CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE presentadas el 29 de abril de 1971 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El arrêté royal nº 50, de 24 de octubre de 1967, adoptado en virtud de delegación legislativa especial, es el texto básico que establece en Bélgica el régimen de la pensión de jubilación de los trabajadores por cuenta ajena y de la pensión de supervivencia («survie») -a veces llamada de «réversion»- de la que pueden disfrutar sus derechohabientes.

El apartado 6 de su artículo 3 prevé la adopción, mediante arrêté royal, de especiales medidas para la aplicación de dicha disposición general con respecto a algunos trabajadores por cuenta ajena, particularmente para el personal de vuelo de la aviación civil, y el texto enumera, con carácter no exhaustivo, algunas de dichas modalidades de aplicación (normas especiales sobre el comienzo del derecho a una pensión, edad de jubilación, retribuciones a tener en cuenta para el cálculo de dicha pensión, etc.).

De acuerdo con dicha disposición, un texto de carácter puramente reglamentario, el arrêté royal de 3 de noviembre de 1969, estableció las modalidades especiales de aplicación del arrêté royal nº 50 para el personal de vuelo de las compañías de aviación.

El artículo 1 de dicho arrêté, que determina las personas a las que les es aplicable, prevé que puede acogerse a él (cito literalmente) «todo el personal de vuelo *a excepción de las azafatas*».

Para entender hasta qué punto es desfavorable esta disposición para las azafatas, es preciso ponerla en relación con su situación contractual.

En efecto, su contrato de trabajo celebrado en el marco de un convenio colectivo establece que las mismas no podrán continuar ejerciendo sus funciones después de alcanzar la edad de 40 años.

El resultado del conjunto de estas disposiciones hace que su pensión nunca pueda ser calculada sobre toda la duración de su vida activa más que en las condiciones del régimen general y de este modo se encuentran

* Lengua original: francés.

en una situación muy inferior a la de sus colegas masculinos.

Estos, en efecto, si permanecen en activo como personal de vuelo hasta los 55 años, tienen derecho a una jubilación especial más ventajosa que la del régimen general y, si abandonan el servicio antes de los 55 años tienen derecho, como se nos ha explicado el otro día en la vista, a una pensión mixta calculada a prorrata de sus años de servicio como personal de vuelo y sus años de servicio que cuentan para la jubilación del régimen general.

Para las azafatas, al contrario, sus servicios prestados antes de los 40 años, tan sólo se toman en consideración en las condiciones previstas por el régimen general y no en las condiciones más ventajosas previstas por el régimen especial y, por otra parte, no pueden aspirar a una pensión de antigüedad antes de la edad prevista por el régimen general, o sea 60 años para las mujeres y 65 años para los hombres.

Se comprende, pues, su decepción, la cual las afecta tanto más cuanto que comparan su régimen de pensiones con el de sus colegas de un país vecino, Francia, donde las azafatas en completa igualdad con los otros miembros del personal de vuelo, tienen derecho, por una parte, a la pensión de jubilación del régimen general de Seguridad Social, por otra parte, a partir de los 50 años como máximo, a una pensión complementaria, siempre que hayan cumplido 15 años de servicio.

Es verdad que ayer nos enteramos, al leer una resolución del tribunal de travail de Bruselas, que examinaré más adelante, de que Sabena había establecido un «régimen de pensiones extra» reservado exclusivamente a las azafatas, del que no nos había hablado nadie hasta este momento.

En todo caso, la situación en la que se encuentran ha impulsado a una azafata de Sabena, la Srta. Defrenne, a emprender dos acciones judiciales.

Por una parte, por haber sido despedida en virtud del contrato que la unía a Sabena en el momento en que alcanzó la fatídica edad señalada en el contrato mencionado, solicitó al tribunal de travail de Bruselas que declarara abusiva dicha decisión de despido fundada únicamente en una consideración relativa a la edad, y que le concediera una indemnización por daños y perjuicios. Mediante resolución de 17 de diciembre de 1970, el órgano jurisdiccional desestimó dicha solicitud basándose, por lo demás, en la interpretación que da del artículo 119 del Tratado de Roma. No sé si dicha resolución es firme o no.

