 4 del artículo 4) excluye expresamente de su ámbito de aplicación los regímenes de asistencia social.

18. En caso de que el Tribunal de Justicia estuviera de acuerdo con mi punto de vista y considerara también que, no sólo debe analizarse el objetivo (explícito o implícito) de un régimen nacional, sino también su efecto real dentro del conjunto del sistema de Seguridad Social en el Estado miembro de que se trate, corresponde al Juez nacional —que es quien mejor conoce su propio sistema nacional— determinar si ha de considerarse que la asignación complementaria o el auxilio económico objeto de litigio garantizan, en la práctica, una protección contra uno o varios de los riesgos contemplados en la Directiva 79/7. En relación con dicha apreciación, deseo hacer hincapié sobre dos elementos a los que alude el propio Juez remitente.

En primer lugar, señala que, una vez transcurrido un cierto lapso de tiempo —a saber, 312 días, excluidos los domingos, tal y como se confirmó en la vista—, los desempleados del Reino Unido dejan de percibir la prestación por desempleo («Unemployment Benefit»). La siguiente observación se refiere a la asignación complementaria, pero del resto de su exposición se desprende que también vale para el auxilio económico:

«Las personas en situación de paro prolongado agotan su prestación por desempleo después de un cierto tiempo y han de recurrir de nuevo a la prestación complementaria. Es imposible describir el régimen que protege contra el desempleo sin tener en cuenta la prestación complementaria.» [35]

El Juez remitente señala, a continuación, que el régimen de asignación complementaria (véase el apartado 2, más arriba; del apartado 3 se desprende que ello se aplica también al auxilio económico) exige que los derechohabientes estén disponibles, de modo general, para el ejercicio de un empleo. Considera que se trata, en este caso, de un «reconocimiento de que el régimen desempeña un papel concreto en la garantía de protección contra el riesgo de desempleo». [36]

35 — Resolución de remisión, p. 11, letras G y H.
36 — Resolución de remisión, p. 11, letra F.

El Juez nacional podría deducir de este elemento, o de otras circunstancias, que los regímenes de que se trata ciertamente poseen un vínculo directo y efectivo con la protección frente a uno de los riesgos enunciados en el apartado 1 del artículo 3, a saber, el desempleo (para los derechohabientes no jubilados) y que, a falta de otros regímenes de Seguridad Social que garanticen una protección contra este riesgo o, al menos, una protección suficiente, forman parte integrante de la protección que la Seguridad Social proporciona contra dicho riesgo. En respuesta a la segunda cuestión planteada por el Juez remitente en ambos asuntos (véase el apartado 5 más arriba), deseo añadir que esta apreciación no depende de la situación concreta en la que se hallen las demandantes en el litigio principal, a pesar de que su situación pueda efectivamente servir de ejemplo para el grupo cuya protección tienen por objeto garantizar los regímenes nacionales de que se trata. Lo que, por el contrario, es determinante, es si el régimen nacional controvertido, considerado *en su conjunto,* ofrece directa y efectivamente una protección contra el desempleo (desempleados totales o parciales que aún no tienen acceso a la prestación de jubilación, como ocurre en el presente caso) o contra la vejez (en caso de personas con derecho a la prestación de jubilación). Permítaseme aún añadir que el vínculo, si el Juez remitente admite su existencia, entre el régimen controvertido y la protección contra el riesgo de desempleo es, en nuestra opinión, mucho más estrecho que el vínculo de que se trataba en la sentencia Smithson. Recordemos que, como he expuesto más arriba (apartado 13), en este asunto se trataba de la consideración de un riesgo mencionado en el apartado 1 del artículo 3 como criterio de concesión de una pensión de invalidez que, a su vez, constituía un requisito adicional para la obtención de una mejora para pensionista anciano o con minusvalía que se computaba para el cálculo de los ingresos teóricos que, también a su vez, se tenían en cuenta para la concesión de un subsidio para gastos de vivienda.

Discriminación en el sentido de la Directiva 79/7

19. En la medida en que, conforme a los criterios que acabo de exponer, el Juez nacional considere que la situación de la Sra. Jackson y de la Sra. Cresswell queda incluida en el ámbito de la Directiva, procede examinar si el régimen de asignación complementaria y de auxilio económico provoca una discriminación por razón de sexo, prohibida por esta Directiva.

Como es sabido, la prohibición de discriminación por razón de sexo, está establecida en el apartado 1 del artículo 43 de la Directiva:

«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 las prestaciones.»

