CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 16 de marzo de 2000 *

I. Introducción

1. Como muy bien saben los estudiosos del derecho comunitario y, en particular, los que están familiarizados con la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia en materia de política social, ésta no es la primera vez que un litigio entre la Sociedad Anónima Belga de Explotación de la Navegación Aérea (Sabena) y una de sus empleadas da lugar a un procedimiento prejudicial.

Tampoco es la primera vez que la Cour du Travail de Bruselas plantea una cuestión con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), en uno de esos litigios. [1] En esta ocasión solicita la interpretación del Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [2] (en lo sucesivo, «Protocolo»).

2. El Tratado CE, incluidos sus Anexos y sus Protocolos, fue modificado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado de Amsterdam, [3] con el fin de suprimir disposiciones obsoletas y adaptar el texto de algunas de sus disposiciones. En consecuencia, el artículo 12 del Tratado de Amsterdam previó que los artículos del Tratado CE se volverían a numerar con arreglo a los cuadros de equivalencias establecidos en su Anexo.

Como resultado de esta renumeración, los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE, y el Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado CE ha pasado a ser el Protocolo sobre el artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

II. Los hechos del litigio principal

3. El Convenio colectivo de trabajo nº 17, de 19 de diciembre de 1974, celebrado en el seno del Conseil National du Travail, [4] en

* Lengua original: español.

1 — Fue este mismo órgano jurisdiccional el que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena (43/75, Rec. p. 455).

2 — Protocolo (nº 2) sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, incorporado por el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de noviembre de 1993 (DO 1992, C 191, p. 68).

3 — Modificó el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Fue firmado el 2 de octubre de 1997, en Amsterdam, y entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

4 — Ese Convenio adquirió carácter obligatorio en virtud del Real Decreto de 16 de enero de 1975.

Bélgica, crea un régimen de prestaciones en favor de los trabajadores de edad igual o superior a sesenta años, en caso de despido, a condición de que disfruten de prestaciones de desempleo, cuyo abono corre a cargo de su último empresario. El importe de la prestación es igual a la mitad de la diferencia entre la retribución neta de referencia y la prestación por desempleo.

4. El Convenio colectivo de trabajo de 23 de mayo de 1984, celebrado en el seno de la Subcomisión paritaria nº 315.1, Sabena, y concluido en el marco del Convenio nº 17, establece que los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años y las trabajadoras mayores de cincuenta y tres, despedidos con su consentimiento, tienen derecho a una prestación complementaria, satisfecha por la empresa, si disfrutan de prestaciones por desempleo. Esa prestación complementaria la perciben mientras no cumplen sesenta y cinco años, los hombres, o sesenta años, las mujeres. Se trata de un régimen que se instauró para responder a las situaciones de subempleo que se derivan, en particular, de la evolución de las técnicas laborales específicas del sector de la aviación comercial y para fomentar la conservación del empleo de los trabajadores más jóvenes.

5. En junio de 1960, la Sra. Defreyn, que es la demandante en el litigio principal, empezó a prestar servicios como empleada en Sabena, la compañía aérea demandada. En noviembre de 1984, solicitó acogerse al régimen de prestaciones complementarias. La empresa le comunicó que aceptaba su solicitud y le dio un preaviso de dos años que terminó el 31 de diciembre de 1986.

La empresa se comprometía a abonarle, a partir del 1 de enero de 1987 y hasta noviembre de 1991, fecha en que cumpliría los sesenta años, la prestación complementaria de la prestación por desempleo que consiste, normalmente, en un 1 % de la última retribución bruta mensual por año de servicio. Se prevé, sin embargo, una excepción en favor de los trabajadores que cuenten con veinticinco años o más de antigüedad, en virtud de la cual el importe de las prestaciones por desempleo y de la prestación complementaria, incluida la cotización individual al régimen profesional de pensión, asciende al 82 % de la retribución neta del mes anterior a la fecha en la que la prejubilación debe surtir efecto.

6. Hasta que cumplió sesenta años, en noviembre de 1991, la Sra. Defreyn percibió la prestación complementaria de la prestación por desempleo y, a partir de ese momento, empezó a percibir su pensión de vejez.

7. En la sentencia dictada el 17 de febrero de 1993,[5] en un recurso por incumplimiento contra Bélgica, este Tribunal de Justicia interpretó que la prestación complementaria que corre a cargo del último empresario, que se abona a los trabajadores despedidos a una determinada edad, con derecho a prestaciones por desempleo, constituye una retribución a efectos del

5 — Comisión/Bélgica (C-173/91, Rec. p. I-673).

artículo 119 del Tratado CE, con la consecuencia de que no se puede privar a las trabajadoras de más de sesenta años del disfrute de esta prestación, cuando los hombres tienen derecho a percibirla mientras no cumplen sesenta y cinco años.

8. Al tener conocimiento de esta sentencia, la Sra. Defreyn solicitó, en junio de 1993, que se le abonara la prestación complementaria hasta que cumpliera los sesenta y cinco años de edad, es decir, hasta noviembre de 1996.