Por otra parte, la Srta. Defrenne solicitó al Conseil d'État de Belgique que anulara lo que dispone el artículo 1 del arrêté royal de 3 de noviembre de 1969, que excluye a las azafatas del ámbito del régimen de pensiones del que se benefician los otros miembros del personal de vuelo.

Ante este recurso de anulación, en cuyo favor la demandante invocó el artículo 119

del Tratado de Roma, el Conseil d'État suspendió el procedimiento y, en el ámbito del artículo 177 del Tratado, sometió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

1) La pensión de jubilación concedida en el ámbito de la Seguridad Social financiada con las cotizaciones de los trabajadores y de los empresarios y con las subvenciones del Estado, ¿constituye una prestación pagada indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo?

2) ¿Puede la normativa establecer límite de edad diferente para los trabajadores masculinos y femeninos que forman parte del personal de vuelo de la aviación civil?

3) ¿Realizan el mismo trabajo las azafatas y los auxiliares de vuelo de la aviación civil?

Al final de estas conclusiones me referiré a las cuestiones segunda y tercera. Pero he de decir inmediatamente que la cuestión principal, la primera cuestión, aunque formulada de modo un poco conciso, es una cuestión de interpretación, a pesar de las dudas que han albergado algunos sobre el particular.

Se solicita a este Tribunal de Justicia que declare si las disposiciones del artículo 119 del Tratado pueden aplicarse a una prestación de jubilación como la analizada por el Conseil d'État de Belgique que, en verdad, no precisa, sin embargo, si se trata de la prestación de jubilación del régimen general o de la del régimen especial del personal de vuelo, lo que me obliga a examinar los dos extremos y, teniendo en cuenta ciertas dudas sobre la naturaleza de dicho régimen especial, a contemplar varias hipótesis.

I

Como, según parece, es la primera vez que este Tribunal de Justicia tiene que interpretar dicho artículo 119 del Tratado, quiero ante todo y muy brevemente, recordar su génesis y su alcance.

Los debates que tuvieron lugar en determinados Parlamentos para la ratificación del Tratado y de modo especial las explicaciones dadas por el Gobierno de los Países Bajos ante la segunda Cámara de los Estados generales nos dan alguna información sobre el origen de esta disposición.

Al parecer, fue Francia quien tomó la iniciativa, pero el artículo requirió negociaciones bastante largas.

En efecto, si su adopción apenas planteaba dificultades para los Estados que ya habían ratificado cierto Convenio nº 100 de la OIT, que, como subrayaba el Gobierno alemán ante el Bundestag, tenía esencialmente el mismo alcance, y en ciertos aspectos, la misma redacción que el proyecto de artículo que se discutía, tres de los Estados miem-

bros o, más bien, de dos, a la sazón, futuros Estados miembros, no habían ratificado dicho Convenio, porque su aplicación podía crearles muy serias dificultades de Derecho interno.

Según parece, si finalmente todos los Estados llegaron a ponerse de acuerdo la causa debe buscarse en la doble finalidad perseguida por dicho artículo: una finalidad social ciertamente, porque lleva a todos los países de la Comunidad a aceptar el principio de carácter esencialmente social planteado por el Convenio de la OIT, pero también una finalidad económica, pues al oponerse a todo ensayo de «dumping social» consistente en el empleo de mano de obra femenina peor retribuida que la mano de obra masculina, favorecía de esta forma la realización de uno de los objetivos fundamentales del mercado común, el establecimiento de un régimen que garantizase que «la competencia no será falseada».

Ello explica, quizá, por qué dicho artículo 119 del Tratado tiene un carácter distinto de los que le anteceden en el Capítulo de dicho Tratado dedicado a las disposiciones sociales.

En efecto, estos dos artículos 117 y 118, se limitan en efecto a fijar, en materia social, los objetivos generales sobre la aproximación de las legislaciones y la colaboración entre los Estados miembros en determinadas materias relativas a cuestiones sociales, a las normas relativas al empleo o a las condiciones de trabajo.