El hecho de que no se computen los gastos por cuidado de los hijos para la determinación o el cálculo de las necesidades financie-

ras de un beneficiario, afecta evidentemente al cálculo de las prestaciones (último guión). Estas modalidades de determinación o de cálculo no implican, en el presente caso, ninguna discriminación directa, dado que no se efectúa ninguna distinción expresa entre hombres y mujeres. Tampoco se hace referencia concreta a factores tales como el estado civil o familiar. La desigualdad de trato alegada por las demandantes en el litigio principal, parece derivarse más bien del hecho de que las disposiciones de que se trata no tienen suficientemente en cuenta un fenómeno sociológico: la sociedad occidental actual conoce un gran número de situaciones monoparentales y el fenómeno parece que no deja de acentuarse. En la mayor parte de los casos, se trata de mujeres.[37] Cuando el progenitor que se halle solo pretenda, al iniciarse una situación de desempleo, emprender una formación profesional, o aceptar un trabajo a tiempo parcial, será necesario que prevea la guarda de sus hijos. La única solución consiste, generalmente, en recurrir a servicios de pago de guardería. En la medida en que los gastos que ello origina no pueden computarse, con vistas a conservar (en la misma medida) el derecho a determinadas prestaciones, se produce *de facto* una situación de desigualdad de trato de los progenitores solos —principalmente mujeres— con respecto a los progenitores casados o que viven juntos.

20. ¿Puede hablarse en este caso de una discriminación indirecta prohibida por la Directiva 79/7? Creo que la sentencia Teuling puede aportar elementos clarificadores. Se trataba, en aquel caso, de una prestación legal neerlandesa de invalidez, cuyo importe dependía fundamentalmente del estado civil y de los ingresos profesionales del cónyuge del derechohabiente. Debido a que se tenían en cuenta los ingresos profesionales de su esposo, la Sra. Teuling no podía solicitar una mejora. Alegó que este régimen de mejoras, que tiene en cuenta los ingresos profesionales del cónyuge, o relacionados con la actividad profesional de éste, es indirectamente discriminatorio para las mujeres y, por tanto, incompatible con el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7. A una cuestión prejudicial que se planteó sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia respondió que:

«un sistema de prestaciones en el cual [...] están previstos incrementos que no se basan directamente en el sexo de los beneficiarios, pero que tienen en cuenta su estado matrimonial y familiar, y en el cual resulta que un porcentaje netamente más bajo de mujeres que de hombres puede beneficiarse de tales aumentos, sería contrario al apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, si este sistema de prestaciones no pudiera justificarse por razones que excluyan una discriminación basada en el sexo».[38]

En aquel caso, el Tribunal de Justicia no declaró la incompatibilidad del régimen con el apartado 1 del artículo 4, pero proporcionó al Juez nacional elementos que le permitían valorar la justificación de la normativa de que se trataba, teniendo en cuenta el objetivo —puesto de manifiesto por el Gobierno neerlandés— de las mejoras controvertidas en el marco de la política social seguida en los Países Bajos (véase el apartado 21 siguiente).

El pasaje citado de la sentencia Teuling es consecuencia lógica de la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha desarrollado en el ámbito del artículo 119 del Tratado, relativa

37 — Consúltense las estadísticas que figuran en el informe «Childcare and Equality of Opportunity», *Consolidated Report to the European Commission*, Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, abril de 1988, pp. 45 y ss.

38 — Sentencia de 11 de junio de 1987 (30/85, Rec. p. 2497), apartado 13.

a los casos en que un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres que de hombres se ven afectadas por una normativa concreta. En el asunto Jenkins, ya se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre un régimen vigente en una empresa británica, que establecía una remuneración por horas más baja para los trabajadores a tiempo parcial, que para los trabajadores a tiempo completo. En aquel caso, resultó que la gran mayoría de trabajadores a tiempo parcial eran mujeres. Según el Tribunal de Justicia, tal régimen no choca con el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado, siempre que la diferencia de retribución entre el trabajador a tiempo parcial y el trabajador a tiempo completo, se explique por la existencia de factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. [39] No obstante, prosigue el Tribunal de Justicia,

«Si resulta que un porcentaje considerablemente inferior de trabajadoras que de trabajadores efectúa el número mínimo de horas de trabajo semanales que se exige para poder acceder al tipo completo del salario por horas, la desigualdad de retribución es contraria al artículo 119 del Tratado cuando, teniendo en cuenta las dificultades a las que se enfrentan las trabajadoras para poder efectuar ese número mínimo de horas semanales, la política salarial de la empresa de que se trate no puede explicarse por factores ajenos a una discriminación por razón de sexo.» [40] *(traducción provisional)*

