

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 22 de febrero de 2001¹

I. Introducción

1. El presente procedimiento prejudicial ha sido promovido por el Conseil d'État francés. Se plantean cuestiones sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de un régimen nacional que prevé para las mujeres el cómputo de un año de servicios por cada hijo a efectos del cálculo de los derechos a pensión de jubilación. El demandante en el procedimiento principal (en lo sucesivo, «demandante») es padre de tres hijos, por lo que pide que se le reconozcan tres años de servicio para el cálculo de su pensión de jubilación en virtud del precepto controvertido, que considera contrario al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por reservar a las mujeres la bonificación del período de servicios para dicho cálculo.

2. También se discute si deben aplicarse las disposiciones comunitarias vigentes en 1991, momento en que se solicitó que se reconociera su derecho a pensión, o si las pertinentes son las que estaban en vigor en 1999, momento en que se instó el procedimiento de decisión prejudicial.

II. Antecedentes de hecho y procedimiento

3. El demandante es un «magistrat»² francés que, como miembro de la Cour d'Appel de Paris, pasó a situación de servicios especiales en el Ministerio de Asuntos Exteriores y que luego ejerció sus funciones en el servicio jurídico de la Comisión de las Comunidades Europeas. El Sr. Griesmar pidió que se le reconociera su derecho a pensión de jubilación a partir del 15 de febrero de 1991. Mediante orden (arrêté) de 1 de julio de 1991, que le fue notificada el 11 de mayo de 1992, se le reconoció el derecho al cobro de su pensión. Esta última fue calculada atendiendo únicamente a sus años de servicios efectivos. El demandante se opone a ello y pide que se tomen también en consideración otros tres años de servicio al amparo del artículo L. 12, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite (Código de pensiones de jubilación de los funcionarios civiles y militares, en lo sucesivo, «código de pensiones»),³ que prevé dicha bonificación para las funcionarias con hijos.

4. En opinión del demandante, al ser padre de tres hijos, debería también poder disfrutar de la bonificación en virtud del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en especial en el ámbito de

1 — Lengua original: alemán.

2 — Término genérico con el que se designa a los altos funcionarios, a los jueces y a los fiscales.

3 — Con respecto al contenido del precepto, véase el punto 14.

la igualdad de retribución. Por habérsele denegado dicha ventaja, interpuso un recurso ante el Conseil d'État remitente, competente para decidir en primera y única instancia sobre los litigios de los funcionarios nombrados por decreto, entre los que se cuentan los «magistrats», con el objeto de anular la orden relativa a su pensión, en la medida en que se le denegó la bonificación de los años de servicios para el cálculo de su pensión.

Roma, ¿se oponen las disposiciones de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, a que Francia mantenga disposiciones como las del artículo L. 12, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite?»

5. Mediante resolución de 28 de julio de 1999, el tribunal suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

6. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han participado el demandante, el Gobierno francés, el Gobierno belga y la Comisión.

III. Derecho aplicable

«1) Las pensiones abonadas por el régimen francés de jubilación de los funcionarios ¿forman parte de las retribuciones a que se refiere el artículo 119 del Tratado de Roma (artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea)? En caso de respuesta afirmativa, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo anejo al Protocolo nº 14 sobre la política social, ¿las disposiciones del artículo L. 12, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite vulneran el principio de igualdad de retribución?

a) Disposiciones comunitarias pertinentes

7. El artículo 119 del Tratado CEE tenía, en 1991, momento en que se solicitó que se reconociera el derecho a pensión objeto del recurso, la siguiente redacción:

2) En el supuesto de que no fuese aplicable el artículo 119 del Tratado de

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

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

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

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

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

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.»

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

8. Tras las modificaciones y renumeración introducidas por el Tratado de Amsterdam de 1997, es decir, en un momento anterior a la petición de decisión prejudicial de 1999, dicho precepto pasó a ser el artículo 141 CE, que dispone:

3. [...]

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a

evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.»

«1. La presente Directiva se aplicará

9. El contenido del apartado 4 antes citado procede del artículo 6, apartado 3, del Acuerdo de 1993 que se cita en el punto siguiente.

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

10. El artículo 6 del Acuerdo de 1 de noviembre de 1993, anejo al Protocolo nº 14 sobre la política social, al que se refiere la primera cuestión prejudicial, corresponde en sus dos primeros párrafos a la redacción del antiguo artículo 119 del Tratado CEE. El apartado 3, con el que se completa el artículo, dispone:

— enfermedad,

— invalidez,

— vejez,

«3. El presente artículo no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.»

— accidente laboral y enfermedad profesional,

— desempleo;

11. En cuanto a la Directiva 79/7/CEE, citada en la segunda cuestión prejudicial, se trata de una Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.⁴ El artículo 3 dispone:

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.

⁴ — DO L 6, p. 24.

2. La presente Directiva no se aplicará a las disposiciones relativas a las prestaciones a favor de los supervivientes, ni a las que se refieren a prestaciones familiares, excepto si se trata de prestaciones familiares concedidas con arreglo a los aumentos de las prestaciones debidas en razón de los riesgos previstos en la letra a) del apartado 1.

- 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.

3. Con el fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, las disposiciones que determinarán el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación.»

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.»

12. El artículo 4 de la Directiva establece:

13. El artículo 7, apartado 1, letra b), prevé:

«1. 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:

«1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

a) [...]

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;

[...]

[...]

b) Disposiciones nacionales

14. El artículo L. 12, letra b), del código de pensiones dispone literalmente:

«A los años de servicios efectivos se añadirán, conforme a las condiciones establecidas por resolución administrativa, las siguientes bonificaciones:

a) [...]

b) Bonificación en favor de las funcionarias (“femmes fonctionnaires”) por cada hijo legítimo, natural legalmente reconocido o adoptivo y, siempre que los hayan cuidado durante un período mínimo de nueve años con anterioridad a la edad de 21 años, por cada uno de los hijos mencionados en el artículo L. 18, apartado II.

15. El artículo L. 18 del código de pensiones, al que se remite, es una disposición sobre complementos familiares a pensión concebida de forma no discriminatoria por razón de sexo. El artículo L. 18, apartado 1, establece que se concederá un complemento al beneficiario de una pensión que haya cuidado al menos a tres hijos. En el apartado 2 del artículo se enumeran los hijos que han de ser considerados como «hijos» a efectos del precepto. Aparte de los ya citados en el artículo L. 12, letra b), tienen esta consideración los hijos del cónyuge nacidos de un matrimonio anterior, sus hijos naturales legalmente reconocidos y sus hijos adoptivos. Así, tres categorías de hijos se sitúan, de una u otra manera, mediante resolución judicial, bajo la custodia del titular de la pensión. Se trata de los hijos sobre los cuales el titular de la pensión ostenta la patria potestad, de los que tiene bajo su tutela y de los hijos acogidos en su hogar.

16. Además, el artículo R. 13 del código de pensiones contiene otra precisión acerca del artículo L. 12, letra b), según la cual:

«La bonificación que se prevé en el artículo L. 12, letra b), en favor de las funcionarias será de un año por cada hijo legítimo, natural reconocido, así como por cualquier otro hijo que, en el momento de interrumpir

pir el servicio activo, haya sido cuidado cumpliendo los requisitos y el período de tiempo establecidos en dicho artículo.»

El precepto es una «norma nueva» que no debe aplicarse a litigios anteriores.