El artículo 119 tiene un alcance muy diverso, como se desprende de su tenor literal que es el siguiente:

«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 prestaciones 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:

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.»

Por consiguiente, a diferencia de los artículos 117 y 118, este artículo no se limita a indicar objetivos de armonización de las legislaciones y de las normativas o de colaboración entre los Estados, sino que

establece una obligación para los Estados miembros.

Habría podido plantearse la cuestión de si, además o como consecuencia de la obligación que el mismo establecía para los Estados, hacía nacer derechos individuales a favor de los nacionales de los Estados miembros, es decir, si tenía «efecto directo».

Pero dicha cuestión ya no se plantea, por dos motivos:

1. Aunque las dificultades de aplicación encontradas por algunos países fueron considerables y aunque particularmente una conferencia de los Estados miembros haya prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1964 el plazo inicialmente previsto, me parece indudable que, al menos, a partir de dicha fecha, el artículo 119 creó derechos subjetivos que los trabajadores de los Estados miembros pueden invocar y cuyo respeto debe ser garantizado por los órganos jurisdiccionales nacionales.

2. Ello es aún más cierto en Bélgica ya que, con el fin de evitar cualquier problema de interpretación por los tribunales y para dar una mayor publicidad a dicho precepto del Tratado, el Gobierno belga, mediante una iniciativa *jurídicamente superflua pero cuyas intenciones eran altamente loables,* quiso incluir en el arrêté royal nº 40, de 27 de octubre de 1967, sobre el trabajo de las mujeres, el artículo 14, del siguiente tenor: «Con arreglo al artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, aprobado por Ley de 2 de diciembre de 1957, cualquier trabajador podrá instar, ante el órgano jurisdiccional competente, una acción para conseguir que se aplique el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos.»

En tales circunstancias, se comprenden los motivos por los que el Conseil d'État belga ni siquiera parece haberse planteado, y en cualquier caso, no ha planteado el problema al Tribunal de Justicia, de si el artículo 119 tenía o no efecto directo. Al igual que a mí, esto le parecía evidente.

II

Volvamos ahora a la primera cuestión que ha sido planteada ante este Tribunal de Justicia por el Conseil d'État de Belgique.

Es posible que tanto la fase escrita del procedimiento como los debates en la vista hayan dado a este Tribunal de Justicia la impresión de que éste tendría, para responder a la cuestión, que tomar partido en la dilatada controversia que enfrenta actualmente a los partidarios dos concepciones distintas de la retribución del trabajador por cuenta ajena. Para algunos, en efecto, los partidarios de la tesis denominada algunas veces, «del salario social», tesis, por lo demás, más económica que jurídica, el salario o la retribución incluye todas las cantidades entregadas o debidas al trabajador, no sólo *como contraprestación,* sino

también *con ocasión* del trabajo, cualquiera que sea el origen de estas cantidades.

Para otros, al contrario, el salario sigue siendo tan sólo *el precio de un servicio* y únicamente comprende las cantidades satisfechas por el empresario como retribución por dicho servicio y durante la duración del contrato de trabajo.

La elección entre estas dos tesis en el plano comunitario es difícil, por una parte, porque los distintos países miembros no adoptan la misma postura sobre el particular, y, por ejemplo, se podrían contraponer casi palabra por palabra algunos términos de sentencias de la Cour de cassation francesa a otros de la Cour de cassation belga; por otra parte, y quizá sobre todo, porque a menudo y dentro de un mismo Estado, prevalecen distintas soluciones, según se plantee la cuestión desde la perspectiva del Derecho laboral propiamente dicho, del Derecho de la Seguridad Social o del Derecho fiscal.

Pero no creo que este Tribunal de Justicia tenga que hacer tal elección, porque creo que los autores del Tratado ya la hicieron en su lugar ampliamente y de antemano.

Efectivamente, recogiendo las definiciones que ya figuraban en el Convenio nº 100 de la OIT, el artículo 119 toma partido por una solución intermedia que se aparta, a la vez, de las dos tesis maximalista y minimalista que acabo de recordar.