9. Al denegarle la empresa esta solicitud, la demandó ante el Tribunal du Travail en septiembre de 1993. Solicitaba que Sabena fuera condenada a pagarle, por el período comprendido entre diciembre de 1991 y noviembre de 1996, la prestación complementaria que le garantizaba, junto con las prestaciones por desempleo, el 82 % de la retribución neta del último mes de trabajo, así como los intereses y las costas. El importe de la prestación complementaria reclamada ascendía a 1.624.380 BEF.

10. En primera instancia, el Tribunal du Travail declaró la admisibilidad de la demanda, pero la desestimó por infundada y condenó en costas a la Sra. Defreyn. En su resolución, consideró que la prestación que complementaba las prestaciones por desempleo estaba comprendida en el ámbito de aplicación del Protocolo, que limita en el tiempo el alcance del artículo 119 del Tratado respecto a las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social. Consideró acreditado que la Sra. Defreyn basaba sus pretensiones en un período de empleo anterior al 17 de mayo de 1990 y que sólo con posterioridad a esa fecha había incoado una acción.

III. Las cuestiones prejudiciales

11. La Cour du Travail de Bruselas (Bélgica), que debe resolver la apelación interpuesta por la Sra. Defreyn, ha planteado a este Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, las siguientes cuestiones a título prejudicial:

«1) La prestación complementaria de prejubilación, prevista en el Convenio colectivo de trabajo nº 17, que adquirió carácter obligatorio en virtud del Real Decreto de 16 de enero de 1975, y prevista en el Convenio colectivo de trabajo de 23 de mayo de 1984, celebrado en el seno de la Subcomisión paritaria nº 315.1, ¿puede considerarse como una prestación adeudada en virtud de un régimen profesional de seguridad social, a la que es aplicable el Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea?

2) Las disposiciones del Convenio colectivo de trabajo nº 17 y del Convenio colectivo de trabajo de 23 de mayo de 1984, celebrado en el seno de la

Subcomisión paritaria nº 315.1, ¿son compatibles con el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE, al excluir a las trabajadoras mayores de sesenta años del beneficio de la prestación de prejubilación, que constituye una prestación complementaria por despido, concedida a fin de completar las prestaciones por desempleo, cuando dicha prestación se garantiza a los trabajadores masculinos hasta la edad de sesenta y cinco años?

3) En caso de que la respuesta a las dos cuestiones precedentes sea afirmativa, ¿la aplicación del Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado se opone a que se estime la acción de la Sra. Defreyn, en tanto que se fundamenta en la vulneración del artículo 5 de la Directiva 76/207?»

IV. Las disposiciones comunitarias aplicables

12. El artículo 119 del Tratado establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo empleo. Su párrafo segundo define el concepto de retribución en los siguientes términos:

«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.»

13. El Protocolo tiene como finalidad precisar los efectos en el tiempo del artículo 119 del Tratado en los regímenes profesionales de seguridad social, y dispone lo siguiente:

«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.» [6]

6 — El texto del Protocolo, después de la renumeración de los artículos del Tratado efectuada por el Tratado de Amsterdam, ha pasado a ser el siguiente: «A los fines de aplicación del artículo 141, 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.»

14. El artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE [7] (en lo sucesivo, «Directiva 76/207») por cuya interpretación también se interesa el órgano jurisdiccional nacional, tiene la siguiente redacción:

1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

[...]»

V. El procedimiento ante este Tribunal de Justicia

15. Han presentado observaciones escritas en este procedimiento, dentro del plazo establecido al efecto por el artículo 20 del Estatuto (CE) del Tribunal de Justicia, la compañía Sabena, el Gobierno de Bélgica y la Comisión. En el acto de la vista, que tuvo lugar el 24 de febrero de 2000, comparecieron, al objeto de presentar oralmente sus alegaciones, el representante de la Sra. Defreyn, el de Sabena, el del Gobierno de Bélgica, el del Gobierno del Reino Unido y el de la Comisión.

16. La Sra. Defreyn sostiene que el Protocolo no resulta aplicable a su caso concreto ya que ella reivindica el pago de una prestación complementaria de la prestación de desempleo, que fue calificada por el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 17 de febrero de 1993, [8] como retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, y no como prestación de seguridad social.

17. Tanto la compañía Sabena como el Gobierno belga consideran que la prestación complementaria de prejubilación que reclama la Sra. Defreyn constituye retribución en el sentido del artículo 119 y que el régimen por el que se establece el abono de dicha prestación es, sin lugar a dudas, un régimen de seguridad social, organizado sobre una base profesional y creado para completar un régimen preexistente de seguridad social. Sin embargo, no tiene derecho a que se le pague hasta los sesenta y cinco años, porque se trata de un supuesto que entra de lleno en el ámbito del Protocolo, que limita en el tiempo la aplicación del concepto de retribución a las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social. Ambos opinan que la aplicación del Protocolo no queda limitada a las prestaciones satisfechas en concepto de pensión de jubilación, sino que comprende cualquier prestación concedida por un régimen profesional de seguridad social y, desde luego, la prestación complementaria que reclama la Sra. Defreyn. Por esta razón proponen que se responda al juez nacional que la prestación controvertida es abonada por un régimen profesional de seguridad social al que se aplica el Protocolo.