IV. Observaciones de las partes

Parte demandante

17. El demandante estima que la pensión controvertida constituye una «retribución» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE o del artículo 141 CE. Apoya esta tesis, por una parte, en un análisis del régimen de pensiones francés y, por otra, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁵ Respecto a si el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones vulnera el principio de igualdad de retribución, a la luz del artículo 6, apartado 3, del Acuerdo anejo al Protocolo sobre la política social, el demandante alega que este precepto no resulta de aplicación al presente asunto, dado que el momento pertinente para analizar la situación jurídica es la fecha en que se adoptó la resolución sobre su petición de reconocimiento del derecho a pensión, el 1 de julio de 1991, mientras que el Protocolo sobre la política social no fue firmado hasta el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

18. La respuesta a la cuestión prejudicial requiere un examen del artículo L. 12, letra b), del código de pensiones. La mera lectura de dicho precepto revela que la bonificación se concede bajo condiciones diferentes. Por un lado, en cuanto a los hijos legítimos, naturales y adoptivos, el complemento se concede independientemente de haber cuidado de ellos, es decir, únicamente por el hecho de ser madre de los hijos.

19. Por otra parte, en cuanto a los hijos mencionados en el artículo L. 18 del código de pensiones, la bonificación está sujeta a la condición de haber cuidado de ellos durante nueve años, sin que se requiera haber sufrido desventaja profesional de ningún tipo. En todo caso, este precepto no afecta al demandante, por lo que carece aquí de mayor relevancia.

20. La circunstancia de que, en el primero de los casos regulados, no se vincule la bonificación a los períodos de permiso por maternidad, que suponen igualmente una desventaja en la carrera profesional, queda confirmada por el hecho de que también se aplica respecto de los hijos nacidos cuando la madre aún no tenía el estatuto de funcionaria o cuando lo hubiese perdido, así como en las situaciones en que no estuviese en servicio activo. En consecuencia, la bonificación no depende de la

⁵ — Sentencias de 28 de septiembre de 1994, Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471); de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607); de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879), y de 14 de diciembre de 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591).

existencia de una desventaja profesional de la madre por verse obligada a tomar un permiso por maternidad. Además, la bonificación también se concede por los hijos adoptivos.

código de pensiones provoca una discriminación por razón de sexo, sólo se plantea la cuestión de si la excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7 es pertinente. El examen del artículo L. 12, letra b), ha mostrado que, dado su alcance, no se trata de una medida dirigida a proteger la maternidad.

21. Al concederse la bonificación únicamente por la circunstancia de ser padres, no puede pues explicarse por qué los hombres, en cuanto padres, están excluidos de esta regulación. El demandante que cuando nacieron sus hijos se encontraba en situación de servicios especiales, merece ser tratado como una funcionaria que en el momento del nacimiento de su hijo hubiese estado en situación de servicios especiales en vez de en servicio activo. El hecho de que las funcionarias hubiesen tenido que tomar un permiso por maternidad en el organismo en que prestaban servicios especiales, no puede afectar de modo negativo a su carrera profesional en el órgano administrativo al que originariamente pertenece.

24. Según el artículo 7 de la Directiva 79/7, un Estado miembro puede excluir de su ámbito de aplicación algunas normas. En el presente asunto sólo tiene relevancia el artículo 7, apartado 1, letra b). Sin embargo, ya se ha demostrado que la bonificación controvertida no está vinculada al hecho de «cuidar» a los hijos, sino meramente al de ser madre. Así pues, la excepción contenida en la norma no es aplicable. En consecuencia, el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones también infringe la Directiva 79/7.

22. Por todo ello, el demandante es víctima de una discriminación por razón de sexo. Es evidente la existencia de una vulneración del artículo 119 del Tratado CEE, y así sería aun en el caso de que fuese aplicable el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo anejo al Protocolo sobre la política social, lo que, según el demandante, no es posible.

23. En opinión del demandante no es necesario responder a la segunda cuestión prejudicial. Por tanto, las consideraciones a este respecto son de naturaleza puramente hipotética. Al no existir duda alguna en cuanto a que el artículo L. 12, letra b), del

Observaciones del Gobierno francés

25. El Gobierno francés expresa dudas en cuanto a que las pensiones contempladas en el código de pensiones sean «retribuciones» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE. Basándose en la sentencia Defrenne I,⁶ habría que deducir que las pensiones de jubilación de un régimen legal de seguridad social no son retribuciones a efectos del artículo 119 del Tratado CEE, sino que

6 — Véase la sentencia de 25 de mayo de 1971 (80/70, Rec. p. 445), apartado 7.

están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 con arreglo a su artículo 3, apartado 1. Es discutible la forma en que debería calificarse el régimen francés de pensiones de los funcionarios, siendo regulado por ley en su totalidad y refiriéndose al conjunto de los funcionarios, los cuales pueden ser considerados como «categoría general de trabajadores»,⁷ tanto desde la perspectiva de su número como de la uniformidad de las normas jurídicas que les son aplicables.

26. Dicho Gobierno señala que en la sentencia Beune⁸ el Tribunal de Justicia subsumió el régimen de pensiones neerlandés en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CEE. Entre los regímenes de pensiones neerlandés y francés existen diferencias y similitudes. Frente al régimen neerlandés, el francés no es un régimen complementario sino que es también básico. El régimen neerlandés de pensiones se basaba en la capitalización de las contribuciones, que se gestionaban de manera paritaria por un fondo de previsión, mientras que las pensiones francesas se basan directamente en la Ley de presupuestos generales.

27. No obstante, el Tribunal de Justicia ha hecho valer como criterio decisivo la relación directa entre la ventaja y el puesto desempeñado, lo cual sucede también en el caso del régimen francés. Por ello, el

Gobierno francés admite que las pensiones del régimen francés podrían considerarse «retribuciones» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE.

28. A continuación, el Gobierno francés presenta observaciones en cuanto a la aplicabilidad temporal del artículo 119 del Tratado CEE, del 141 CE y del Acuerdo anejo al Protocolo sobre la política social. La redacción original del artículo 119 del Tratado CEE no fue modificada por el Tratado de Maastricht. A este Tratado, que fue firmado el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, fue incorporado, sin embargo, el Protocolo n° 14 sobre la política social. El artículo del Tratado recibió su forma actual como artículo 141 CE mediante el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999. El Protocolo sobre la política social no figura en la lista de protocolos derogados por el Tratado de Amsterdam. De ello ha de deducirse, por tanto, que el Protocolo sobre la política social sigue en vigor.

29. También observa que para responder a la petición prejudicial se puede partir, en primer lugar, de la tesis de que el momento pertinente para analizar la situación jurídica es la fecha en la que se adoptó la orden controvertida, el 1 de julio de 1991. Por otra parte, la fecha de la petición prejudicial, el 28 de julio de 1999, podría ser también determinante. En el primer caso sería aplicable el artículo 119 del Tratado CEE en su versión antigua; en el segundo lo

7 — Véase la sentencia Defrenne I, citada en la nota 6, apartado 7.

8 — Asunto C-7/93, citado en la nota 5.

serían el artículo 141 CE y el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo anejo al Protocolo nº 14 sobre la política social. El Gobierno francés examina la situación jurídica, en primer lugar, en relación con la fecha en la que se dictó la resolución de remisión. Se basa directamente para ello en el artículo 141 CE, apartado 4, y en el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social. A su juicio, el artículo 12, letra b), del código de pensiones está justificado en relación con ambas disposiciones.

30. Concluye pues que las ventajas específicas en favor de las mujeres, independientemente de la proporción de mujeres en la función pública, encontrarían justificación en el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo adjunto al Protocolo sobre la política social.⁹ En este contexto, subraya especialmente dos fenómenos. Por una parte se trata del ejercicio del derecho al permiso parental y, de otra, de la comparación entre la duración de la actividad remunerada de las mujeres y de los hombres. Frente a ello, el artículo 141 CE, apartado 4, permite ventajas concretas para compensar las desventajas del sexo menos representado. En este contexto, el Gobierno francés se refiere en especial a la representación minoritaria de las mujeres en altos cargos, así como, por otra parte, a los efectos del ejercicio del derecho a trabajar a tiempo parcial.

