CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN-PIERRE WARNER, presentadas el 3 de julio de 1979 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Se ha sometido este asunto al Tribunal de Justicia mediante una petición de decisión prejudicial formulada por la cour d'appel de Douai.

La cuestión planteada a este Tribunal va dirigida a saber si la Sra. Diamante Palermo (de soltera, Toia) tiene derecho a una prestación no contributiva establecida por la legislación francesa en favor de mujeres de avanzada edad que han criado al menos cinco hijos, denominada «asignación para madres de familia». La Sra. Palermo, que nació en Italia en 1913 tiene la nacionalidad italiana. Tanto ella como su cónyuge residen en Francia, en Escaudain, en el departamento del Norte. Su cónyuge está jubilado y trabajó anteriormente como minero en Francia.

La prestación controvertida tuvo su origen en la Ley nº 46-1146, de 22 de mayo de 1946 (DO de la República Francesa de 23 de mayo de 1946, p. 4475), «por la que se generaliza la Seguridad Social» según indica su título. La asignación no fue creada por esta misma Ley. Estableció (en sus artículos 14 a 17) un «subsidio para trabajadores ancianos por cuenta ajena» y dispuso (artículo 33) que el beneficio de dicha asignación podría extenderse por Decreto a las esposas y viudas de trabajadores por cuenta ajena que hubieran criado cinco hijos hasta la edad de dieciséis años. Dicha ampliación fue efectuada por el Decreto nº 46-1862, de 19 de julio de 1946 (DO de la República Francesa de 21 de julio de 1946, p. 6540).

El artículo 33 de la Ley de 22 de mayo de 1946 fue derogado y sus disposiciones recogidas de forma más amplia por la Ley nº 49-1095, de 2 de agosto de 1949 (DO de la República Francesa de 6 de agosto de 1949, p. 7716). Dicha Ley fue desarrollada por el Decreto nº 50-76, de 16 de enero de 1950 (DO de la República Francesa de 17 de enero de 1950, p. 641). Este último fue modificado por el Decreto nº 56.839, de 16 de agosto de 1956 (DO de la República Francesa de 21 de agosto de 1956, p. 8028), que subordinó la concesión de la asignación al requisito de que los hijos de que se trata

* Lengua original: inglés.

tuvieran la nacionalidad francesa. Pero dicho requisito no era nuevo. Ya había sido impuesto por una Orden Ministerial de 1 de marzo de 1950 (DO de la República Francesa de 5 de marzo de 1950, p. 2524) relativo a las modalidades de aplicación del Decreto de 16 de enero de 1950.

Las líneas maestras de dicha legislación han sido incorporadas en la actualidad a los artículos L 640 a L 642, Libro VII del Código de la Seguridad Social. El requisito que exigía que los hijos tuvieran la nacionalidad francesa ya no se menciona en el mismo. Parece que todavía persiste en el Decreto de 16 de enero de 1950 en su versión modificada por el Decreto de 16 de agosto de 1956.

Los requisitos que debe cumplir una mujer, a tenor de dicha legislación, para causar derecho a una asignación, pueden resumirse como sigue:

i) Ha de tener 65 años de edad (o 60 si padece una incapacidad laboral).

ii) Ha de tener la nacionalidad francesa pero, con arreglo a unas instrucciones administrativas dictadas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, dicho requisito se obvia en el caso de nacionales de ciertos países, incluyendo Italia, con los que Francia ha celebrado convenios bilaterales. La nacionalidad de su cónyuge no se toma en consideración.

iii) Debe residir en la Francia metropolitana.

iv) Deber ser la esposa o la viuda de un hombre que haya trabajado por última vez por cuenta ajena durante al menos tres meses. Según las sentencias de la Cour de cassation francesa a las que se nos ha remitido, poco importa el lugar en el que haya trabajado el cónyuge; puede haber trabajado fuera de Francia. La cuestión de saber si está o ha estado sometido a un régimen cualquiera de Seguridad Social tampoco tiene relevancia.

v) Tiene que haber criado por lo menos cinco hijos durante nueve años antes de su decimosexto aniversario.

vi) Dichos hijos deben tener la nacionalidad francesa en el momento en el que cumpla los 65 años (o en el momento en el que solicite la concesión de la asignación si, sufriendo una incapacidad laboral, presenta su solicitud entre los 60 y los 65 años).

vii) Debe probar que sus ingresos son inferiores a un cierto techo que se especifica.

viii) No puede tener derecho a pensión alguna en virtud de una legislación de Seguridad Social.