Sostienen que, si el Tribunal estimara lo contrario, habría que concluir que el Protocolo no afecta a la prestación controver-

7 — 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; EE 05/02, p. 70).

8 — Citada en la nota 5 *supra*.

tida, en cuyo supuesto, se aplicaría la jurisprudencia establecida en su sentencia de 17 de febrero de 1993, [9] y procedería dar la razón a la demandante. El Gobierno belga añade que, en ese caso, existiría un riesgo importante de multiplicación de las reclamaciones tendentes a conseguir el abono de las prestaciones complementarias de prejubilación que, de llegar a materializarse, al estar muy expandida en Bélgica la prejubilación convencional, se produciría un desequilibrio financiero de gran repercusión sobre la economía del país.

18. El Gobierno del Reino Unido afirma que la prestación complementaria es satisfecha por un régimen profesional de seguridad social, a la que se aplica el Protocolo. Apoya esta afirmación en varias razones: en primer lugar, la letra del Protocolo no limita su ámbito de aplicación a las pensiones de jubilación; en segundo lugar, la prestación solicitada se concede a nivel de la empresa y está destinada a completar la prestación de desempleo satisfecha por el régimen general de seguridad social; en tercer lugar, el hecho de que el Protocolo no diferencie entre distintas prestaciones significa que está destinado a aplicarse a todas las prestaciones que satisfacen los regímenes profesionales de seguridad social; por último, la prestación que solicita la Sra. Defreyn es atribuible a períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, dado que el derecho se adquiere en función del número de años trabajados para la empresa y su importe se calcula como porcentaje del último salario percibido por el trabajador.

19. La Comisión no alberga ninguna duda en cuanto a la naturaleza de la prestación. Considera que se trata de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado y que, en consecuencia, esa prestación debe ser satisfecha a los trabajadores masculinos y femeninos en las mismas condiciones, siendo contrario a dicho artículo el régimen aplicado a la Sra. Defreyn, en cuya virtud se abona la prestación complementaria hasta los sesenta años a las mujeres y hasta los sesenta y cinco a los hombres.

La Comisión opina que el período por el que la Sra. Defreyn reclama el pago de la prestación complementaria, que va del 1 de diciembre de 1991, cuando cumplió sesenta años, hasta el 30 de noviembre de 1996, fecha en la que alcanzó los sesenta y cinco no puede ser considerado, en sentido estricto, como período de empleo. Llega a la conclusión de que el Protocolo no es aplicable a este caso concreto porque las prestaciones reclamadas cubren un período posterior al 17 de mayo de 1990 y porque la citada sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1993, en la que Bélgica fue condenada por incumplimiento, no contiene ninguna limitación de sus efectos en el tiempo.

9 — Citada en la nota 5 *supra*.

VI. Examen de las cuestiones prejudiciales

A. *Observaciones preliminares y antecedentes*

20. Con el fin de dar una respuesta al órgano jurisdiccional nacional hay que remontarse hasta el 13 de mayo de 1986, fecha en la que se dictó la sentencia Bilka. [10] El Tribunal de Justicia interpretó que un régimen complementario de pensiones, creado mediante un acuerdo entre el empresario y el comité de empresa en representación de los trabajadores, que tenía como finalidad completar las prestaciones sociales debidas en virtud de la legislación nacional general mediante otras prestaciones cuya financiación corría únicamente a cargo del empresario y que estaba considerado como parte integrante de los contratos de trabajo, no constituía un régimen de seguridad social directamente regulado por la ley, excluido del ámbito de aplicación del artículo 119. Por el contrario, las prestaciones concedidas a los empleados en virtud de dicho régimen eran un beneficio pagado por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 119, con la consecuencia de que las condiciones a las que el empresario subordinaba la admisión de sus empleados en un régimen de esas características entraban en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. [11]

21. No obstante esta jurisprudencia, el Consejo adoptó, unos meses después, la Directiva 86/378/CEE [12] (en lo sucesivo, «Directiva 86/378»), destinada a regular la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. Su artículo 9 permitía a los Estados miembros aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato en lo que se refería, entre otros, a la fijación de la edad de jubilación para la concesión de pensiones, bien hasta la fecha en la que esa igualdad se realizara en los regímenes legales o bien, a más tardar, hasta que una directiva impusiera esa igualdad, directiva que no ha llegado a ver la luz. [13]

22. El 17 de mayo de 1990, el Tribunal dictó la sentencia Barber [14] que, como es sabido, continúa en la línea que inició en 1976 con la sentencia Defrenne, [15] que siguió en 1986 con la sentencia Bilka, [16] y con la que marcó un hito en el desarrollo de la política social comunitaria, concretamente en lo que se refiere a la interpretación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres aplicado a las

10 — Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607).