31. En la vista oral, el Gobierno francés ha admitido que el artículo 119 del Tratado CEE es aplicable al presente asunto, pero que, sin embargo, habría que tomar en consideración la evolución que constituyen

el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo adjunto al Protocolo sobre la política social y el artículo 141 CE, apartado 4. Además, el Tribunal de Justicia examinó en las sentencias Abrahamsson¹⁰ y Badeck¹¹ las respectivas normas nacionales a la luz del artículo 141 CE, apartado 4, a pesar de que se dictaron antes de que fuese aprobado.

32. En cuanto al artículo 119, el Gobierno francés defiende la tesis según la cual este precepto permitía ya en su versión original la compensación de desventajas en la carrera profesional de las trabajadoras. Por todo ello, la norma contenida en el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones está en cualquier caso justificada. Sirve para tener en cuenta una realidad social en la que las funcionarias sufren perjuicios en el desarrollo de su carrera profesional debido al papel determinante que se les asigna en el cuidado de los hijos. El precepto controvertido tiene por objeto compensar las desventajas y dificultades en el desarrollo de la carrera profesional de las funcionarias con hijos, aun cuando no hayan dejado de trabajar durante el cuidado de los hijos.

33. De las estadísticas adjuntas al escrito de observaciones del Gobierno francés se desprende que las mujeres son, con mucho, minoritarias en los altos cargos de la función pública. Ello se explica por el hecho de que se consideraba que las mujeres con hijos tenían menos disponibilidad profesional. El desarrollo de la

10 — Véase la sentencia de 6 de julio de 2000 (C-407/98, Rec. p. I-5539).

11 — Sentencia de 28 de marzo de 2000 (C-158/97, Rec. I-1875).

9 — Véase el punto 10 anterior.

carrera profesional de las mujeres es, por tanto, mucho más lento que el de los hombres, ya que no se les confían los mismos puestos. Ello se refleja de forma inmediata en la pensiones, en vista del modo de cálculo de las prestaciones de pensión de las funcionarias en Francia. Son estas diferencias las que pretende compensar el artículo L. 12, letra b). Esta medida trata de compensar la desventaja real en materia de retribuciones que se comprueba en la vida profesional de las mujeres con hijos.

34. Además, señala que el precepto ha sido criticado a lo largo del procedimiento por ser demasiado general. Frente a ello sostiene que el precepto no beneficia a las mujeres en general, sino sólo a las que tienen hijos. De las estadísticas de la función pública francesa se desprende que las mujeres sin hijos no se enfrentan a las mismas dificultades en su carrera profesional.

35. Por todo ello, afirma que el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones no vulnera el principio de igualdad de retribución. Esta apreciación encuentra confirmación en las sentencias Kalanke,¹² Marschall,¹³ Badeck¹⁴ y Abdoulaye.¹⁵ Solamente en el caso de que el Tribunal de Justicia no considere las pensiones de los funcionarios como «retribuciones» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE, el Gobierno francés alega con carácter subsi-

diario la aplicabilidad al caso del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7. Se establece expresamente un vínculo entre la bonificación y el cuidado de los hijos.

36. Solamente en caso de que el Tribunal de Justicia no siguiese la argumentación del Gobierno francés, éste solicita que se limiten en el tiempo los efectos de la sentencia. Cuando se formula una pretensión de este tipo, el Tribunal de Justicia examina normalmente si la causa de la interpretación errónea de una norma de Derecho comunitario por parte de un Estado miembro reside en la existencia de una situación de inseguridad jurídica. También a este respecto, el Gobierno francés señala que su tesis está justificada conforme a las sentencias Kalanke,¹⁶ Marschall,¹⁷ Badeck¹⁸ y Abdoulaye.¹⁹

Observaciones del Gobierno belga

37. Para responder a la cuestión de si la pensión francesa de los funcionarios constituye una «retribución» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE, el Gobierno belga remite a la sentencia Barber,²⁰ en la que el Tribunal de Justicia declaró literalmente «que no pueden incluirse en este concepto [...] los regímenes o prestaciones de seguridad social, en particular las pensiones de jubilación, directamente regula-

12 — Sentencia de 17 de octubre de 1995 (C-450/93, Rec. p. I-3051).

13 — Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95, Rec. p. I-6363).

14 — Antes citada en la nota 11.

15 — Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (C-218/98, Rec. p. I-5723).

16 — Citada en la nota 12.

17 — Citada en la nota 13.

18 — Citada en la nota 11.

19 — Citada en la nota 15.

20 — Sentencia de 17 de mayo de 1990 (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 22.

dos por la ley con exclusión de cualquier elemento de concertación en el seno de la empresa o de la rama profesional afectada, obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores».

bonificación controvertida debe subsumirse en esta excepción normativa que aún está vigente, de manera que el precepto objeto del litigio no vulnera el principio de igualdad de trato.

38. El Gobierno belga señala, a continuación, que el Reglamento (CEE) n° 1408/71²¹ es aplicable, tanto en su ámbito personal²² como material, a los regímenes especiales de los funcionarios. Su artículo 1, letra j *bis*), define el concepto de regímenes especiales de los funcionarios como «cualquier régimen de seguridad social que sea diferente del régimen general de la seguridad social aplicable a los trabajadores por cuenta ajena en los Estados miembros de que se trate, y al cual todos los funcionarios o personal asimilado, o algunas de sus categorías, estén directamente sujetos».

La Comisión

39. Dado que el régimen francés de pensiones de los funcionarios está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71, se puede deducir, con arreglo a los criterios establecidos en la sentencia Barber, que en el caso de las pensiones abonadas por este régimen no se trata de «retribuciones» a efectos del artículo 119 del Tratado CE. Con respecto a la segunda cuestión prejudicial, el Gobierno belga remite al artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7. La

40. Basándose en las sentencias Beune²³ y Evrenopoulos,²⁴ la Comisión defiende que las pensiones francesas de los funcionarios tienen carácter de retribución. Respecto a la cuestión de la compatibilidad del artículo L. 12, letra b), del código de pensiones con el principio de igualdad de retribución, la Comisión alega que, en cuanto se refiere a la bonificación, el criterio determinante, según el tenor de dicho precepto, es la circunstancia de haber tenido hijos. Cuando esto ocurre, es difícil comprender por qué no se concede también a funcionarios que sean padres de familia. Por lo que respecta a la Directiva 76/207/CEE,²⁵ el Tribunal de Justicia ha declarado que en su condición de progenitores los trabajadores son tanto los trabajadores masculinos como los trabajadores femeninos.²⁶ La Comisión opina que el reconocimiento de una bonificación para funcionarias en su calidad de madres representa una discriminación directa de los funcionarios en cuanto padres.

23 — Citada en la nota 5.

24 — Sentencia de 17 de abril de 1997 (C-147/95, Rec. p. I-2057).

25 — Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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).

26 — Véase la sentencia de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia (312/86, Rec. p. 6315).

21 — Reglamento (CEE) n° 1408/71 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, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1606/98 (DO L 209, p. 1).

22 — Véase el artículo 1, letra a), inciso i), del Reglamento n° 1408/71 en su versión modificada por el Reglamento n° 1606/98.

41. Finalmente se plantea la cuestión de la aplicabilidad del «Protocolo Barber». ²⁷ El contenido del Protocolo, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, dice: «[a] los fines de aplicación del artículo 119, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el Derecho nacional de aplicación».

42. No se discute que las bonificaciones controvertidas se refieren al momento de pago de la pensión, es decir, a un momento posterior al 17 de mayo de 1990. Por tanto, el «Protocolo Barber» no era aplicable cuando se produjeron los hechos. La bonificación concedida por el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones no puede tampoco considerarse como una «medida positiva» en el sentido del artículo 6, apartado 3, del Acuerdo adjunto al Protocolo sobre la política social. La circunstancia de que sólo las funcionarias puedan beneficiarse de dicha ventaja sobrepasa los límites de la excepción. La Comisión defiende pues la tesis según la cual el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones es incompatible con el artículo 119 del Tratado CEE o con el artículo 141 CE.