La Sra. Palermo reúne todos estos requisitos, con excepción del requisito ii) relativo a su nacionalidad, pero en su caso no le ha sido aplicada, y el requisito vi) referente a la nacionalidad de sus hijos. De sus siete hijos, dos son franceses, mientras que los otros cinco son de nacionalidad italiana. Resulta que los dos franceses y dos de los italianos residen en Francia, que otros dos italianos residen en Australia y que el último italiano reside en Canadá.

La Caisse régionale d'assurance maladie du Nord de la France desestimó la petición de asignación de la Sra. Palermo debido a que sólo dos de sus hijos poseen la nacionalidad francesa.

Como consecuencia de una reclamación interpuesta por la Sra. Palermo ante la Commission locale de première instance du contentieux de la sécurité sociale, este órgano jurisdiccional invalidó la decisión de la Caisse régionale y acogió la pretensión de la demandante, en virtud de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98).

Caisse régionale apela en la actualidad ante la Cour d'appel de Douai.

Estas son las circunstancias en las que dicho órgano jurisdiccional trasladó el asunto al Tribunal de Justicia para obtener una decisión prejudicial sobre la cuestión de saber «cómo deben interpretarse las disposiciones del apartado 1 del artículo 2, de los apartados 1 y 3 del artículo 3 y de la letra c) del apartado 1 y apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71, en lo que se refiere a la concesión de una asignación de vejez que, siendo de carácter no contributivo, está en principio reservada a los franceses».

Ante el Tribunal de Justicia, la Caisse régionale expuso las tres alegaciones principales siguientes.

En primer lugar sostuvo que la asignación para madres de familia no pertenece al ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71 ni incluso al Tratado CEE. Para apoyar esta afirmación, la Caisse expone argumentos rebuscados e interesantes, pero no pienso que sea necesario examinarlos en detalle porque se puede contestar brevemente a esta afirmación.

El Tribunal de Justicia recordará que el artículo 4 del Reglamento nº 1408/71 define las legislaciones o regímenes de prestaciones, contributivos o no contributivos, a los que es aplicable el Reglamento. El artículo 5 dispone, en relación con el artículo 96, que los Estados miembros mencionen las legislaciones y regímenes a que se refiere el artículo 4 en declaraciones notificadas al Presidente del Consejo y publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. En la sentencia de 29 de noviembre de 1977, Beerens (35/77, Rec. p. 2249), el Tribunal de Justicia (adoptando una postura más estricta que la que expresé en mis conclusiones) decidió:

«Debe considerarse que la circunstancia de que un Estado miembro haya mencionado una Ley en la declaración a que se refiere el artículo 5 del Reglamento nº 1408/71 determina que las prestaciones concedidas con arreglo a dicha Ley sean prestaciones de Seguridad Social en el sentido de dicho Reglamento.»

Las declaraciones realizadas por los Estados miembros originarios en cumplimiento de los artículos 5 y 96 del Reglamento fueron recopiladas en marzo de 1973 y publicadas (DO 1973, C 12, p. 11). Allí puede verse, bajo el epígrafe C(A) (I) (c), que la República Francesa declaró como incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento «el subsidio para trabajadores ancianos por cuenta ajena y la asignación para madres de familia (Libro VII del Código de la Seguridad Social)».

Dado que esto es así, la Caisse régionale no puede, en mi opinión, sostener que la asignación controvertida en el caso de autos no esta incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento.

En segundo lugar y con carácter subsidiario, la Caisse afirmó que no era incompatible con el Tratado o con el Reglamento someter el nacimiento del derecho a la asignación para madres de familia al requisito de que los hijos tengan la nacionalidad francesa. Este es el punto central del asunto.

A este respecto, la disposición del Tratado que hay que tener en cuenta manifiestamente es el artículo 7 a tenor del cual «en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad». La Caisse no se ha basado en ninguna «disposición particular» que con arreglo al Tratado excluya la aplicación del artículo 7 en el presente contexto.

La disposición del Reglamento que se debe tener en cuenta es el apartado 1 del artículo 3 que, como este Tribunal sabe, dispone que:

«Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento.»

Tampoco aquí ha alegado la Caisse «disposición particular» alguna del Reglamento.