11 — *Ibidem*, apartados 20 y 22.

12 — 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).

13 — El 27 de octubre de 1987, la Comisión presentó al Consejo una propuesta de directiva por la que se completa la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales y profesionales de seguridad social [COM(87) 494 final] (DO C 309, p. 10). El apartado 1 de su artículo 9 preveía, sin perjuicio de ciertas disposiciones transitorias, que, «cuando se fije una edad de jubilación para la concesión de pensiones de vejez y jubilación, dicha edad deberá ser idéntica para ambos sexos». Esta propuesta, sin embargo, no prosperó.

14 — Sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (262/88, Rec. p. I-1889).

15 — Citada en la nota 1 *supra*.

16 — Citada en la nota 10 *supra*.

pensiones de jubilación abonadas por un régimen profesional de seguridad social.

23. Para los fines de este asunto, la sentencia Barber presenta dos aspectos importantes. El primero es que el Tribunal reiteró su jurisprudencia de acuerdo con la cual una pensión de jubilación abonada por un plan de pensiones de empresa, que en ese caso concreto estaba «convencionalmente excluido» del régimen general de seguridad social, [17] constituye una gratificación satisfecha por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, por lo que está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. [18]

24. El segundo aspecto de la sentencia es la limitación que el Tribunal realizó de sus efectos en el tiempo. En las observaciones presentadas en el procedimiento prejudicial, la Comisión evocó esa posibilidad, mientras que el Gobierno del Reino Unido subrayó las importantes consecuencias económicas que tendría el hecho de interpretar el artículo 119 de manera que incluyera las pensiones abonadas por un régimen de pensiones de empresa, ya que en ese Estado era muy elevado el número de trabajadores adscritos a regímenes de esas características, que contenían, a menudo, excepciones al principio de igualdad de trato, en particular, al fijar edades de jubilación distintas para hombres y mujeres. [19]

25. En su sentencia, el Tribunal tuvo en cuenta que la letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/7/CEE, [20] referida a los regímenes legales de seguridad social, autorizaba a los Estados miembros a aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato por lo que respecta a la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y que, como ya he indicado anteriormente, esta excepción venía recogida también por el artículo 9 de la Directiva 86/378, referida a los regímenes profesionales de seguridad social. Consideró que, a la vista de estas disposiciones, los Estados miembros y los círculos interesados habían podido estimar de manera razonable que el artículo 119 no se aplicaba a las pensiones pagadas por planes convencionalmente excluidos del régimen general, y que en

17 — «Contracted out» en virtud de la «Social Security Pensions Act 1985». Significa que el régimen profesional sustituye al régimen general de pensiones de jubilación en la parte de cotizaciones y prestaciones vinculada al importe del salario que cobra cada empleado. Sus afiliados sólo pagan al régimen general cotizaciones reducidas, correspondientes a la pensión básica, idéntica para todos, que el régimen general concede a todos los trabajadores, con independencia de su salario.

18 — Citada en la nota 14 *supra*, apartado 28.

19 — Los Estados miembros tardaron más de seis años y medio en adaptar las disposiciones de la Directiva 86/378 a esta jurisprudencia. Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378 (DO L 46, p. 20).

20 — Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

esta materia seguían admitiéndose excepciones al principio de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos.

26. Por estas razones se declaró, en el apartado 45 de la sentencia, que el efecto directo del artículo 119 del Tratado no podía ser alegado para invocar un derecho a pensión, con efectos desde una fecha anterior a la de esa sentencia, más que por los trabajadores o sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hubieran iniciado una acción judicial o formulado una reclamación equivalente según el derecho nacional aplicable.

27. A raíz de esa sentencia, The British Petroleum Company Plc, Barclays Bank Plc y Mars U.K. Limited, entre otros, demandaron al Consejo y a la Comisión ante el Tribunal de Justicia,[21] solicitando que se declarara la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Económica Europea por los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de sus funciones. Las empresas alegaban, por un lado, haber sido inducidas a error por las dos Instituciones, principalmente a partir de la Directiva 86/378, adoptada sin tener en cuenta la interpretación dada al artículo 119 en la sentencia Bilka, y, por otro lado, que, como consecuencia de la sentencia Barber, debían hacer frente a costes suplementarios para sus regímenes de pensiones.[22]

28. De todas las interpretaciones que cabían del apartado 45[23] de la sentencia Barber,[24] los Estados miembros hicieron suya la que figura en el Protocolo, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993, a cuyo tenor, 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

21 — DO 1992, C 24, p. 5.

22 — Asuntos transferidos al Tribunal de Primera Instancia el 27 de septiembre de 1993.