43. Dado que la segunda cuestión de la petición prejudicial se ha planteado sólo

para el caso de que el artículo 119 del Tratado CEE no sea aplicable y que, sin embargo, la Comisión se ha pronunciado a favor de su aplicabilidad, la Comisión sólo trata la segunda cuestión prejudicial con carácter subsidiario. El hecho de que el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7 prevea una excepción al principio de igualdad de trato para las personas que han educado hijos, no significa que la misma excepción se aplique cuando un Estado miembro vincula una ventaja al hecho de que una persona haya tenido hijos.

V. Apreciación

44. Ha de aclararse con carácter preliminar cuál de las normas jurídicas mencionadas es aplicable en el tiempo al presente asunto. Como se deduce de lo expuesto por los interesados, se pueden considerar como fechas pertinentes, por una parte, la de adopción de la orden impugnada, es decir, el 1 de julio de 1991, y, por otra, la fecha de la petición prejudicial, es decir, el 28 de julio de 1999. En la primera de esas fechas, era aplicable el artículo 119 del Tratado CEE en su redacción original, en la que aún no se preveía (expresamente) la posibilidad de otorgar ventajas específicas con el fin de compensar desventajas profesionales. Respecto a la segunda fecha, resulta de aplicación el artículo 141 CE que prevé dicha posibilidad en su apartado 4. Si se toma la fecha de la petición prejudicial, entonces también puede recurrirse al artículo 6, apartado 3, del Acuerdo adjunto al Protocolo sobre la política social, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, que también prevé dicha posibilidad. No obs-

²⁷ — Protocolo n.º 2 sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

tante, puede excluirse en principio que se recurra al mismo para la interpretación y comprensión del artículo 119 del Tratado CEE.

tratar de «otras gratificaciones» satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

45. La representante procesal del demandante ha destacado en la vista oral que el tribunal remitente tiene que adoptar su decisión a la luz de la situación jurídica vigente en la fecha en que se adoptó la orden impugnada. Por ello, las cuestiones prejudiciales deben ser examinadas en primer lugar atendiendo a la fecha en que se adoptó la orden impugnada, es decir, aplicando el artículo 119 del Tratado CEE en su redacción original. Este proceder parece también tener más sentido porque el concepto de retribución como tal no ha sufrido ningún cambio fundamental tras la modificación de la disposición, que la convirtió en el artículo 141 CE. Así pues, si la bonificación resultase ser compatible con el artículo 119 del Tratado CEE, será irrelevante el preguntarse previamente por el Derecho aplicable.

47. El empleador en la función pública es el Estado. En la función pública francesa las retribuciones son satisfechas también por el Estado y su pago se basa en la ley de presupuestos, tal y como se ha expuesto expresamente en el contexto del presente procedimiento. En la medida en que las pensiones forman parte de un régimen general de seguro de vejez o de jubilación para los funcionarios, se plantea la cuestión de si la sentencia Defrenne I²⁸ no se opone a la inclusión de estas prestaciones en el concepto de retribución. El Tribunal de Justicia consideró en dicha sentencia que «no pueden [...] incluirse en [el concepto de retribución] [...] los regímenes o prestaciones de seguridad social, especialmente las pensiones de jubilación, directamente regulados por ley con exclusión de cualquier elemento de concertación en el seno de la empresa o de la rama profesional de que se trate, que sea aplicable obligatoriamente a categorías generales de trabajadores».²⁹

46. El artículo 119 del Tratado CEE establece en su apartado 1 que cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Conforme al apartado 2 de dicho precepto se entiende por «retribución», a tenor del mismo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. Dado que el presente asunto no versa sobre las retribuciones en razón de una relación laboral de servicio activo, sino de una prestación de jubilación, sólo se puede

48. En cambio, el Tribunal de Justicia ha incluido en el concepto de retribución las prestaciones de un régimen convencional de pensiones de empresa y complementario de las prestaciones del régimen general legal de seguridad social en vigor.³⁰ La circunstancia de que un plan de pensiones de empresa sea establecido mediante ley y de que se aplique parcialmente en lugar del

28 — Véase el asunto Defrenne I, citado en la nota 6.

29 — Véase la sentencia Defrenne I, citada en la nota 6, apartado 7.

30 — Véase el asunto Bilka, citado en la nota 5, apartados 20 a 22.

régimen general legal, tampoco ha impedido al Tribunal de Justicia incluir en el concepto de retribución las pensiones de jubilación satisfechas por un régimen de este tipo.³¹ Ni siquiera la entrada en vigor de la Directiva 86/378/CEE,³² relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, ha alterado la apreciación del Tribunal de Justicia consistente en considerar como «retribución» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE las prestaciones de un plan complementario de pensiones de empresa y como discriminaciones prohibidas las diferencias de trato que puedan comprobarse únicamente con ayuda de los criterios de «identidad de trabajo» y de «igualdad de retribución» que figuran en dicho artículo.³³

49. La primera vez que el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre un régimen de pensiones de jubilación en el ámbito de la función pública fue en el asunto Beune.³⁴ Se trataba del régimen legal neerlandés de pensiones de la función pública. Las pensiones de jubilación de la función pública estaban organizadas en dicho Estado de manera que los funcionarios jubilados estaban cubiertos en principio por las prestaciones del régimen general legal de pensiones, siempre que tuviesen derecho a ellas, a las que se añadían, con carácter complementario, las prestaciones del régimen de pensiones de los funcionarios.

50. En las conclusiones que presentó en ese asunto,³⁵ el Abogado General Sr. Jacobs elaboró, basándose en la jurisprudencia anterior, cinco criterios con arreglo a los cuales se puede calificar una prestación a efectos del artículo 119 del Tratado CEE. Se refieren a la base legal, al carácter consensual, a la financiación, a la aplicabilidad del régimen a una categoría general de trabajadores, y al carácter complementario del régimen. El Tribunal de Justicia se refirió, además, al significado de la relación entre la prestación y el empleo del trabajador.³⁶

51. Al calificar la prestación en el asunto Beune, el Tribunal de Justicia consideró que el hecho de tener una base legal no basta para excluir una prestación del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CEE.³⁷ El criterio relativo a la concertación entre empresarios y representantes de los trabajadores sólo se cumple cuando concluye en un acuerdo formal. En la función pública también existen procedimientos de consulta que no conducen necesariamente a un acuerdo.³⁸ La aplicabilidad del artículo 119 del Tratado CEE tampoco depende de si se trata de una prestación *complementaria*.³⁹ Respecto a la financiación del régimen, el Tribunal de Justicia comprobó que el régimen de pensiones se gestionaba, no obstante, de manera autónoma según normas similares

31 — Véase la sentencia Barber, citada en la nota 20, apartados 16 y 30.

32 — Directiva 86/378/CEE 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).

33 — Véase la sentencia Moroni, citada en la nota 5, apartados 22 a 26.

34 — Citado en la nota 5.

35 — Véanse las conclusiones, de 27 de abril de 1994 (Rec. 1994, pp. I-4471 y ss., especialmente p. I-4474).

36 — Véase la sentencia Beune, citada en la nota 5, apartado 23.

37 — Véase el apartado 26 de la sentencia, citada en la nota 5.

38 — Véase el apartado 32 de la sentencia, citada en la nota 5.