En este caso, el Tribunal de Justicia tuvo, efectivamente, en cuenta una desigualdad derivada de un fenómeno sociológico, a saber, la dificultad de las mujeres para integrarse en un esquema de trabajo a tiempo completo (en este caso, 40 horas semanales). Este razonamiento se mantuvo en el asunto Bilka, en el cual se trataba de un plan de pensiones de empresa, establecido por una sociedad que explotaba unos grandes almacenes, en beneficio exclusivo de los trabajadores a tiempo completo. En respuesta a si ello constituía una discriminación indirecta ejercida en detrimento de las mujeres, el Tribunal de Justicia respondió, refiriéndose a la sentencia Jenkins que:

«una sociedad de grandes almacenes que excluya a sus empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa infringe el artículo 119 del Tratado cuando dicha medida afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». [41]

El Tribunal de Justicia consideró que para valorar estos factores, han de tenerse en cuenta las dificultades con que se encuentran las trabajadoras que desean trabajar a tiempo parcial. [42]

Aún más recientemente, este punto de vista fue confirmado en la sentencia Kowalska, en la cual el Tribunal de Justicia examinó la compatibilidad con el artículo 119 de una disposición de un convenio colectivo de trabajo celebrado para la Administración pública nacional. El Tribunal de Justicia estimó que la disposición controvertida, que permitía a los empresarios privar a los trabajadores a tiempo parcial del disfrute de una indemnización temporal en el momento de

39 — Sentencia de 31 de enero de 1981 (96/80, Rec. p. 911), apartado 11.

40 — Apartado 13.

41 — Sentencia de 13 de mayo de 1986 (170/84, Rec. p. 1607), apartado 31.

42 — Apartado 29.

la extinción de la relación laboral, era incompatible con el artículo 119

«cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de hombres que trabajan a tiempo parcial es mucho menor que el de mujeres, a menos que el empleador demuestre que la citada disposición está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». [43]

Refiriéndose a la sentencia Kowalska, el Tribunal de Justicia confirmó expresamente en una sentencia dictada el 7 de mayo de 1991, que la jurisprudencia asentada en la misma se aplicaba tal cual a la prohibición de discriminación enunciada en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7:

«Según reiterada jurisprudencia, el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7, antes citada, se opone a que se dispense un trato menos favorable a un grupo social, cuando éste esté compuesto por un número muy superior de personas de un sexo que de otro, a menos que la medida controvertida "esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo".» [44]

21. Si el Juez nacional opina que la Directiva 79/7 debe aplicarse (véase el apartado 18 más arriba) y que las disposiciones de que se trata suponen una discriminación indirecta, en el sentido del apartado 1 del artículo 4, por considerar que afectan a un porcentaje mayor de mujeres que de hombres, los papeles están invertidos. Corresponde, entonces, a las autoridades británicas demostrar qué factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, justifican que no se tengan en cuenta los gastos por el cuidado de los hijos para el cómputo de las rentas de una persona, ya sea porque no son deducibles de una asignación de formación profesional, en el marco de una solicitud de asignación complementaria, o porque no se computen tales gastos para el cálculo de las rentas, en el marco de una solicitud de auxilio económico.

Tal y como se desprende de las sentencias Rinner-Kühn [45] y de la sentencia Nimz, [46] los poderes públicos británicos no pueden contentarse con simples generalizaciones en semejante caso. Sólo si el Estado miembro puede demostrar que los medios elegidos responden a un fin necesario de su política social, que son aptos para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y que son necesarios a tal efecto, el hecho de que la disposición legal de que se trate afecte a un número mucho más elevado de trabajadoras que de trabajadores, no se considerará como una infracción del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7. [47] Para valorar los principios y objetivos propuestos por los poderes públicos es necesario, no obstante, tener en cuenta el margen de apreciación razonable que, en el estado actual del Derecho comunitario, se confía a los Estados miembros en lo que respecta a las medidas de protección social y a las modalidades concretas de su ejecución. [48]

43 — Sentencia de 27 de junio de 1990 (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartado 16.

44 — Sentencia de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-229/89, Rec. p. I-2205), apartado 13.

45 — Sentencia de 13 de julio de 1989 (171/88, Rec. p. 2743), apartado 14.

46 — Sentencia de 7 de febrero de 1991 (C-184/89, Rec. p. I-279), apartado 14.

47 — Sentencia Rinner-Kühn, apartado 14; véase la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 19.

48 — Sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 27; sentencia Comisión/Bélgica, apartado 22.

22. Una última observación a este respecto. Alguien, quizá, se sentirá inclinado a calificar el punto de vista aquí expuesto de medida de «discriminación positiva», según la fórmula consagrada (o, por adoptar la fórmula habitual en Estados Unidos, de medida de «afirmative action»), en el sentido de que supone una modificación jurídica respecto de grupos sociales desfavorecidos por el contexto sociológico, en este caso, las mujeres. [49] En mi opinión, tal calificación es incorrecta. Estableciendo dentro de la legislación criterios objetivos que tengan en cuenta las cargas familiares soportadas por un progenitor solo, no se perjudica a la población masculina. Tal normativa es igualmente útil para los hombres que también se hallen en la situación de progenitor solo con hijos a cargo.