Dispone efectivamente que se aplica

- por una parte, al salario propiamente dicho;

- por otra parte, a todas las prestaciones pagadas al trabajador, si dichas prestaciones reúnen dos requisitos:

  Primero: que las mismas sean pagadas por el empresario directa o indirectamente.

  Segundo: deben pagarse en razón de la relación de trabajo.

Por consiguiente, no es preciso que este Tribunal de Justicia examine si la pensión de jubilación constituye o no un «salario aplazado» o un «salario de inactividad» como defienden algunos.

Es suficiente que este Tribunal trate de averiguar si, y en qué caso, una pensión de jubilación constituye una prestación que reúna los dos requisitos establecidos en el artículo 119.

III

La dificultad que presenta este problema deriva esencialmente de la diversidad y de la complejidad de los regímenes de pensión de jubilación existentes en los Estados miembros.

En efecto, en la mayor parte de éstos existen simultáneamente diversos regímenes de

pensiones de jubilación, que algunas veces se complementan, otras se sustituyen y otras se combinan.

Esquemáticamente pueden distinguirse, al menos, dos grandes categorías de regímenes de pensiones:

- por una parte, el régimen general de jubilación que se aplica a *todos* los trabajadores en virtud del sistema nacional de Seguridad Social,

- por otra parte, algunos regímenes de jubilación de los que disfrutan únicamente *determinados* trabajadores por cuenta ajena, o por cuenta propia.

A. En lo que se refiere a la primera categoría, el régimen general de los trabajadores me parece que no entra en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado y creo que, sobre el particular, las observaciones del Gobierno belga y de la Comisión son plenamente convincentes.

Ciertamente, podría ser atractivo dar una interpretación extensiva a dicho artículo y considerar que se refiere a todas las prestaciones que disfrute el trabajador por cuenta ajena en su calidad de trabajador, incluyendo las que recibe de las cajas de la Seguridad Social del régimen general.

Si se analiza el artículo 119 de forma aislada y si se diera prioridad a su finalidad económica, dicha tesis sería evidentemente seductora porque, al aceptarla, sería segura la exclusión en todos los casos, de cualquier posibilidad de «dumping social», y la consecución de «la armonización en un ritmo de progreso, de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra», que constituye uno de los objetivos del mercado común.

Pero dicha concepción choca con tres objeciones que me parecen definitivas:

1) En primer lugar, una objeción literal. El artículo 119 se aplica a las prestaciones pagadas directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón de su relación de trabajo. Ahora bien, el trabajador por cuenta ajena no percibe la prestación del régimen general a causa de desempeñar uno u otro empleo al servicio de uno u otro empresario, sino a causa de su condición de trabajador y la percibiría igualmente si desempeñara otro trabajo por cuenta ajena, si fuera otro su empresario e incluso, en la mayoría de los casos, si fuera trabajador por cuenta propia.

2) Por otra parte, no existe ningún vínculo, ni siquiera indirecto, entre la cotización empresarial y la prestación que se recibe. Creo que todas las legislaciones establecen que la falta de pago de la cotización patronal no priva al trabajador del derecho a las prestaciones. Más aún: algunos países han dado a estas cotizaciones el carácter de impuesto o han incluido el régimen en el presupuesto, lo que no hace sino confirmar

su verdadera naturaleza. Las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social, incluidas las pensiones de jubilación, en mi opinión, ya son prestaciones pagadas indirectamente por el empresario en mayor medida de lo que puedan serlo las carreteras, las traídas de aguas o el alcantarillado de que disfruta el trabajador en cuanto ciudadano, y que los impuestos y tasas pagados por el empresario contribuyen a financiar.

3) En fin, a dichos argumentos basados en el texto mismo del artículo 119 se añade una objeción que se funda en su comparación con el artículo 118 que, en materia de Seguridad Social, establece únicamente un objetivo de estrecha colaboración entre los Estados, pero no obligaciones tan precisas como las resultantes de la aplicación del artículo 119.

B. Muchos más delicados son los problemas planteados por los regímenes de jubilación de los que se benefician tan sólo determinados trabajadores por cuenta ajena en razón de su relación de trabajo con determinados empresarios, o en razón de la naturaleza de su trabajo.