39 — Véase el apartado 37 de la sentencia, citada en la nota 5.

a las de un plan de pensiones de empresa. Estas características no lo distinguían sustancialmente de los regímenes a los que se aplica la Directiva 79/7.⁴⁰ En este contexto también es relevante la posibilidad del Estado de contribuir financieramente al fondo.⁴¹

52. En cuanto al concepto de «categoría general de trabajadores», el Tribunal de Justicia considera que «puede difícilmente aplicarse a un grupo particular de trabajadores como el de los funcionarios».⁴²

53. En definitiva, el único criterio decisivo fue «que la pensión se abona al trabajador por razón de la relación de trabajo entre el interesado y su antiguo empresario».⁴³ La pensión, que «sólo afecta a una categoría particular de trabajadores, [...] está directamente en función de los años de servicio cumplidos y [...] su cuantía se calcula basándose en el último sueldo del funcionario»,⁴⁴ es una pensión abonada por el empleador público que es comparable a una pensión abonada por un empleador privado a su antiguo trabajador⁴⁵ y, por tanto, debe ser considerada como «retribución» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE.

54. El Tribunal de Justicia confirmó esta jurisprudencia en la sentencia dictada en el asunto *Evrenopoulos*.⁴⁶ En dicho asunto se trataba de calificar un régimen de pensiones de los empleados de un organismo público.⁴⁷ Se había creado mediante ley y se regía exclusivamente por ésta. El Tribunal de Justicia consideró que una pensión de viudedad de este «plan de pensiones de empresa»,⁴⁸ aplicando los principios establecidos en la sentencia *Beune*,⁴⁹ constituía una «retribución» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE.

55. A diferencia del asunto *Beune*, el asunto *Evrenopoulos* no trata de un régimen de pensiones de funcionarios sino de un plan de pensiones de empresa en el que las relaciones de trabajo se rigen por el Derecho privado. Así pues, sólo la sentencia *Beune* es pertinente para el presente asunto, ya que, por otra parte, el Tribunal de Justicia aún no ha sido llamado a comprobar el carácter de retribución a efectos del artículo 119 del Tratado CEE de un régimen de pensiones de funcionarios. La sentencia *Beune* sólo puede servir de precedente en el presente caso en la medida en que las características esenciales del régimen francés de pensiones coincidan con el régimen de pensiones examinado en el asunto *Beune*.

56. También el régimen de pensiones aplicable en el presente asunto se basa totalmente en la ley, según las informaciones

40 — Véase el apartado 39 de la sentencia, citada en la nota 5.

41 — Véase el apartado 40 de la sentencia, citada en la nota 5.

42 — Véase el apartado 42 de la sentencia, citada en la nota 5.

43 — Véase el apartado 43 de la sentencia, citada en la nota 5.

44 — Véase el apartado 45 de la sentencia, citada en la nota 5.

45 — Véase el apartado 45 de la sentencia, citada en la nota 5.

46 — Asunto C-147/95, citado en la nota 24.

47 — Véase el apartado 3 de la sentencia, citada en la nota 24.

48 — Véase el apartado 22 de la sentencia, citada en la nota 24.

49 — Véanse los apartados 19 y ss. de la sentencia, citada en la nota 5.

disponibles. Sin embargo, como resulta de la sentencia Beune, esto no basta por sí sólo para excluir el régimen del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CEE. El hecho de que el régimen haya sido creado por ley implica que no se basa en un acuerdo formal entre el empleador y los representantes de los trabajadores, aunque hubiese tenido y tenga lugar un procedimiento de consulta. Indiscutiblemente, el régimen francés de pensiones de los funcionarios no es una prestación complementaria sino que constituye la pensión básica de los empleados comprendidos en el régimen. No obstante, de acuerdo con la sentencia Beune, la aplicabilidad del artículo 119 del Tratado CEE no depende de que se trate de una pensión de base o de una complementaria.

57. La financiación del régimen de pensiones depende de la ley de presupuestos del Estado. En dicha medida se distingue tanto de un régimen de pensiones profesional, principalmente, como del régimen de pensiones analizado en el asunto Beune, el cual, por lo demás, se gestionaba de manera semejante a un plan de pensiones de empresa. En cualquier caso, el Estado, en calidad de empleador, es responsable de la financiación del régimen de pensiones con los medios a su disposición, entiéndase, mediante la normativa legal y la ejecución de la ley de presupuestos. La financiación se distingue, en dicha medida, tanto de la de un régimen de pensiones de empresa como de la de un régimen general de seguro de pensiones, que, en general, se alimenta de las contribuciones de los empleadores y trabajadores, pudiendo también añadirse una obligación del Estado de efectuar una aportación suplementaria.

58. Resulta difícil incluir o excluir un régimen de pensiones del concepto de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado CEE, sólo en razón de la forma de financiación. Sin duda, el responsable de la financiación de las pensiones es el Estado en tanto que empleador. Por otra parte, el Estado no es comparable a un empleador privado y la financiación de las prestaciones se realiza con medios públicos. En cualquier caso, el régimen de pensiones es un régimen legal obligatorio de seguro de vejez de los funcionarios empleados en la función pública. A este respecto presenta en conjunto rasgos comparables al régimen general de pensiones que prevé la ley para los trabajadores empleados en el sector privado.

59. Respecto a la cuestión de si los funcionarios forman una «categoría general de trabajadores», el propio Tribunal de Justicia vaciló al respecto en el asunto Beune y consideró que el «grupo profesional específico» de los funcionarios «difícilmente» puede considerarse como una categoría general de trabajadores.

60. En la medida en que se trata de un régimen obligatorio de seguro de vejez de los empleados en la función pública, comparto las dudas de los Gobiernos francés y belga sobre equiparar las pensiones de los funcionarios a un régimen de pensiones de empresa. No obstante, puesto que en el asunto Beune el Tribunal de Justicia tomó como único criterio decisivo la «relación de trabajo» a efectos del artículo 119 del

Tratado CEE y, de esta manera, relativizó la jurisprudencia anterior respecto a los criterios individuales, aquí también se debe tomar este elemento como base.

apartado 2, frase segunda, del Tratado CEE:

«a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.»

61. A efectos de esta jurisprudencia lo decisivo es, pues, si las pensiones pueden ser definidas a partir, únicamente, de los criterios de «identidad de trabajo» e «igualdad de retribución» que se desprenden directamente del artículo 119 del Tratado CEE. Tal como se ha descrito el régimen francés de pensiones de los funcionarios en el presente procedimiento, hay que considerar que se trata de un seguro de vejez destinado a «una categoría particular de trabajadores», el cual depende «directamente de los años de servicio cumplidos» y cuya «cuantía se calcula basándose en el último sueldo del funcionario». ⁵⁰ Por tanto, para continuar el análisis, se debe partir de que las pensiones francesas de los funcionarios constituyen «retribuciones» a efectos del artículo 119 del Tratado CEE.

63. Sin embargo, la cuestión de que se trata en el presente procedimiento no permite incluirla en ninguna de dichas categorías. Esto se debe a varias razones. Por una parte no se trata de la retribución derivada de una relación profesional activa, sino de una prestación de jubilación. A su vez, su cuantía se determina mediante varios factores, como el número de años de servicio que cuentan para la pensión de jubilación, por una parte, y la cuantía del sueldo durante los seis últimos meses de servicio activo, por otra parte. Finalmente, el sistema de bonificaciones establecido en el artículo L. 12 del código de pensiones no guarda relación directamente con la actividad ejercida sino que tiene por objeto y ha sido diseñado para retribuir determinadas dificultades que el funcionario haya encontrado en su carrera profesional. Por todo ello, la bonificación controvertida de las funcionarias con hijos sólo es una entre muchas otras.

62. Se debe examinar, por tanto, si la bonificación controvertida provoca una discriminación por razón de sexo prohibida. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa, según la definición legal del artículo 119,

⁵⁰ — Véase, en este sentido, la sentencia en el asunto Beune, citada en la nota 5, apartado 45.