Habida cuenta de las dudas expresadas por el Juez remitente a este respecto, [50] deseo expresamente añadir aquí que una norma impuesta por las autoridades nacionales (legislativas, administrativas, pero también judiciales), que tuviera en cuenta los gastos por el cuidado de hijos con vistas a su deducción de los ingresos de solicitante, en el marco del régimen británico de asignación complementaria o de auxilio económico, únicamente para el cálculo de las rentas de la mujeres, constituiría por el contrario, una *discriminación directa* por razón de sexo (que jugaría esta vez en perjuicio de los hombres), incompatible con la Directiva 79/7. Baste recordar, a este respecto, la sentencia Integrity en la cual, según el Tribunal de Justicia, el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7 se opone,

«a que una legislación nacional reserve a las mujeres casadas, a las viudas y a los estudiantes la posibilidad de ser asimilados a personas que no deben pagar ninguna cotización social, sin conceder la misma posibilidad de exención de las cotizaciones a los hombres casados o a los viudos *que cumplan, en todo lo demás, los mismos requisitos*». [51]

Ambito de aplicación de la Directiva 76/207

23. En ambos asuntos, la tercera cuestión del Juez remitente se refiere a la posibilidad de aplicar la Directiva 76/207 a los requisitos a los que se subordina el derecho a una asignación complementaria o a un auxilio económico.

La Directiva 76/207 es una de las primeras Directivas de aplicación del principio de igualdad de trato. [52] Su ámbito de aplicación

49 — El apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 y el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 79/7 constituyen un buen ejemplo de un caso en el que el Derecho comunitario autoriza expresamente al Estado miembro a practicar tal discriminación positiva. Según estas normas, la Directiva no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que respecta al embarazo y a la maternidad (Directiva 76/207), o en lo relativo únicamente a la maternidad (Directiva 79/7). Sobre la finalidad de esta disposición en el marco de la Directiva 76/207, véase la sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann, en concreto, el apartado 25; véanse también, muy brevemente, las sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 44; de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia (312/86, Rec. p. 6315), apartado 13, y de 25 de julio de 1991, Stœckel (C-345/89, Rec. p. I-4047), apartado 13.

50 — Resolución de remisión, p. 18, letras A y C.

51 — Sentencia de 21 de noviembre de 1990 (C-373/89, Rec. p. I-4243), apartado 15, el subrayado es mío; véanse, también, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, en el mismo sentido, en concreto el apartado 13 (Rec. p. I-4254).

52 — Esta Directiva fue precedida por la Directiva 75/177/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52). La Directiva 76/207 está construida según el mismo esquema que esta primera Directiva (véase la sentencia de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 248/83, Rec. p. 1459, apartado 7).

está delimitado en su artículo 1 del siguiente modo:

«1. La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la Seguridad Social. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".

2. Con el objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, disposiciones que precisarán especialmente el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación.»

24. Según el Gobierno británico, ni la asignación complementaria, ni el auxilio económico, están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Del texto del apartado 2 del artículo 1 de esta última se desprende que no abarca las prestaciones de Seguridad Social. Se dice expresamente en la exposición de motivos que es conveniente definir y aplicar progresivamente por medio de instrumentos ulteriores el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social.[53] La imposibilidad de aplicar la Directiva a las prestaciones de Seguridad Social fue también confirmada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Newstead.[54] A pesar de que el Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia Marshall[55] que, la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 1, ha de ser objeto de una interpretación estricta, los presentes asuntos poseen mayor analogía con el asunto Newstead, en el sentido de que se refieren directamente al contenido del régimen de Seguridad Social.

Las Sras. Cresswell y Jackson hacen una lectura totalmente distinta de la Directiva 76/207 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La Directiva prohíbe toda discriminación en el marco de las disposiciones financieras adoptadas por un Estado miembro para facilitar el acceso al empleo o a la formación profesional. La excepción contemplada en el apartado 2 del artículo 1, sólo se refiere a la Seguridad Social «pura». Por el contrario, una discriminación dentro de un sistema de Seguridad Social que impida la igualdad de acceso a la formación profesional o al empleo entra, ciertamente, en el ámbito de la Directiva 76/207. La sentencia Newstead hace referencia a un régimen de Seguridad Social que exige cotizaciones más elevadas a los hombres que a las mujeres, pero no afecta a las remuneraciones o a otras condiciones de trabajo. Por el contrario, los dos asuntos que nos ocupan hoy, entran específicamente en el ámbito de la Directiva porque se refieren a la igualdad de acceso a la formación profesional o al empleo.