Como ha subrayado la Comisión, cuando el Derecho comunitario prohíbe la discriminación basada en la nacionalidad, no sólo prohíbe la discriminación ostensible basada en este motivo, sino también «toda forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzcan de hecho al mismo resultado» –véanse las sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu

(152/73,← Rec. p. 153), apartado 11, y de 16 de febrero de 1978, Comisión/Irlanda (61/77,← Rec. p. 417), apartados 78 a 80. En el asunto Sotgiu, el Tribunal de Justicia puso como ejemplos de criterios que, según las circunstancias, desde el punto de vista de su efecto práctico podían equivaler a discriminaciones basadas en la nacionalidad, el lugar de origen o el de residencia de una persona.

Me parece evidente que, como ha señalado la Comisión, el requisito que exige que sus hijos sean de nacionalidad francesa lo reúne en la práctica más fácilmente una mujer que sea francesa que una que no lo sea. La imposición de tal condición constituye por lo tanto, en mi opinión, una forma encubierta de discriminación por razón de la nacionalidad.

El Tribunal de Justicia consideró, sin embargo, en el asunto Sotgiu que dicha diferencia de trato podía estar justificada si se basaba en diferencias objetivas entre las situaciones de aquellos a quienes se aplicaba dicha diferencia de trato.

La Caisse sostuvo que el requisito objeto de litigio en el caso de autos estaba justificado por dos razones.

En primer lugar, la Caisse afirmó que la asignación para madres de familia era un instrumento de política demográfica.

Dicha afirmación parece, a primera vista, sorprendente, porque es difícil imaginar que una mujer se vea alentada a dar a luz hijos por la idea de que, cuando haya alcanzado la edad de 65 años (o de 60 años si en ese momento sufre una incapacidad laboral), tendrá derecho a una modesta asignación si un número suficiente de sus hijos ha conservado o adquirido entre tanto la nacionalidad francesa y si se cumplen los otros requisitos de la legislación que entran en consideración. La cour d'appel de Douai, ante la que también se expuso este argumento, tampoco parece haber quedado convencida. La resolución de remisión, después de mencionar el argumento, continúa señalando como motivo por el cual la asignación está «en principio reservada a los franceses» el hecho de que es de carácter no contributivo.

Tendría razón probablemente el Tribunal de Justicia, en dejar a los órganos jurisdiccionales franceses pronunciarse sobre la cuestión de saber si la asignación constituye un instrumento de política demográfica, si no fuera por el hecho de que el Reglamento nº 1408/71 se refiere específicamente a lo que sus considerandos llaman «prestaciones que ofrecen un carácter preponderante de incitación demográfica». Lo hace en el contexto de las prestaciones familiares. El Anexo I del Reglamento [tal como fue sustituido por el Acta de adhesión y modificado posteriormente por el Reglamento (CEE) nº 1209/76 del Consejo; DO 1976, L 138, p. 1] enumera las «asignaciones especiales de natalidad excluidas del campo de aplicación del Reglamento en virtud de la letra u) del artículo 1» que es la disposición que define «las prestaciones familiares» y «los subsidios familiares». Bajo este título, el Anexo I enumera «la asignación de nacimiento» pagadera en Bélgica y Luxem-

burgo, y «las asignaciones prenatales» y «las asignaciones posnatales» pagaderas en Francia. No menciona la asignación controvertida en el caso de autos.

El Reglamento trata pues prestaciones que son instrumentos de política demográfica excluyéndolas explícitamente de su ámbito de aplicación. La asignación controvertida en el caso de autos, lejos de estar excluida así, está expresamente situada en el ámbito de aplicación del Reglamento por la declaración realizada por la República Francesa en virtud del artículo 5. En mi opinión, se deduce necesariamente que el apartado 1 del artículo 3 es aplicable en lo referente a esta asignación; y, a la vista de la jurisprudencia que he recordado anteriormente, el apartado 1 del artículo 3 ha de interpretarse claramente en el sentido de que prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles sino igualmente las discriminaciones encubiertas basadas en la nacionalidad.

Por consiguiente, considero que procede desestimar la primera razón alegada por la Caisse para justificar el requisito a tenor del cual los hijos de una mujer que solicita la concesión de la asignación deben ser nacionales franceses.

El segundo motivo alegado por la Caisse es que sólo la exigencia de la nacionalidad francesa a los hijos de la demandante puede evitar la acumulación de prestaciones. La Caisse subraya que el artículo 10 del Reglamento nº 1408/71 suprime el requisito de residencia en Francia de la demandante. Así, al no poder exigir el requisito de la nacionalidad de sus hijos, nada impide a una mujer solicitar la concesión de una asignación como la controvertida en el caso de autos en todos los Estados miembros que conceden tales asignaciones.