64. Así, el artículo L. 12, letra a), del código de pensiones prevé una bonificación por servicios prestados fuera de Europa («*bonification de dépaysement*»). El artículo L. 12, letras c), d), e) y f), del código de pensiones prevé, entre otras, bonificaciones por distintos tipos de servicio en situación de guerra, en el ejército, en zonas ocupadas, en zonas bombardeadas, en actuaciones militares, etc. El artículo L. 12, letra g), del código de pensiones establece una bonificación para los deportados políticos. El artículo L. 12, letra h), del código de pensiones regula una bonificación para maestros de profesión correspondiente a la duración de su servicio de prácticas («*stage professionnelle*»), cuando fuese un requisito en la selección de personal que condujo a su contratación. El artículo L. 12, letra i), regula las particularidades de la bonificación en favor de los soldados.

65. Se pueden beneficiar del sistema de bonificaciones, en principio, tanto los hombres como las mujeres. Los requisitos para cumplir uno de los presupuestos que dan derecho a la concesión de una bonificación concurrirán, según la categoría de bonificaciones de la que se trate, mucho más en un sexo que en el otro. El sistema de bonificaciones contiene a este respecto rasgos comparables a los del sistema de requisitos para el acceso prioritario a las prácticas jurídicas preparatorias, analizado en el asunto Schnorbus.⁵¹ El criterio de haber prestado un servicio militar obliga-

torio que da derecho al acceso prioritario sólo lo podían cumplir, en virtud de ley, los hombres. El Tribunal de Justicia reconoció en ello una discriminación indirecta por razón de sexo,⁵² que, sin embargo, estaba justificada en esas circunstancias particulares.⁵³

66. Se debe por ello examinar si el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones provoca una discriminación por razón de sexo injustificada. Al ser el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones sólo aplicable a las mujeres, se produce formalmente una discriminación por razón de sexo. Pero no es únicamente la pertenencia al sexo femenino lo que abre el acceso a la bonificación controvertida. Por ello han de someterse a un examen más detallado sus otros requisitos.

67. El elemento del que depende la bonificación es la maternidad en sentido amplio. En ella se ha de distinguir entre la maternidad biológica y la maternidad por razones jurídicas.⁵⁴ El artículo L. 12, letra b), del código de pensiones sigue fundamentalmente esta división. Respecto a los hijos biológicos no se exige ninguna otra prueba aparte del hecho de la maternidad, para tener derecho a la bonificación. En cuanto a la maternidad por razones jurídicas el beneficio depende además del requisito de haber «cuidado» al hijo menor de edad durante al menos nueve años.

52 — Véase el asunto Schnorbus, citado en la nota 51, apartados 32 y 43 y ss.

53 — Véase, sentencia Schnorbus, citada en la nota 51 *supra*, apartado 47.

54 — Por razones de simplificación se utilizarán a continuación estos conceptos como conceptos generales para distintos supuestos de hecho.

51 — Sentencia de 7 de diciembre de 2000 (C-79/99, Rec. p. I-10997).

68. Ahora bien, parece haber una incoherencia respecto a los hijos adoptivos. De acuerdo con la redacción actualmente vigente de la disposición, introducida por la Ley nº 82-599, de 13 de julio de 1982,⁵⁵ debe tratárseles como a los hijos biológicos. En la redacción anterior, basada en la Ley nº 64-1339, de 26 de diciembre de 1964,⁵⁶ se mantenía claramente la distinción entre hijos biológicos, para los que no se exigía probar ningún período de cuidado, y los hijos por razones jurídicas, para los que la bonificación requería nueve años de cuidado. En la disposición de ejecución del artículo L. 12, letra b), esto es, el artículo R. 13 del código de pensiones, vuelve a mostrarse, por lo demás, la distinción expuesta entre hijos biológicos e hijos por razones jurídicas. Las razones que llevaron al legislador en 1982 a equiparar los hijos adoptivos a los biológicos, no ha salido a la luz en el presente procedimiento. En principio, esta cuestión puede dejarse a un lado por el momento.

69. Para responder a la cuestión de si existe una discriminación por razón de sexo, ha de examinarse si el significado de la

«maternidad» a efectos de la disposición es equivalente al de «paternidad», o si existen razones objetivas para considerar la maternidad en materia de pensiones de forma distinta a la paternidad. Con esta finalidad ha de tomarse como elemento de partida la distinción entre hijos biológicos e hijos por razones jurídicas. El demandante ha pedido expresamente, además, que se le equipare a la madre biológica, respecto a la cual la bonificación no requiere ningún otro elemento de prueba.

70. La madre biológica se encuentra en una posición especial en relación con una actividad profesional antes, durante y tras el nacimiento de los hijos. Esto se aplica, en primer lugar, en relación con la protección legal de la maternidad que va de la prohibición de toda actividad laboral,⁵⁷ pasando por el descanso mínimo por maternidad,⁵⁸ hasta la posibilidad de prolongarlo.⁵⁹ Pero ya durante el embarazo se aplican normas especiales de protección⁶⁰ de la futura madre, que producen como efecto restricciones en la actividad profe-

55 — *Journal Officiel de la République Française*, de 14 de julio de 1982, p. 2239.

56 — *Journal Officiel de la République Française*, de 30 de diciembre de 1964, p. 11835. En el mismo, se dice en el artículo L. 12, letra b):

«Bonification accordée aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants légitimes, naturels reconnus et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins au cours de leur minorité, pour chacun de leurs enfants adoptifs ou issus d'un mariage précédent du mari ou ayant fait l'objet d'une délégation judiciaire des droits de puissance paternelle en application des articles 17 (1^{er} et 3^e alinéas) et 20 de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés».

57 — Véanse las sentencias de 12 de julio de 1984 Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 9; de 3 de febrero de 2000, Mahlbürg (C-207/98, Rec. p. I-549), apartados 6, 7 y 29, y de 23 de noviembre de 2000, Elsen (C-135/99, Rec. p. I-10409), apartado 7.

58 — Véase el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1).

59 — Véase la sentencia en el asunto Hofmann, citada en la nota 57.

60 — Véanse el artículo 2, apartados 3 y 4, de la Directiva 76/207 y la Directiva 92/85. Véase también la sentencia en el asunto Mahlbürg, citada en la nota 57, apartados 6, 7 y 25.

sional y que se oponen a la disponibilidad laboral plena de la mujer embarazada.⁶¹ Normas de protección similares se aplican también durante el período de lactancia,⁶² que, de forma comparable, producen un efecto restrictivo. Debido al aspecto fisiológico de la maternidad, la mujer se ve expuesta a desventajas específicas que el legislador toma en cuenta y que se reflejan en la vida laboral.⁶³

71. Estas circunstancias que se hallan ligadas necesariamente a la maternidad, son razones objetivas que justifican, mediante la aplicación de medidas de protección especiales, una compensación para un sexo específico. El embarazo, el alumbramiento y la lactancia son situaciones en las que un hombre no puede situarse y que no pueden ser equiparadas a la situación de un hombre en tanto que padre.⁶⁴ La consideración de la maternidad en sí misma con ocasión del cálculo de pensiones a fin de compensar las desventajas en la carrera profesional no parece pues, en principio, una discriminación por razón de sexo injustificada. Así pues, las desventajas no están vinculadas necesariamente a si la maternidad se produjo durante la relación laboral activa o, en su caso, antes del ingreso en la función pública. La maternidad puede, por ejemplo, haber retrasado la formación,⁶⁵ de manera que el acceso a la función pública sólo haya sido posible algo más tarde, lo cual debe ser considerado también como

desventaja en la biografía profesional de la funcionaria. Aun en el caso de que una mujer se hallase ya al servicio de la función pública durante los períodos de permiso derivados de la maternidad, pero, como ha expuesto el demandante, sin ocupar su puesto, ya sea por encontrarse en comisión de servicio o por otras razones de orden administrativo,⁶⁶ no excluye en ningún caso que existan desventajas ligadas a la maternidad. Y ello porque, en situación de servicios especiales, se han de observar también las normas sobre protección de la maternidad del puesto en el que se prestan servicios con los límites que ello conlleva. En conjunto, también en estas condiciones se debe contar con desventajas en relación con la totalidad de la actividad profesional. Por tanto, parece objetivamente justificado que se prevea una bonificación para la maternidad biológica con ocasión del cálculo de las pensiones.