Finalmente, la Comisión se suma a la tesis de las demandantes y afirma que una norma de Seguridad Social entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, cuando provoca una discriminación en materia de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, o en materia de condiciones de trabajo. En el presente caso se produce desde luego tal discriminación, en cuanto que los regímenes de ayuda británicos objeto del litigio tienen un efecto disuasorio para las mujeres en lo que respecta al acceso a la formación profesional o al em-

53 — Véase el último considerando de la exposición de motivos de la Directiva 76/207.

54 — Sentencia de 3 de diciembre de 1987, (192/85, Rec. p. 4753).

55 — Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, Rec. p. 723).

pleo. La Comisión deduce de la sentencia Barber que algunas de las condiciones de los regímenes públicos de Seguridad Social pueden considerarse como condiciones de trabajo, en el sentido de la Directiva 76/207.

25. Es cierto que en la sentencia Newstead, el Tribunal de Justicia se sumó al punto de vista de la Comisión y del Reino Unido según los cuales la Directiva 76/207 no está destinada a ser aplicada en materia de Seguridad Social. [56] No obstante, contrariamente a lo que afirma el Gobierno británico, de ello no se desprende en modo alguno que los regímenes de Seguridad Social queden por lo general excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva.

El propio texto del artículo 1 de la Directiva 76/207 contiene, en mi opinión, un primer argumento que se opone a tal conclusión. Lejos de excluir la Seguridad Social, el apartado 1 dispone, por el contrario, que este sector —con excepción de las condiciones a que se refiere el apartado 2— está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva. El apartado 2 dispone que, en materia de Seguridad Social, el Consejo adoptará disposiciones que precisarán especialmente el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación del principio de igualdad de trato en este (vasto) ámbito. Hasta hoy, se han adoptado dos Directivas de aplicación de este principio, a saber, la Directiva 79/7 (que se refiere a los regímenes legales) y la Directiva 86/378/CEE (relativa a los regímenes profesionales de Seguridad Social). [57] Si la intención del legislador comunitario hubiera sido excluir totalmente la Seguridad Social del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, no comprendo por qué el apartado 1 del artículo 1 la incluye, no obstante, en principio.

A continuación, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha señalado en numerosas ocasiones la necesidad de realizar una interpretación estricta de la excepción contenida en el apartado 2 del artículo 1, necesidad derivada de la importancia esencial del principio de igualdad de trato en el ordenamiento jurídico comunitario. [58]

Opino que uniendo ambos elementos, el artículo 1 en su conjunto debe interpretarse en el sentido de que las disposiciones de la Directiva 76/207 están también destinadas a ser aplicadas en los ámbitos de Seguridad Social en los que ya se haya aplicado el principio de igualdad de trato, a saber, en el estado actual del Derecho comunitario, los contemplados en las Directivas 79/7 y 86/378. Ello significa concretamente que, además de estar sometidos a la prohibición de discriminación, tal y como ha sido precisada por las denominadas «Directivas de Seguridad Social», estos regímenes están también sujetos a la prohibición, establecida en la Directiva 76/207, de toda discriminación relativa al acceso al empleo, a la formación (y a la promoción) profesional, así como a las condiciones de trabajo y despido.

Esta solución hace justicia, al mismo tiempo, al carácter progresivo de la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y al efecto útil

56 — Apartado 24.

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

58 — Sentencias de 26 de febrero de 1986, Roberts (151/84, Rec. p. 703), apartado 35; de 26 de febrero de 1986, Beets-Proper (262/84, Rec. p. 773), apartado 38, y de 26 de febrero de 1986, Marshall, apartado 54. El Tribunal de Justicia ha confirmado expresamente en varias ocasiones ya, que se trata en este caso de uno de los derechos fundamentales que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (véanse las sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne, 149/77, Rec. p. 1365, apartados 26 y 27, y de 20 de marzo de 1984, Razzouk y Beydoun, asuntos acumulados 75/82 y 117/82, Rec. p. 1509, apartado 16).

de la Directiva 76/207. Presenta asimismo, en mi opinión, la ventaja de conjurar el peligro de un estrechamiento unilateral del ámbito de aplicación de esta Directiva, como la Comisión y las demandantes en los litigios principales han ilustrado por medio de un ejemplo. El razonamiento es el siguiente: si el sector de la Seguridad Social estuviera excluido, en su conjunto, del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, esta sería aplicable a un Estado miembro que estableciera condiciones discriminatorias para la concesión de becas de estudios a quienes recibieran un curso de formación profesional, mientras que no sería aplicable a un Estado miembro que alcanzara el mismo resultado a través de prestaciones de Seguridad Social de carácter discriminatorio. Ahora bien, en la medida en que tales prestaciones de Seguridad Social entraran en el ámbito de la Directiva 79/7 —lo que sólo puede ocurrir a condición de que estén directa y efectivamente vinculadas a la protección contra el riesgo de desempleo (ver más arriba el apartado 14)—, sería también posible someterlas a un examen de conformidad con la Directiva 76/207.