La experiencia cotidiana nos enseña, efectivamente que las prestaciones que conllevan dichos regímenes especiales de jubilación son para el trabajador por lo menos tan importantes como el salario que percibe.

Basta con abrir un periódico para comprobar que en un gran número de países y en numerosos sectores de la actividad económica, cualquier negociación entre empresarios y trabajadores casi siempre se refiere a la vez, hoy en día, tanto a los salarios como a los regímenes particulares de pensiones y que muy a menudo el resultado final es un «package deal» sobre ambos aspectos, debiendo una de las partes renunciar a ciertas reivindicaciones en materia de salario contra las nuevas ventajas en materia de pensiones o viceversa.

A mi juicio, es indiscutible que algunos de dichos regímenes especiales tienen el carácter de prestaciones satisfechas directa o individualmente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

a) Tal es el caso en primer lugar, creo yo, en las *pensiones de jubilación pagadas directamente por el empresario* al antiguo trabajador por cuenta ajena. Se trata de un régimen de pensiones que yo creía en vías de extinción, pero que, al estudiar el presente asunto, he descubierto que conserva una importancia bastante considerable en determinados países. En este caso, la pensión pagada por el empresario parece que puede incluirse fácilmente en la categoría de prestaciones contempladas por el artículo 119. Verdaderamente, se trata de una prestación con efecto aplazado. Pero la retención por pensión que, en general, soporta el trabajador por cuenta ajena durante su período de actividad, en realidad es únicamente una reducción de salario que acepta como contraprestación por la promesa de jubilación. Puede disfrutar de esta prestación más bien a causa del empleo que

en verdad ya no ocupa pero que ha ocupado necesariamente. Concurren los dos requisitos del artículo 119.

b) Aunque de modo un poco más forzado, me parece que la misma solución puede aplicarse igualmente a una segunda categoría de regímenes especiales de jubilación, los *llamados regímenes «complementarios»*. Se trata de sistemas cuyo objeto consiste en proporcionar a los trabajadores de determinadas empresas y que realicen determinadas funciones, una jubilación que viene a sumarse a la que satisface la organización general de la Seguridad Social. Se caracterizan, por una parte, por su autonomía respecto al régimen general de Seguridad Social, tanto desde el punto de vista de la gestión como de las modalidades de financiación, organizadas a nivel profesional o interprofesional. Por otra parte, frecuentemente tienen origen convencional, pero la extensión de los convenios colectivos, que en un principio los instituyó, les ha dado, frecuentemente, no obstante, carácter obligatorio. Algunos de dichos regímenes conplementarios han recibido incluso una consagración legal, como por ejemplo la que en Francia se refiere al régimen complementario del personal de vuelo, según el artículo 186 del Code de l'aviation civile et commerciale.

El análisis que he propuesto hace un momento a este Tribunal de Justicia respecto a la pensión de jubilación pagada directamente por el empresario, me parece que es de aplicación asimismo a la pensión complementaria pagada por organismos profesionales o interprofesionales. Pero para ello hace falta ya hacer un esfuerzo de interpretación más importante que en el primer caso.

Por una parte, en efecto, la cotización que paga el trabajador por cuenta ajena no es totalmente idéntica a la que se retiene para la pensión de jubilación a la que nos referíamos hace un momento. Por otra parte, y sobre todo, no se trata de un pago directo que realice el empresario, sino de un pago indirecto a cargo de una caja profesional o interprofesional que, en la mayoría de los casos, reparte cada año, previa constitución de reservas, el conjunto de las cantidades pagadas a la vez por los trabajadores y por los empresarios.

No obstante, creo que dichas pensiones de jubilación complementarias pueden considerarse incluidas en la categoría de prestaciones contempladas en el artículo 119 del Tratado, y ello por dos motivos:

1) El hecho de que, en parte, la pensión de jubilación se financie mediante las cotizaciones de los trabajadores en activo no basta a mi parecer para descartar la aplicación del artículo 119; en realidad, éste no dispone que sólo se ha de aplicar a las prestaciones cuyo peso sea soportado *sólo* por el empresario y, por el contrario, cuando se refiere al concepto de pago indirecto, en mi opinión, precisamente tiene por objeto prever situaciones semejantes a las existentes para las pensiones de jubilación complementarias.