Acerca de este punto, la Comisión ha expuesto cierto número de argumentos que me parece que no responden verdaderamente a la cuestión. Incluían un argumento basado en los artículos 2, 13 y 14 del Reglamento nº 1408/71, otros se fundaban en el artículo 12 de dicho Reglamento y en el principio de proporcionalidad, y un argumento se apoyaba en los requisitos establecidos por la legislación francesa que habían de considerarse a tenor de los cuales una mujer sólo puede percibir la asignación controvertida si carece de recursos suficientes y no percibe pensión alguna de la Seguridad Social.

Sin embargo, también se ha declarado en nombre de la Comisión que de hecho las legislaciones de los otros Estados miembros no prevén una asignación idéntica a la asignación para madres de familia francesas, de manera que en la práctica no puede producirse acumulación alguna del tipo que contempla la Caisse. Puede deducirse de lo que ha expuesto el Agente de la Comisión durante la vista, en respuesta a una de mis preguntas, que en realidad la situación es la siguiente: como el problema no es de orden práctico, nadie ha considerado necesario legislar para darle solución. Si se planteara concretamente, se haría imprescindible cierta modificación del Reglamento nº 1408/71. A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró que la letra b) del artículo 51 del Tratado no prohíbe al Consejo

subordinar la percepción de prestaciones concretas al criterio de residencia en un Estado miembro concreto cuando tal disposición esta justificada objetivamente –véase la sentencia de 13 de julio de 1976, Triches (19/76, Rec. p. 1243). Una posible solución sería, pues, que el Consejo admitiera como criterio aplicable la residencia de la demandante. Pero, en mi opinión, no le está permitido al Consejo considerar la nacionalidad de sus hijos como criterio aplicable.

De ello se deduce, en mi opinión, que el riesgo de acumulación de prestaciones no puede alegarse para justificar el requisito relativo a la nacionalidad de los hijos de la demandante, previsto en la legislación francesa.

El tercer argumento principal que la Caisse ha formulado para el caso de que el Tribunal de Justicia no acoja los dos primeros es que, si bien los hijos que tengan la nacionalidad de un Estado miembro cualquiera deben tenerse en cuenta con arreglo a las disposiciones del artículo 3 del Reglamento nº 1408/71, sólo han de considerarse los que residen en la Comunidad. No se ha expuesto ningún argumento serio para apoyar esta tesis, pero parece que, también aquí, lo que preocupa a la Caisse es el riesgo de acumulación de prestaciones.

A este respecto, pienso que basta con afirmar que a falta de referencia alguna en la legislación francesa a la residencia de los hijos de la demandada y a falta de algún tipo de disposición de Derecho comunitario que le otorgue importancia, no veo en qué podría basarse eventualmente el Tribunal de Justicia para considerar pertinente dicho criterio.

La Caisse no ha expuesto ningún argumento basado en el artículo 2 del Reglamento. Este dispone que el Reglamento «se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros [...] así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes». La legislación francesa controvertida se aplica, sin embargo, a una persona que no necesita ser o haber sido i) ella misma trabajador o ii) miembro de la familia de un trabajador que esté o haya estado sometido a cualquier legislación de Seguridad Social. La Comisión ha sugerido que dicha persona no puede, sin embargo, alegar el Reglamento nº 1408/71, salvo que cumpla alguno de los requisitos enumerados en el artículo 2. Puede que ello sea así, pero, dado que el problema no ha sido discutido y que puede que no tenga importancia en el caso de autos, considero oportuno dejarlo en suspenso.

La formulación de la respuesta que convendría dar a la cuestión planteada al Tribunal de Justicia por la cour d'appel de Douai presenta algunas dificultades debido a los términos generales en que ésta ha sido expresada. Pienso, sin embargo, que a dicho órgano jurisdiccional se le darían elementos suficientes para resolver

el asunto de forma apropiada si, como respuesta a la cuestión planteada, este Tribunal de Justicia declarase que:

1) La circunstancia de que un Estado miembro haya especificado, en su declaración realizada con arreglo al artículo 5 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, la legislación aplicable en su territorio en lo referente a un tipo particular de prestaciones, ya sea contributivo o no contributivo, debe considerarse en el sentido de que establece que las prestaciones concedidas conforme a dicha legislación entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, tal como se define en los apartados 1 y 2 de su artículo 4.

2) El apartado 1 del artículo 3 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que tal prestación no puede negarse a una persona a la que le es aplicable este artículo, ya sea por razón de su propia nacionalidad o de la nacionalidad de sus hijos.