26. Al contrario que el Gobierno británico, considero que esta manera de pensar ha sido implícitamente confirmada por la sentencia Newstead. En este asunto, recordemos que se cuestionaba un régimen británico de jubilación calificado de régimen «convencionalmente excluido» (del régimen general) («contracted-out»), con arreglo a cuyas disposiciones, los funcionarios solteros de sexo masculino debían pagar una cotización de un 1,5 % de su salario bruto para la constitución de un fondo de pensiones para viudas. El importe de estas cotizaciones sólo se les reembolsaba en caso de fallecimiento, o en el momento en que abandonaran sus funciones. El Sr. Newstead, soltero, consideraba que esta disposición era incompatible, en concreto, con la prohibición de discriminación en materia de condiciones de trabajo, establecida en la Directiva 76/207. Para examinar esta cuestión, el Tribunal de Justicia averiguó si el Consejo ya había adoptado Directivas relativas a las pensiones de los supérstites (y, en particular, a las pensiones de las viudas), para la aplicación del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva. En esta ocasión examinó en detalle la cuestión de si, el ámbito de aplicación de las Directivas ya adoptadas (79/7 y 86/372), se extendía a tales prestaciones. Comprobó que no era así y afirmó lo siguiente:

«A falta de Directivas más específicas que extiendan la aplicación del principio de igualdad de trato al campo de las prestaciones para cónyuges supérstites, estén previstas en el marco de un régimen de Seguridad Social legal o profesional y teniendo en cuenta que la diferencia de trato, que padece el Sr. Newstead, por no tener la disponibilidad íntegra e inmediata de su retribución neta es consecuencia directa de una diferencia de trato existente en el régimen profesional en cuestión en lo que se refiere a este tipo de prestaciones, procede considerar que el caso contemplado por el órgano jurisdiccional nacional entra en la excepción a la aplicación del principio de igualdad de trato establecida en el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 76/207.» [59]

El Tribunal de Justicia se podría haber ahorrado todo este análisis, considerando que un régimen profesional de prestaciones para los cónyuges supérstites es un régimen de Seguridad Social y que por esta única razón, no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. No lo hizo así, y su método de trabajo me reafirma en la opinión de que, un régimen de Seguridad

59 — Sentencia Newstead, apartado 28.

Social que ya está cubierto por una Directiva de aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, también está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.

27. Por tanto, llego a la conclusión de que, si el Tribunal de Justicia decide que la asignación complementaria y el auxilio económico entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, nada se opone a que estos regímenes estén también incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, ni a que puedan ser objeto de un examen de compatibilidad con las disposiciones de esta última Directiva, especialmente en lo que respecta al efecto real provocado por sus requisitos de concesión.

Una vez más, corresponde al Juez nacional realizar tal examen: él es quien debe comprobar si las condiciones en que se otorgan las prestaciones previstas por ambos regímenes, en el presente caso, la imposibilidad de deducir los gastos por cuidado de los hijos de los ingresos relacionados con la formación profesional o con el ejercicio de una profesión, afectan a la posibilidad de que un progenitor solo reciba tal formación profesional u ocupe un puesto de trabajo a tiempo parcial. En otras palabras, lo que deberá examinar, es el impacto real de los requisitos de concesión de estas prestaciones sobre los ámbitos cubiertos por la Directiva 76/207, especialmente el acceso a la formación profesional (artículo 4) y al empleo (artículo 3). Es aquí, precisamente, donde reside el máximo interés de poder aplicar esta Directiva a los regímenes de Seguridad Social que ya estén sometidos al principio de igualdad de trato por la Directiva 79/7: mientras que esta última Directiva aplica el principio a las propias *modalidades* de los regímenes afectados (artículo 4), la Directiva 76/207 ofrece la posibilidad de verificar si dichas modalidades ejercen o no, un *efecto* discriminatorio sensible sobre las materias no relacionadas con la Seguridad Social, incluidas en su ámbito de aplicación, a saber, el acceso al empleo, a la formación (y a la promoción) profesionales, así como las condiciones de trabajo y despido.

Discriminación en el sentido de la Directiva 76/207

28. Distinta es la cuestión de si los regímenes de prestaciones británicas de que se trata, provocan una discriminación prohibida por la Directiva 76/207. El apartado 1 del artículo 2 de esta Directiva establece:

«El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.»

Las disposiciones siguientes imponen a los Estados miembros obligaciones específicas con vistas a la aplicación del principio de igualdad de trato, así definido, en el ámbito de las condiciones de acceso al empleo (artículo 3), de acceso a la orientación y a la formación profesionales (artículo 4) y de las condiciones de trabajo y despido (artículo 5).