2) Me parece que el vínculo necesario entre la prestación, el empresario, el trabajador y la relación de trabajo que supone el artículo 119 se halla suficientemente establecido en el caso de las pensiones de jubilación complementarias. No cabe duda de que tan sólo debe pagarse la pensión de jubilación complementaria con motivo de la ocupación de determinados puestos de trabajo. Del mismo modo, la misma debe pagarse únicamente en el caso de que dichos trabajos se desarrollen en el seno de determinadas empresas.

Sobre el particular, son particularmente reveladoras las dificultades muy graves que, en algunos países como por ejemplo Francia, crean en este ámbito las fusiones y las absorciones de empresas que se multiplican en el momento actual.

A menos que se llegue a un acuerdo entre las cajas profesionales o interprofesionales o a menos que se produzca alguna intervención del legislador, no sólo el trabajador por cuenta ajena en activo sino también el jubilado se expone, efectivamente, a que su situación respecto a la pensión de jubilación suplementaria sea completamente modificada y a veces incluso, profundamente reducida, en el caso frecuente en que la empresa «absorbente» por así llamarla, ofrezca a sus trabajadores un régimen de pensiones de jubilación complementario distinto del que ofrecía la empresa «absorbida».

Si se quiere un ejemplo concreto, basta leer en el Diario Oficial de la República Francesa nº 3016, 1969, p. 251, la interpelación en la que un diputado francés del Departamento del Ródano plantea al Ministro encargado de la Seguridad Social cómo, salvo acuerdo entre las cajas o intervención estatal, la absorción de una empresa local por otra empresa de una capacidad económica mayor tendría como efecto la reducción de las pensiones de jubilación de los antiguos trabajadores de la empresa absorbida de 50 a 250 FF al mes.

Este ejemplo, que ciertamente no es exclusivo de Francia es suficientemente demostrativo de la existencia y la consistencia del vínculo que, en materia de jubilación complementaria, une al empresario, trabajador y al trabajo desarrollado por éste durante su período de actividad.

C. Mucho más delicada todavía es la cuestión que plantean las pensiones de jubilación que se satisfacen en el ámbito de lo que se conoce en general como los regímenes de Seguridad Social particulares o especiales.

A pesar de su diversidad, dos elementos caracterizan el conjunto de estos regímenes.

1) Se hallan estrecha e íntimamente vinculados con el régimen general de la Seguridad Social, bien porque el pago de las prestaciones de jubilación queda garantizado por las mismas cajas del régimen general, bien porque, cuando lo garantizan cajas especiales, éstas están vinculadas financiera y adminis-

trativamente con los organismos del régimen general, a menudo dependen de éstos y de este modo la acción de aquellas entra en el sistema global de igualdad establecido a escala nacional.

2) Proporcionan determinadas ventajas particulares a los trabajadores que desarrollen determinadas actividades y, como contrapartida, exigen una contribución tanto del empresario como del trabajador normalmente más elevada que la del régimen general.

Diversas categorías profesionales disfrutan de dicho régimen en muchos países, los mineros y los marinos casi en todas partes, los ferroviarios, los tranviarios y los empleados de las compañías de gas y electricidad en determinados países, así como, al parecer en Bélgica, el personal de vuelo de la aviación civil en el régimen establecido por el arrêté royal que ha dado origen al presente asunto.

¿Es preciso, desde el punto de vista de la aplicación del artículo 119 del Tratado de Roma, asimilar estos regímenes especiales a los regímenes complementarios de los que he hablado hace poco?

No puedo disimular ante este Tribunal las dudas y las vacilaciones que tengo para dar una respuesta a esta pregunta.

En efecto, hay varias razones a favor de una asimilación de los regímenes especiales y los regímenes complementarios para la aplicación del artículo 119.

La primera razón, ciertamente no despreciable pero que, a pesar de todo, tiene importancia secundaria, es que, desde el punto de vista de sus efectos prácticos, es difícil realizar una distinción entre los dos tipos de regímenes.