23 — «Paragraph 45 has exercised the minds of lawyers throughout the Community. Attempts have been made to analyse the precise meaning of pension scheme documents in order to determine how and when entitlement arises [...]». Hudson, D.: «Some reflections on the implications of the Barber decision», *European Law Review*, 1992, pp. 163 a 171, especialmente p. 168.

24 — Los autores no se pusieron de acuerdo en cuanto al número de interpretaciones posibles. Traversa, E.: «Interdiction de discrimination entre travailleurs masculins et féminins, arrêt du 17 mai 1990», *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1991, pp. 426 y ss., especialmente p. 429, propone tres posibilidades de interpretación; Deakin, S.: «Equality in Pensions Law - The limits of Barber», *The Cambridge Law Journal*, 1994, pp. 236 a 239, especialmente p. 237; Moore, S.: «"Justice Doesn't Mean a Free Lunch": The Application of the Principle of Equal Pay to Occupational Pension Schemes», *European Law Review*, 1995, pp. 159 y ss., especialmente p. 163; Binon, J.-M.: «L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociales: La "valse-hésitation" du droit européeen», *Cahiers de Droit Européen*, 1996, pp. 635 a 721, especialmente pp. 664 y 665, y De Vos, M.: «La notion de "rémunération" au sens de l'article 119 du Traité de Rome et son application dans le temps au regard de l'arrêt Barber et des arrêts postérieurs de la Cour de justice des Communautés Européennes», *Revue de droit social*, 1995, pp. 156 a 205, especialmente p. 184, avanzan cuatro, y Honeyball, S. y Shaw J.: «Sex, law and the retiring man», *European Law Review*, 1991, pp. 47 y ss., especialmente p. 56, encuentran hasta cinco.

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. [25]

mismo, a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar o a suplir los regímenes citados.

B. *La respuesta a la primera cuestión prejudicial. La aplicabilidad del Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado CE a la prestación complementaria controvertida*

29. Mediante la primera de las cuestiones prejudiciales que plantea, la Cour du Travail de Bruselas quiere saber si una prestación destinada a completar las prestaciones por desempleo, abonada por el empresario sobre la base de un convenio colectivo a los trabajadores mayores de cierta edad que se acogen a programas de reducción de personal, debe considerarse como prestación abonada en virtud de un régimen profesional de seguridad social a la que se aplica el Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado.

30. La Directiva 79/7 regula los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo. Se aplica, asi-

31. En su sentencia Defrenne de 1971, el Tribunal ya distinguió los regímenes legales de seguridad social de aquellos a los que se aplicaba el artículo 119 del Tratado. [26] Los primeros se dirigen obligatoriamente a categorías generales de trabajadores; sus pensiones de jubilación están directamente reguladas por ley, con exclusión de cualquier elemento de concertación en el seno de la empresa o de la rama profesional de que se trate; y permiten a los trabajadores acogerse a un sistema obligatorio a cuya financiación contribuyen trabajadores, empresarios y eventualmente los poderes públicos en una proporción que no está en función tanto de la relación de trabajo como de consideraciones de política social. En estos regímenes, el trabajador se beneficia de las prestaciones legalmente establecidas, no a causa de la aportación empresarial, sino por el mero hecho de reunir los requisitos legales exigidos para la concesión de la prestación. [27]

25 — Las empresas que habían demandado al Consejo y a la Comisión desistieron del recurso el 18 de mayo de 1995, al entender que el marco jurídico existente en el momento de presentarlo se había visto modificado con la entrada en vigor del Protocolo y como consecuencia de las interpretaciones del Tribunal de Justicia contenidas en un determinado número de sentencias. Auto de archivo dictado por el Tribunal de Primera Instancia el 12 de julio de 1995.

26 — El capítulo III de las conclusiones que presentó en ese asunto el Abogado General Sr. Dutheillet de Lamothe está dedicado al examen de la diversidad y la complejidad de los regímenes de pensión en los Estados miembros. Distingue, por una parte, los regímenes legales de seguridad social, generales y especiales, que considera excluidos del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, y, por otra parte, los regímenes de pensión cuyas prestaciones son abonadas directamente por el empresario y aquellos que llama «complementarios», de origen convencional, cuyas prestaciones, que completan las del régimen general, son abonadas por organismos profesionales o interprofesionales, que considera incluidos en el ámbito de aplicación de dicho artículo.

27 — Sentencia de 25 de mayo de 1971, Defrenne (80/70, Rec. p. 445), apartados 8 y 10.

32. Los regímenes a los que se aplica el artículo 119 del Tratado se caracterizan, en cambio, por ser financiados íntegramente por el empresario o por éste junto con los trabajadores, sin participación de los poderes públicos, y por afectar únicamente a los trabajadores empleados en determinadas empresas o sectores de actividad. Están incluidos entre los regímenes profesionales de seguridad social regulados por la Directiva 86/378, que los define, en su artículo 2, de la siguiente manera: se consideran regímenes profesionales los que no están regulados por la Directiva 79/7 cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, encuadrados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama industrial o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, ya sea la adscripción a dichos regímenes obligatoria o facultativa.