72. Sin embargo, también se debe examinar, a pesar de que el demandante invoca expresamente el primer caso del artículo L. 12, letra b), del código de pensiones, si la limitación de la bonificación en favor de las mujeres está objetivamente justificada en los demás casos.

73. El nexo en todos estos casos es el aspecto social de la maternidad. En esta medida, la argumentación del demandante, según la cual se ha de tomar como nexo la

61 — Véase la sentencia en el asunto Mahlburg, citada en la nota 57.

62 — Véase la Directiva 92/85.

63 — Véase, por ejemplo, la enumeración contenida en la sentencia del asunto Abdoulaye, citada en la nota 14, apartado 19. Véanse también las conclusiones del Abogado General Alber, de 3 de junio de 1999, punto 57.

64 — Véase la sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie (C-342/93, Rec. p. I-475), apartado 17.

65 — Véase al respecto un paralelismo con el asunto Schnorbus, antes citado en la nota 51, apartado 28.

66 — El demandante menciona en su escrito situaciones en las que no se está en servicio activo por hallarse en situación de servicios especiales, comisión de servicio, jubilación anticipada, o estar en situación de excedencia voluntaria por interés particular (*détachement, position hors cadre, mise en disponibilité, congé de convenance personnelle*). Véase la página 13 del escrito de demanda.

condición de progenitor podría ser relevante.

tutela, así como con los hijos que sean acogidos en el hogar del beneficiario de la pensión. También se puede tratar en dichos supuestos de períodos de tiempo relativamente cortos. Por ello se exige también respecto de dichos niños la prueba de haber cuidado de ellos durante nueve años.

74. Por «aspecto social de la maternidad» se deben entender todos los sacrificios y limitaciones de naturaleza física, temporal y económica que normalmente implican la educación y cuidado de un hijo. Que el objeto del precepto es el esfuerzo educativo lo confirma el hecho de que el legislador francés exige la prueba de los nueve años de cuidados en relación con los «hijos por razones jurídicas» para tener derecho a la bonificación. Ciertamente, el esfuerzo educativo también es de importancia en el caso de los hijos biológicos. La circunstancia de que para estos se haya renunciado a la prueba de los nueve años de cuidados no puede significar más que el legislador asume que, por regla general, se cuida a los hijos biológicos. Este punto de vista aboga, además, por la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos biológicos mediante la Ley n° 82/599, de 13 de julio de 1982. Si la bonificación se otorgase únicamente por motivos demográficos, es decir como un premio por el nacimiento de un hijo, no existiría motivo alguno para incluir también a las «madres por razones jurídicas».

76. Antes de proceder al examen de la justificación objetiva de la bonificación para madres, se debe tomar en cuenta que el aspecto puramente económico del cuidado de los hijos encuentra una compensación en el artículo L. 18 del código de pensiones. Con dicho precepto se conceden complementos de pensión por hijos. Dicha compensación financiera de las cargas familiares se concede independientemente del género y en función del número de hijos del beneficiario de la pensión.

77. La bonificación del artículo L. 12, letra b), del código de pensiones persigue una finalidad diferente. El contexto normativo del artículo L. 12, letra b), del código de pensiones muestra ya que dicho precepto trata de la compensación de dificultades especiales a lo largo de la vida profesional.

75. Respecto a los hijos biológicos y a los adoptivos, el legislador presume sin más que se crían en el hogar de la madre. En cuanto a los hijos de un matrimonio anterior, no necesariamente es así, de manera que se exige la prueba de haber cuidado efectivamente de ellos durante nueve años. Lo mismo sucede con los hijos respecto a los cuales se ejerce la patria potestad o la

78. El Gobierno francés ha señalado de formas diversas⁶⁷ que, por experiencia, las

67 — Véase el resumen expuesto anteriormente, puntos 32 y 33.

mujeres con hijos tienen menos posibilidades de hacer carrera, lo cual se refleja también en las estadísticas. La causa de ello es una realidad social. Las mujeres con hijos no están pues desfavorecidas porque sean mujeres sino porque tienen hijos.

79. Con respecto al examen de los motivos, puede ser relevante que se considere que las mujeres con hijos están sólo limitadamente disponibles y que, por tanto, no se les ofrecen determinados altos cargos. En el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional, el Ministerio demandado ha alegado, entre otros, que las mujeres con obligaciones familiares suelen tener impedimentos para prepararse de forma adecuada a la selección de altos cargos.

80. Asimismo, los períodos de permiso ocasionados por los hijos, las limitaciones derivadas del cumplimiento de las obligaciones familiares, que comprende la educación de los hijos en sentido amplio, es decir, también su cuidado, y las expectativas ligadas a la función social de la madre que mantienen las personas competentes para decidir en los supuestos de promoción profesional, son las causas del fenómeno sociológico de las expectativas de carrera limitadas de las mujeres con hijos. Esto no se aplica de manera comparable a los padres. Aun cuando los padres asumen obligaciones familiares, ello no resulta, por experiencia, un obstáculo en sus carreras que sea comparable al que representa para las madres.

81. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el «principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación, del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable». ⁶⁸ Tal y como se ha expuesto anteriormente, las madres no se encuentran en el puesto de trabajo, en muy variados aspectos, en idéntica situación que los padres.

82. El Tribunal de Justicia ya ha declarado repetidamente que el principio de igualdad de trato tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. ⁶⁹ Esto mismo debe aplicarse al principio de igualdad de retribución en la medida en que se invoque para examinar presupuestos de hecho diferentes a los mencionados en el artículo 119, apartado 2, segunda frase del Tratado CEE o en el artículo 141 CE, apartado 2, o en el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo adjunto al Protocolo n° 14 sobre la política social, que afectan a las retribuciones por trabajo a destajo o por horas.

83. Al igual que el Tribunal de Justicia ha reconocido a los Estados miembros, en el pasado, una facultad de apreciación en cuanto a la Directiva de igualdad de trato, ⁷⁰ para «la compensación de los inconvenientes de hecho, en materia de

⁶⁸ — Véase la sentencia Abdoulaye, citada en la nota 15, apartado 16, y las citas ahí contenidas; véase también la sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle (C-411/96, Rec. p. I-6401), apartado 39.

⁶⁹ — Véase la sentencia en el asunto Mahlburg, citada en la nota 56, apartado 26; la sentencia de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), apartado 26; Badeck, antes citada en la nota 10, apartado 32 y Abrahamsson, citada en la nota 10, apartado 48.

⁷⁰ — Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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).

conservación del empleo, que sufre la mujer a diferencia del hombre»,⁷¹ deben también ser tomados en cuenta los inconvenientes ligados a la maternidad en relación con la biografía profesional, cuando los mismos se utilizan como base de cálculo de la pensión de jubilación.

tenía por finalidad facilitar a las mujeres su separación de la vida laboral. A su juicio, forma parte de una política de separación de la mujer del mundo laboral y de refuerzo de su vínculo al hogar. Esta idea se ha superado. Por tanto, no puede ya estar justificado dicho precepto.