El régimen belga aplicable al personal de vuelo, a excepción de las azafatas, por ejemplo, parece ser un régimen especial de Seguridad Social, mientras que el régimen francés aplicable al personal de vuelo es un régimen complementario.

Habida cuenta de los diversos componentes de la retribución ¿hay una disparidad en la situación de los beneficiarios de ambos regímenes? Es muy difícil decirlo y, en cualquier caso, requeriría prolongados estudios.

La segunda razón, que a mi modo de ver es mucho más importante, es que en los dos sistemas, no es el trabajo en sí mismo sino los caracteres propios de dicho trabajo y la relación laboral a la que corresponde, su carácter específico e intrínseco lo que determina el derecho a percibir una pensión, lo cual es evidentemente uno de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 119, como hemos visto hace un momento.

Por último, hay una tercera razón que me ha planteado un verdadero problema de conciencia en el presente asunto:

¿Es normal hacer depender la aplicación de un artículo del Tratado de la organización administrativa, de la calificación que el legislador o el poder ejecutivo de un Estado dé a un régimen de pensiones cuyo carácter especial dependa de la naturaleza del trabajo ejercido?

Si se analiza aisladamente el artículo 119 así como su finalidad económica y social, estas razones resultarían determinantes para una aplicación de dicho artículo tanto a los regímenes especiales como a los regímenes complementarios.

Pero, como ya he dicho, el artículo 119 solamente puede interpretarse en relación con el artículo 117 y sobre todo con el artículo 118.

Como también he recordado, este último artículo dispone expresamente que, en materia de Seguridad Social, los Estados miembros deben colaborar estrechamente con el objetivo de llegar a una armonización de los sistemas pero, a diferencia del artículo 119, no impone la realización de objetivos claramente definidos en plazos determinados. Ahora bien, los regímenes especiales de jubilación integrados en el sistema general de Seguridad Social difícilmente pueden disociarse de este último.

1) Integran a trabajadores en general y trabajadores por cuenta ajena en el vasto conjunto de igualdad global que pretende establecer dicho sistema nacional.

2) A pesar de que producen una distinción entre los trabajadores por cuenta ajena en razón del trabajo desarrollado, con lo que, al parecer, se cumple una de las condiciones exigidas por el artículo 119, no parece por el contrario que se cumpla la segunda condición impuesta por el mismo artículo para que una prestación concedida al trabajador por cuenta ajena pueda considerarse que entre en su campo de aplicación.

En efecto, si el vínculo entre la prestación que constituye la jubilación y el esfuerzo propio del empresario a menudo aparece ya como muy tenue en un sistema de jubilación complementario, llega casi a desaparecer completamente en un régimen especial de pensiones de jubilación de la Seguridad Social.

Por consiguiente, la situación o la cualidad del empresario ya no juega ningún papel en relación con el derecho a la prestación o con su cuantía.

Mientras que en un régimen complementario la afiliación del empresario a una u otra caja profesional puede, como he mostrado hace poco con un ejemplo, tener una influencia determinante sobre los derechos a la prestación o sobre su cuantía, nada de esto se da en un régimen especial de Seguridad Social.

La situación del empresario y del trabajador en semejante régimen no presenta diferencias con la que existe en el régimen general más que en sus modalidades.

Hay una separación total entre la cotización del empresario y la jubilación y tal separación impide que en este caso, como en el del sistema general, la jubilación se considere como una prestación pagada indirectamente al trabajador por el empresario en el sentido del artículo 119.

Finalmente señalo que, si se desea, como lo deseo yo, que el principio fundamental contenido en el artículo 119, es decir, la igualdad de retribuciones reales entre hombres y mujeres se respete estrictamente, al dar a dicho artículo un campo de aplicación que invada el de la Seguridad Social supondrá en muchos casos un riesgo de sacrificar lo principal a lo accesorio.