Las observaciones que he realizado (en los apartados 20 a 22, *supra*), a propósito de la discriminación en el sentido de la Directiva

79/7, se aplican también aquí: basta, para que nos hallemos en presencia de una discriminación indirecta, en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207, que una medida aparentemente neutra incida, de hecho, principalmente sobre los trabajadores de uno de los dos sexos, sin que sea necesario demostrar que esta discriminación es intencional. Bastaría demostrar, para cumplir este requisito que, en la práctica, son principalmente las mujeres las que resultan afectadas por la imposibilidad de deducir los gastos por cuidados de los hijos del importe de una asignación de formación, obtenida en el marco de una formación profesional, o de los ingresos por actividades profesionales a tiempo parcial.

El hecho de que el régimen controvertido no constituya, para las madres que viven solas, un obstáculo insalvable para el acceso a la formación profesional o al ejercicio de una profesión, o el hecho de que no fuera la intención del legislador, o del autor de la medida, crear tal obstáculo, es irrelevante a tal efecto: basta con que las normas aplicables tengan un impacto real sobre la posibilidad de recibir una formación profesional o de ejercer una profesión.

Restablecimiento de los derechos de las demandantes en el litigio principal

29. Aún debemos examinar la solicitud del Juez remitente que desea que se concrete el modo en que deberían restablecerse los derechos de las demandantes en el litigio principal, en el supuesto de que la Directiva 79/7 y/o la Directiva 76/207 fueran aplicables en el presente caso, o se comprobara la existencia de una discriminación indirecta y los poderes públicos británicos no alegaran ninguna justificación objetiva. Ha quedado acreditado que ambas prohibiciones de discriminación poseen efecto directo. Consideradas en sí mismas y teniendo en cuenta la finalidad de la Directiva y su contenido, son:

«suficientemente precisa(s) para ser invocada(s) por un justiciable y aplicada(s) por el Juez». [60]

Ello significa que, tras la expiración del plazo de ejecución de ambas Directivas, las prohibiciones de discriminación que contienen pueden ser invocadas por los particulares, a fin de que los órganos jurisdiccionales nacionales excluyan toda disposición nacional que no sea conforme a las mismas. [61]

Según reiterada jurisprudencia, el Juez nacional no puede aplicar una disposición incompatible con el Derecho comunitario. [62] El problema al que nos enfrentamos en esta situación es, sin embargo, que el marco de referencia ofrecido por el Tribunal de Justicia al Juez nacional en los asuntos de igualdad de trato para que pueda restablecer los derechos de los particulares, no aporta una solución al presente caso. Cuando comprueba la existencia de una discriminación, el Tribunal de Justicia invita generalmente al Juez a aplicar a los miembros del grupo

60 — Véanse, también, las sentencias de 24 de junio de 1987, Borrie Clarke (384/85, Rec. p. 2865), apartado 9; de 4 de diciembre de 1986, FNV (71/85, Rec. p. 3855), apartado 21; de 24 de marzo de 1987, McDermott y Cotter (286/85, Rec. p. 1453), apartado 14, y de 11 de julio de 1991, Johnson (C-31/90, Rec. p. I-3723), apartado 34.

61 — Véase, en lo que respecta a la Directiva 79/7, las sentencias McDermott y Cotter, apartado 16; Borrie Clarke, apartado 12 y Johnson, apartado 35.

62 — Véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmental (106/77, Rec. p. 629); véase la remisión expresa a esta jurisprudencia que se hace en la sentencia Nimz, apartado 19.

(o del sexo) menos favorecido las normas aplicables a los miembros del otro grupo.[63] Esta aproximación no resuelve el problema de las demandantes en el litigio principal; en efecto, los padres solos tampoco pueden deducir los gastos por cuidado de los hijos de los ingresos que obtienen en concepto de formación profesional (asignación complementaria), o en concepto de ejercicio de una actividad profesional (auxilio económico).

A partir de la sentencia Von Colson y Kamann, el Tribunal de Justicia asentó una doctrina que obligaba a los Estados miembros a aplicar su legislación nacional de conformidad con la Directiva. Tampoco me parece que esta doctrina pueda constituir una solución.[64] Esta jurisprudencia fue elaborada a propósito de la conformidad de las normas de Derecho nacional con las disposiciones no directamente aplicables de una Directiva, mientras que aquí, en caso de que nos halláramos ante una discriminación injustificada, se trata de la incompatibilidad del Derecho nacional con una disposición de una Directiva dotada de efecto directo. A mayor abundamiento, en el estado actual de la jurisprudencia, la cuestión de si la obligación de aplicar la legislación nacional de manera compatible con la Directiva, se extiende también a una norma nacional que, debido a que resulta clara, no puede ni siquiera recibir interpretaciones distintas, lo que parece ocurrir en el caso de la norma de no deducibilidad de los gastos por el cuidado de los hijos en los dos regímenes de prestaciones de que se trata, no ha sido zanjada hasta hoy, a pesar de que el Tribunal de Justicia tendrá la ocasión de hacerlo próximamente.[65]