La Directiva 86/378 se aplica, de acuerdo con lo previsto en su artículo 4, tanto a los regímenes profesionales que aseguran una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, incluido el caso de jubilaciones anticipadas, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo, como a los regímenes profesionales que prevén otras prestaciones sociales, en dinero o en especie, y, en particular, prestaciones de sobrevivientes y prestaciones familiares, siempre que se destinen a dichos trabajadores por cuenta ajena y constituyan por ello gratificaciones pagadas por el empresario al trabajador en razón del empleo.

33. La prestación controvertida no es abonada por un régimen de seguridad social directamente regulado por la ley ni resulta de aplicación obligatoria a categorías generales de trabajadores. Como he indicado con anterioridad, este Tribunal de Justicia, en su sentencia de 17 de febrero de 1993,[28] desestimó las alegaciones del Gobierno belga que sostenía que debía ser considerada como una prestación de seguridad social porque formaba un conjunto indisociable con la prestación por desempleo, denominado «pensión anticipada convencional».

34. Se trata, por el contrario, de una prestación creada por convenio colectivo en favor de los trabajadores de una empresa, destinada a completar las prestaciones del régimen legal que asegura una protección contra el desempleo a los trabajadores que son despedidos a una edad determinada, y cuyo abono corre a cargo del último empresario, que la satisface en razón de la relación de trabajo ya que, el importe se establece en función del número de años trabajados.

35. Por consiguiente, dicha prestación complementaria está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del

28 — Citada en la nota 5 *supra*.

Tratado y el régimen de seguridad social que la garantiza es profesional.

36. Queda por ver si se le aplica el Protocolo, teniendo en cuenta que el Tribunal no se hizo eco, en la sentencia de 1993, de la alegación del Gobierno belga relativa a que, si la prestación complementaria creada por el Convenio colectivo nº 17 estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, cabría recurrir al Protocolo, que limita en el tiempo el alcance de dicho artículo aplicado a las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social.

37. En su auto de remisión, la Cour du Travail de Bruselas expone las dudas que alberga sobre la aplicabilidad del Protocolo a este asunto. Me propongo disipar esas dudas a medida que las voy exponiendo.

38. En primer lugar, no le parece claro si la limitación de los efectos en el tiempo del artículo 119, prevista en el Protocolo, se aplica únicamente a los regímenes de pensiones que responden a los criterios sentados por el Tribunal de Justicia en su sentencia Barber y las que la siguieron o si esa limitación se hace extensiva, de acuerdo con la formulación utilizada por el Protocolo, a todas las prestaciones abonadas por un régimen profesional de seguridad social.

39. Opino que, a estas alturas, ya no se puede dudar de si el Protocolo se aplica exclusivamente a los regímenes de pensiones o a todas las prestaciones abonadas por un régimen profesional de seguridad social. Si bien es cierto que en la sentencia Barber, el Tribunal indicó que el artículo 119 del Tratado no podía ser alegado para invocar un derecho a pensión, con efectos desde una fecha anterior a la de su pronunciamiento, hay que tener en cuenta que el demandante en el litigio principal solicitaba, precisamente, que se le reconociera un derecho a pensión de jubilación, sin que se discutiera sobre otras prestaciones. Pero ya en la sentencia Ten Oever, [29] siguiente de la serie, en la que el demandante pedía que se le reconociera el derecho a percibir una pensión de supervivencia, el Tribunal, por las mismas razones que habían justificado la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia Barber, precisó que la igualdad de trato en materia de regímenes profesionales de pensiones sólo podía invocarse en relación con las prestaciones debidas por períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990. [30]

Este punto concreto lo clarificó el mismo Tribunal en el apartado 49 de su sentencia Fisscher [31] en la que afirmó: «[...] el Protocolo está evidentemente vinculado con la citada sentencia Barber, ya que se refiere a la misma fecha de 17 de mayo de 1990. Dicha sentencia condena la discriminación entre hombres y mujeres derivada de un requisito de edad, variable

29 — Sentencia de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879).

30 — *Ibidem*, apartado 19.

31 — Sentencia de 28 de septiembre de 1994, Fisscher (C-128/93, Rec. p. I-4583).

según el sexo, para obtener una pensión de jubilación tras un despido por razones económicas. Se han dado interpretaciones divergentes a la sentencia Barber, la cual limita, a partir de la fecha de su pronunciamiento, es decir, el 17 de mayo de 1990, el efecto de la interpretación que da del artículo 119 del Tratado. Dichas divergencias se pusieron de manifiesto en la citada sentencia Ten Oever, que es anterior a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea. El Protocolo nº 2 mantiene esencialmente la misma interpretación de la sentencia Barber que la sentencia Ten Oever, haciéndola extensiva al conjunto de las prestaciones abonadas por un régimen profesional de seguridad social [...]»

40. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional nacional piensa que la mayoría de los criterios utilizados por este Tribunal de Justicia en las sentencias dictadas para interpretar el Protocolo, inspirados por el deseo de salvaguardar el equilibrio financiero de los regímenes de pensión, no resultan aplicables al régimen establecido por el Convenio colectivo concluido en el seno de la Subcomisión paritaria Sabena, que regula la concesión de la prestación complementaria controvertida. Esos criterios, enunciados por el Tribunal en los apartados 17 y 18 de su sentencia Ten Oever, [32] son: la particularidad de la retribución en forma de pensión, que consiste en que hay una disociación temporal entre la constitución del derecho a pensión, adquirido progresivamente a lo largo de la carrera del trabajador, y su pago efectivo, que se pospone hasta una edad determinada; y las características de los mecanismos financieros de las pensiones de empresa, en las que las aportaciones periódicas y los importes futuros que deberán pagarse están vinculados.

En su opinión, en cambio, i) la prestación complementaria controvertida carece de vínculo de causalidad con los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990; ii) su importe no está en relación con el de las cotizaciones pagadas; iii) no existe ninguna disociación temporal entre la constitución del derecho a pensión y el pago efectivo de la prestación, y iv) la prestación complementaria no se rige por los mismos mecanismos financieros que las pensiones profesionales.

41. Discrepo respecto a que no existe, en el asunto que estoy examinando, vínculo de causalidad entre la prestación y los períodos de empleo anteriores a la fecha de pronunciamiento de la sentencia Barber [i)]. En efecto, la prestación complementaria controvertida la abonaba Sabena como antiguo empleador de la Sra. Defreyn, que trabajó para dicha empresa entre junio de 1960 y diciembre de 1986. Esa prestación se pagaba, por tanto, en razón de la relación de trabajo que había unido a ambas partes, relación que finalizó antes del 17 de mayo de 1990.

Sea como fuere, aun suponiendo que tuviera razón el órgano jurisdiccional nacional y que la prestación complementaria controvertida careciera de vínculo de causalidad con los períodos de empleo

32 — Citada en la nota 29 *supra*.

anteriores al 17 de mayo de 1990, el Tribunal de Justicia interpretó, en el apartado 60 de su sentencia Coloroll, [33] que la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia Barber sólo es aplicable a prestaciones que no están vinculadas a la duración del período efectivo de empleo, en el supuesto de que su hecho generador haya sobrevenido antes del 17 de mayo de 1990. [34] Y, en el caso de autos, el hecho generador, que habría sido el despido, ocurrió antes de esa fecha.

42. Tampoco puedo estar de acuerdo con la afirmación de que el importe de la prestación no está en relación con el de las cotizaciones pagadas [ii)], viendo que su montante se determina en función de los años de servicio, a razón de un 1 % del último salario bruto por año, y que, en caso de contar con más de veinticinco años, se garantiza un 82 % de ese montante. Es precisamente a lo largo de los años en que el trabajador está en activo cuando se pagan la mayor parte de las cotizaciones a los regímenes de seguridad social, tanto legales como profesionales.

43. En lo que se refiere a la disociación temporal entre la constitución del derecho a la prestación y su pago efectivo [iii)], que es una característica típica, aunque no exclusiva, de los regímenes de pensión, creo que no puede afirmarse, como hace el órgano jurisdiccional nacional, que no se da en el caso de la prestación complementaria controvertida.

Es cierto que la concesión de dicha prestación, que se creó para incentivar la liberación de puestos de trabajo por los empleados mayores de determinada edad, para que puedan conservar el suyo los más jóvenes, no se obtiene como la pensión de jubilación, cuyo derecho se constituye progresivamente a lo largo de toda la carrera profesional, y a la que acceden con la edad todos los trabajadores. [35]

Que hay disociación temporal me parece, a pesar de ello, evidente, al tratarse de una prestación para cuyo disfrute se exige que la relación laboral con la empresa se haya extinguido, al igual que sucede con las prestaciones de vejez y de desempleo. Esa disociación no se da, en cambio, con el abono de las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad laboral por causa de enfermedad, o de accidente laboral, por ejemplo, que se realiza únicamente mientras el trabajador está en activo, sin solución de continuidad entre la constitución del derecho y el pago de la prestación.

44. Es cierto que la prestación complementaria no se rige por los mismos mecanismos financieros que las pensiones profesionales [iv)], en las que las aportaciones periódicas

33 — Sentencia de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389).

34 — Hay que puntualizar, sin embargo, que en esa sentencia el Tribunal se estaba refiriendo, concretamente, a prestaciones como el pago de un capital global en caso de fallecimiento de un trabajador durante la relación laboral.