Para resumir respecto a la primera cuestión, creo pues que, a efectos del artículo 119 del Tratado, únicamente pueden considerarse como prestaciones pagadas directa o individualmente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, las pensiones de jubilación pagadas bien directamente por el empresario bien indirectamente por los organismos profesionales o interprofesionales a los trabajadores por cuenta ajena que hayan ocupado determinados puestos de trabajo en la empresa, además de las pensiones de jubilación a que tienen derecho dichos trabajadores de acuerdo con el régimen general de Seguridad Social; por el contrario, no puede considerarse que tengan el mismo carácter las pensiones del régimen general o de los regímenes especiales de Seguridad Social.

IV

Voy a examinar ahora las cuestiones segunda y tercera planteadas por el Conseil d'État belga.

Empezando por la última, creo que bastará señalar que supone una apreciación de los antecedentes de hecho y no me parece por lo tanto que sea de las que el Tribunal de Justicia es competente para resolver, cuando se le somete un asunto con arreglo al artículo 177 del Tratado.

La segunda cuestión plantea un problema de interpretación bastante delicado.

Como ya he dicho ante este Tribunal, su tenor es el siguiente según el Conseil d'État:

«¿Puede la normativa establecer un límite de edad diferente para los empleados masculinos y femeninos que forman parte del personal de vuelo de la aviación civil?»

La dificultad procede, como señaló muy bien el Agente del Gobierno belga, de que el término «límite de edad» es un término ambiguo en la terminología jurídica contemporánea.

Si bien conserva su sentido tradicional sobre todo en el Derecho de la función pública, es decir, la edad a partir de la cual el interesado debe obligatoriamente cesar en sus funciones, en materia de Seguridad

Social se usa frecuentemente en otro sentido para designar *la edad en que puede alcanzarse la jubilación,* la edad a partir de la cual el trabajador puede reclamar la pensión de jubilación normal.

Creo que es este último sentido, el sentido «Seguridad Social», el que el Conseil d'État quiso darle, y ello por tres motivos:

1) Ninguno de los textos reglamentarios que tenía que examinar, ni el arrêté royal n° 50, ni el arrêté de 3 de noviembre de 1969, contienen disposiciones que establezcan un límite de edad *stricto sensu.*

2) Si existe un límite de edad *strictu sensu* para las azafatas, tal límite deriva únicamente de una cláusula de un contrato de trabajo celebrado en el marco de un convenio colectivo. Por lo tanto cuando el Conseil d'État emplea el término «normativa» no se refiere a estos contratos. Por otra parte, el problema de la licitud de la cláusula de que se trata se plantea, no ante el Conseil d'État sino ante el tribunal de travail de Bruselas.

3) Por consiguiente, en mi opinión, es claro que lo que el Consejo de Estado quiso preguntar al Tribunal de Justicia es si lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 4 del arrêté royal n° 50, que dispone que los trabajadores puedan conseguir una pensión normal lo más pronto a partir de la edad de 65 años para los hombres y de 60 años para las mujeres, precepto que se encuentra con otra forma en diversos textos belgas de Seguridad Social, es compatible con el artículo 119 del Tratado.

Por ello propongo interpretar a este Tribunal que la segunda cuestión en este sentido:

«Los principios consagrados en el artículo 119 del Tratado ¿son contrarios a que la edad a partir de la cual el trabajador por cuenta ajena puede conseguir una pensión de jubilación del régimen de Seguridad Social se fije de forma distinta para los hombres y para las mujeres?»

Esta cuestión queda, pues, sin objeto si, en respuesta a la primera cuestión, el Tribunal de Justicia declara, como he propuesto, que las pensiones de jubilación del régimen general o de los regímenes especiales de Seguridad Social no constituyen una de las prestaciones a que se refiere el artículo 119 del Tratado.

En tales circunstancias propongo que el Tribunal de Justicia declare que las pensiones de jubilación que se paguen, bien directamente por el empresario, bien indirectamente por organismos profesionales o interprofesionales, a los trabajadores por cuenta ajena que hayan ocupado determinados puestos de trabajo en la empresa, además de las pensiones de jubilación que les otorga el régimen general de la Seguridad Social constituyen una prestación pagada directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, en el sentido del artículo 119 del Tratado; que, por el contrario, no puede considerarse que tengan el mismo carácter las pensiones del régimen general o los regímenes especiales de Seguridad Social.