84. El principio de igualdad de retribución no se opone pues a que se reserve la bonificación a las madres cuando tiene por finalidad compensar desventajas profesionales inherentes a la maternidad siempre que, con una base sociológica y una comprobación estadística, las madres y los padres no se encuentren en la misma situación en relación con su biografía profesional.⁷²

85. Una solución diferente se aplicaría si, por ejemplo, los períodos de permiso vinculados a la educación que debiesen ser compensados, pudiesen ser tomados tanto por los padres como por las madres, como puede ser el caso del permiso parental. Entonces dependería en concreto de qué progenitor ha hecho uso de dicha posibilidad y por ello ha tenido que soportar eventuales desventajas en su carrera. Se trataría en tal caso de un criterio de decisión objetivo. Sin embargo, el presente asunto no trata sobre dicho supuesto.

87. A ello hay que oponer que el precepto puede que tenga su origen en el año 1924,⁷³ pero que lo decisivo es que la ley de 1964 ha sido reformada⁷⁴ y que fue finalmente en 1982 cuando se le dio su versión vigente en la actualidad.⁷⁵ El legislador francés no ha olvidado, por así decir, derogar un precepto superado social y políticamente, sino que lo ha acogido expresamente en su voluntad legislativa en condiciones sociales diferentes. Los motivos del legislador histórico de 1924 pueden, por tanto, ser difícilmente invocados contra el actual precepto.

88. Además, el demandante ha alegado, invocando la sentencia de 25 de octubre de 1988 en el asunto 312/86,⁷⁶ que el Tribunal de Justicia ha decidido que los hombres y las mujeres deben ser tratados por igual en sus funciones de progenitores. En dicho asunto se trataba de un recurso por incumplimiento en el que la Comisión reprochaba la adaptación incompleta del

73 — Artículo 18 loi du 14.4.1924, Journal officiel 15.4.1924.

74 — Artículo 12 loi n° 64-1339 de 26.12.1964, Journal officiel 30.12.1964, p. 11835.

75 — Loi n° 82-599 de 13.7.1982, Journal officiel 14.7.1982, p. 2239.

76 — Comisión/Francia, citada en la nota 26.

71 — Véase la sentencia en el asunto Hofmann, citada en la nota 57, apartado 27.

72 — Véase, en este sentido, la sentencia en el asunto Aboulaye, citada en la nota 15, apartados 20 y 22.

Derecho nacional a la Directiva 76/207. En la reforma legal llevada a cabo para adaptar el Derecho interno a la Directiva, el legislador francés estableció una regla⁷⁷ según la cual no se oponía a la ley «la aplicación de los usos, de las cláusulas de contratos de trabajo, de convenios o de acuerdos colectivos vigentes en el momento de promulgarse esa Ley, que reconocieran derechos especiales a las mujeres». ⁷⁸ Con arreglo a la normativa controvertida, se consideraba que los empresarios, las organizaciones empresariales y las organizaciones de trabajadores se debían esforzar mediante la negociación colectiva, por adaptar dichas cláusulas a las disposiciones del código de trabajo. ⁷⁹ Para la Comisión esto no tenía la amplitud suficiente. La Comisión enumeró todo un haz de medidas en favor de las mujeres que los convenios o acuerdos colectivos debían contener. ⁸⁰ La Comisión consideró que «algunos de estos derechos especiales pueden incluirse en las excepciones a la aplicación de la Directiva establecidas en los apartados 3 y 4 de su artículo 2, que están destinadas, respectivamente, a la protección de la mujer, especialmente en relación con el embarazo y la maternidad, y a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Sin embargo [...] por su generalidad, la legislación francesa permite mantener por un período indefinido desigualdades de trato entre hombres y mujeres que son contrarias a la Directiva.» ⁸¹

89. El Tribunal de Justicia no examinó cada una de las cláusulas mencionadas por la Comisión. A la inversa, consideró en general que:

«En efecto, tal y como lo demuestran algunos de estos ejemplos, los derechos especiales mantenidos en vigor contemplan *en ocasiones* la protección de las mujeres como trabajadoras de edad avanzada o como progenitores, calidad que pueden tener tanto los trabajadores como las trabajadoras.» ⁸²

Ahora bien, esta comprobación no ofrece clave alguna sobre cómo apreciaría el Tribunal de Justicia un precepto como el que es objeto de litigio en el presente asunto, cuya finalidad es la de compensar las desventajas profesionales ligadas a la maternidad.

90. Finalmente, tanto el demandante como la Comisión han reprochado a la normativa que aquí se examina el contener un favorecimiento «automático» de las mujeres, que es inadmisibles.

77 — Véase el apartado 4 de la sentencia, citada en la nota 26.

78 — Véase el apartado 4 de la sentencia, citada en la nota 26.

79 — Véase el apartado 4 de la sentencia, citada en la nota 26.

80 — Véase el apartado 8 de la sentencia, citada en la nota 26.

81 — Véase el apartado 9 de la sentencia, citada en la nota 26.

82 — Véase el apartado 14 de la sentencia, citada en la nota 26. El subrayado es mío.

91. Esta alegación se basa en la sentencia dictada en el asunto Kalanke,⁸³ en el que el Tribunal de Justicia declaró la incompatibilidad con el principio de igualdad de trato de un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos⁸⁴ en base a la preferencia «automática» de las candidatas femeninas que conllevaba. En sentencias posteriores,⁸⁵ el Tribunal de Justicia ha declarado compatibles con el principio de igualdad de trato disposiciones nacionales sin aquel automatismo criticado, destinadas a favorecer a las mujeres en el mundo laboral.

92. Ahora bien, en todos estos asuntos se trataba de leyes destinadas a promover a las mujeres por su condición de tales. Pero no se trata de una medida de dicho tipo en el presente asunto. Aquí se trata de la compensación de desventajas que no afectan a las mujeres por su condición de tales sino en su función de madres. En este extremo, el presente asunto se asemeja al asunto Abdoulaye, en el que se trataba también de compensar desventajas concretas en la vida laboral provocadas por la maternidad.

93. En conclusión, considero, por tanto, que la normativa controvertida es compatible con el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado CEE. La solución no sería diferente en el supuesto de que el asunto sometido al Tribunal se situara en otro marco temporal. Si, como al principio se ha expuesto, se toma como base la fecha de la petición prejudicial, se aplicaría el artículo 141 CE. El principio de igualdad de retribución que en dicho precepto se consagra, tiene el mismo contenido en cuanto a lo que a los presentes antecedentes de hecho interesa. En consecuencia, no es necesario estudiar con más detalle el artículo 141 CE, apartado 4, ya que la bonificación no es una medida positiva en favor de las mujeres en tanto que sexo menos representado, sino una medida para compensar las desventajas laborales que sufren las madres por el cuidado de sus hijos. Tampoco se puede invocar el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo adjunto al Protocolo nº 14 sobre la política social, dado que la solución jurídica defendida se basa directamente en el principio de igualdad de retribución.

94. Sólo si el Tribunal de Justicia considerase que las pensiones de los funcionarios no son «retribución» a efectos del Tratado, se aplicaría la Directiva 79/7. En tal caso, el artículo L. 12, letra b), del código de pensiones podría estar comprendido sin problemas tanto en el artículo 4, apartado 2, como en el artículo 7, apartado 1, letra b).

83 — Asunto C-450/93, citado en la nota 12.

84 — Véase el apartado 8 de la sentencia, antes citada en la nota 12.

85 — Sentencias Marschall, antes citada en la nota 13; Badeck, antes citada en la nota 10 y Abrahamsson, antes citada en la nota 10, apartados 60 y ss.

VI. Conclusión

95. Como resulta de lo expuesto anteriormente, propongo la siguiente respuesta a la cuestión prejudicial:

Las pensiones abonadas por el régimen francés de pensiones constituyen retribuciones a efectos del artículo 119 del Tratado CEE. El artículo L. 12, letra b), del Code des pensions civiles et militaires de retraite (código de pensiones de los funcionarios civiles y militares) no vulnera el principio de igualdad de retribución.