30. Por el contrario, tanto en lo que respecta a la Directiva 79/7 (artículo 5), como a la Directiva 76/207 (apartado 2 del artículo 3, para el acceso al empleo, y artículo 4, para el acceso a la formación profesional), los Estados miembros se comprometieron a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

Por tanto, en el estado actual del Derecho comunitario, la solución más realista, en mi opinión, es que el Juez nacional, a petición de las demandantes en el litigio principal declare, llegado el caso que, habida cuenta de los criterios que acabo de exponer, los poderes públicos británicos han incumplido las obligaciones que les incumben en virtud de las Directivas 76/207 y 79/7 y que les condene a pagar daños y perjuicios a las Sras. Jackson y Cresswell, según las modalidades definidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en concreto en la sentencia Francovich y Bonifaci, recientemente dictada.[66]

63 — Sentencias FNV, apartado 23; McDermott y Cotter, apartado 18; Borrie Clarke, apartado 12; Johnson, apartado 36; de 13 de diciembre de 1989, Ruzius-Wilbrink (C-102/88, Rec. p. 4311), apartado 20; Kowalska, apartado 20, y Nimz, apartado 18.

64 — Sentencia de 10 de abril de 1984 (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26. Entre tanto, esta postura se ha convertido en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Véanse, entre las sentencias recientes, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8, y de 16 de enero de 1992, X, (C-373/90, Rec. p. I-131).

65 — Estoy pensando en el segundo asunto Marshall (C-271/91) que se refiere al límite máximo establecido por la Sex Discrimination Act británica para la indemnización de las víctimas de una discriminación por razón de sexo. La House of Lords pregunta al Tribunal de Justicia: i) si un Estado miembro que establece tal límite legal de indemnización en su legislación incumple el artículo 6 de la Directiva 76/207; ii) si dicho artículo prohíbe que el importe de la indemnización que ha de concederse sea inferior al importe, incluidos los intereses, de la pérdida sufrida a causa de la discriminación, y iii) en caso afirmativo, si un particular puede invocar el artículo 6 frente a una Autoridad pública, por prevalecer dicha disposición sobre el límite legal de indemnización. Recordemos que, en la sentencia Von Colson y Kamann, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6 no era una disposición directamente aplicable (apartado 27).

66 — Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 40.

Conclusión

31. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Juez remitente del siguiente modo:

«1) Un régimen de Seguridad Social entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 79/7/CEE, en la medida en que el Juez nacional considere que forma parte, en el sentido amplio del término, de un régimen legal autónomo o de una forma de ayuda social que ofrezca una protección directa y efectivamente vinculada a uno de los riesgos enunciados en la letra a) de esta disposición.

2) En caso de que el Juez nacional llegue a la conclusión de que un régimen de Seguridad Social entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE y que, por haberse acreditado que dicho régimen afecta a un mayor porcentaje de mujeres que de hombres, provoca una discriminación indirecta en el sentido del apartado 1 del artículo 4 de la directiva, corresponde a la autoridad competente demostrar que la norma que genera la discriminación está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón del sexo.

3) Las condiciones de aplicación de un régimen de Seguridad Social entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE, en la medida en que dicho régimen entre en el ámbito de aplicación de un acto comunitario adoptado con vistas a la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y siempre que el Juez nacional compruebe que dichas condiciones de aplicación afectaban o afectan a uno de los ámbitos cubiertos por la citada Directiva y, en concreto, el acceso a la formación profesional y al empleo.

4) En el caso de que el Juez nacional llegue a la conclusión de que las condiciones de aplicación de un régimen entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE y que, por haberse acreditado que dichas condiciones de aplicación afectan a un mayor porcentaje de mujeres que de hombres, provocan una discriminación indirecta en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, corresponde a la autoridad competente demostrar que la norma

que genera la discriminación está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

5) Si se pone de manifiesto que la legislación de un Estado miembro infringe la prohibición de discriminación contenida en las Directivas 79/7/CEE y 76/207/CEE y que la aplicación al grupo desfavorecido de las normas aplicables a los demás derechohabientes, no aporta solución alguna, corresponde al Juez nacional, en el estado actual del Derecho comunitario, condenar, llegado el caso, a dicho Estado a petición de las partes y según las modalidades definidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a reparar el perjuicio causado por dicha infracción.»