35 — En el caso de la prestación complementaria, seguramente, ni todos los trabajadores que tienen la edad requerida solicitan la prestación, ni la obtienen todos los que la piden ya que la empresa puede denegar su concesión, y algunos trabajadores que no la han solicitado pueden verse obligados a aceptarla si son despedidos y se les aplica el Convenio colectivo.

y los importes futuros que deberán pagarse están vinculados. Pero esa razón no resulta suficientemente convincente para concluir que no debe serle aplicable el Protocolo. En efecto, se trata de una prestación que, por la edad que deben tener los beneficiarios, podría denominarse de prejubilación, destinada a completar la prestación por desempleo en caso de despido, y cuyo período de disfrute va ligado a la edad de jubilación, que en Bélgica era distinta para hombres y para mujeres. Esa diferencia de edad en función del sexo es la que el artículo 9 de la Directiva 86/378 autorizaba a los Estados miembros a mantener. Por tanto, la empresa demandada debía formar parte de los círculos interesados que habían podido estimar razonablemente que el artículo 119 no se aplicaba a esa prestación y que habían hecho sus cálculos en consecuencia, a la hora de reducir personal. Estimo, pues, que si ahora se viera obligada a aplicar la igualdad de retribución en relación con esa prestación a situaciones jurídicas que ya han agotado sus efectos en el pasado, el equilibrio económico del régimen creado por ese Convenio colectivo podría verse seriamente afectado.

45. Tampoco estoy de acuerdo con la Comisión respecto a que el Protocolo no resulta aplicable a la reclamación de la Sra. Defreyn, que pide el pago de la prestación complementaria para el período de diciembre de 1991 a noviembre de 1996, período posterior al 17 de mayo de 1990. No hay más que leer el Protocolo para comprobar que son los períodos de empleo los que deben ser posteriores a dicha fecha y no los períodos durante los que se tiene derecho a percibir las prestaciones.

46. Observo, por último, que la Sra. Defreyn dejó de trabajar para Sabena en diciembre de 1986 y que la empresa le abonó la prestación complementaria hasta que cumplió sesenta años, en noviembre de 1991. Puesto que, por aplicación del artículo 9 del Convenio colectivo de trabajo, se sigue ingresando la cotización para la pensión del régimen profesional como si el trabajador siguiera en activo, me he preguntado si había que considerar como período de empleo o como período asimilado el que medió entre el 17 de mayo de 1990 y el 30 de noviembre de 1991, durante el cual la Sra. Defreyn habría devengado derechos a la prestación respecto a los que podría invocar el efecto directo del artículo 119 para exigir la igualdad de trato.

Creo que la respuesta debe ser negativa. En efecto, en virtud del artículo 4 del mismo Convenio, la prestación complementaria sigue abonándola la empresa a su antiguo trabajador, hasta la edad de la jubilación, incluso si éste deja de tener derecho a percibir las prestaciones por desempleo porque empieza de nuevo a trabajar en otra empresa. Así pues, si aun percibiendo esa prestación, el beneficiario puede trabajar para otra empresa, el período durante el que la percibe no puede ser considerado como período de empleo en Sabena.

47. Debo concluir, por tanto, que la prestación complementaria controvertida es una prestación abonada en virtud de un régimen profesional de seguridad social, a la que es aplicable el Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

C. *Las cuestiones prejudiciales segunda y tercera. La inaplicabilidad de la Directiva 76/207 al caso de autos*

48. Mediante las cuestiones segunda y tercera, la Cour du Travail de Bruselas quiere saber, en esencia, si el artículo 5 de la Directiva 76/207 se opone a que la prestación controvertida se conceda a las mujeres hasta los sesenta años cuando los hombres la disfrutan hasta los sesenta y cinco y si, en el supuesto de resultar aplicable el Protocolo a este caso, la Sra. Defreyn podría basar su acción en dicho artículo.

49. La Directiva 76/207 regula 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. De acuerdo con su segundo considerando, esta Directiva no comprende las retribuciones. El Tribunal de Justicia afirmó, en el apartado 24 de su sentencia Gillespie,[36] que, cuando una prestación constituye retribución satisfecha directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, está comprendida en el artículo 119 del Tratado y no puede quedar encuadrada, también, en la Directiva 76/207.

Dado que la prestación controvertida constituye, sin ninguna duda, retribución en el sentido del artículo 119, las disposiciones de la Directiva 76/207 no pueden resultar pertinentes para resolver el presente asunto y, por consiguiente, no procede dar respuesta a estas dos cuestiones prejudiciales.

36 — Sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475).

VII. Conclusión

50. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la Cour du Travail de Bruselas de la manera siguiente:

«1) La prestación complementaria prevista en el Convenio colectivo de trabajo nº 17, que adquirió carácter obligatorio en virtud del Real Decreto de 16 de enero de 1975, y prevista en el Convenio colectivo de trabajo de 23 de mayo de 1984, celebrado en el seno de la Subcomisión paritaria nº 315.1, es una prestación abonada en virtud de un régimen profesional de seguridad social, a la que es aplicable el Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

2) Dado que la prestación complementaria controvertida constituye retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, no procede responder a la segunda ni a la tercera cuestión prejudicial.»