

Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, SA

LOURDES LÓPEZ CUMBRE*

SUMARIO: 1. LA EVOLUCIÓN DEL DEBATE SOBRE SALARIO «VERSUS» PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS.—2. UNA NUEVA RECLAMACIÓN SOBRE UNA VIEJA CUESTIÓN: LA SOCIEDAD ANÓNIMA BELGA DE EXPLOTACIÓN DE LA NAVEGACIÓN (SABENA) Y SUS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS. 3.—LA PREJUBILACIÓN Y EL DERECHO COMUNITARIO

1. LA EVOLUCIÓN DEL DEBATE SOBRE SALARIO «VERSUS» PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS

1. Lejos de constituir eufemismos, como califican quienes llevados por un desmedido positivismo parecen ignorar la realidad social (P. Gete Castrillo, *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001), los problemas interpretativos sobre la prejubilación no sólo invaden a los tribunales nacionales sino

también al TJCE. Buen ejemplo de ello es esta Sentencia de 13 de julio de 2000, en la que este último ha de pronunciarse sobre si las prestaciones devengadas durante el período de prejubilación de un trabajador entran dentro de la aplicación efectuada por él mismo con anterioridad por el TJCE sobre el art. 119 del Tratado o si, por el contrario, este último precepto se extiende exclusivamente a las prestaciones complementarias de la pensión de jubilación.

Fue también en una sentencia dictada en relación con una decisión adoptada, como en el presente caso, por la compañía belga de aviación Sabena (Sociedad Anónima Belga de Explotación de la Navegación Aérea) cuando el TJCE (STJCE 8 abril 76, Causa C-43/75,

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Cantabria.

Gabrielle Defrenne contra Société Anonyme Belge de Navigation A rienne Sabena, Rec. 1976, pp.0455-0483) no dudó en admitir la invocación directa por los particulares ante los tribunales nacionales del art. 119 del Tratado, imponiéndose la garantía del principio de igualdad (apartado 1). Prevalece dicho efecto sobre la aplicación de la Directiva 75/117, de 10 febrero (DOL 45, 19 febrero 75) en aquellos ámbitos donde ambas concurren (apartado 3). Un supuesto en el que el TJCE plantearía por vez primera la aplicación del mencionado precepto a los complementos percibidos por los trabajadores en procesos de jubilación o de prejubilación. Con anterioridad, también esta misma trabajadora, en demanda contra el Estado belga por las reglas especiales previstas para acceder a la pensión de jubilación en la aviación civil (STJCE 25 mayo 71, Causa C-80/70, Gabrielle Defrenne contra el Estado belga, Rec. 1971, pp.445-454), conseguiría abrir una fructuosa brecha entre la protección social pública y la privada, iniciando la aproximación de esta última al ámbito de la aplicación del art. 119 del Tratado. Han transcurrido casi treinta años y las reclamaciones siguen llegando al TJCE prácticamente en los mismos términos, si bien la solución ha de ser matizada por la evolución judicial y legislativa habida en esta materia en las tres décadas que separan el antiguo litigio Defrenne del actual litigio Defrenn.

2. La defensa del principio de igualdad se recoge, con carácter general, en los arts. 6 y 48.2 del Tratado, y en el ámbito social, en los arts. 117 y ss. del mismo. Destaca entre todas estas referencias el art. 119 del Tratado en el que se recoge la igualdad retributiva. Los Estados miembros est n obligados a garantizar en una primera etapa y a mantener con posterioridad, la igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos en un mismo trabajo. A tal efecto, se considera como retribución «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». Por si existieran dudas en su aplicación, el art. 119 del Tratado define que la igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo significa dos cosas: 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; y b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. La necesidad de imponer la igualdad salarial entre Estados venía dada, básicamente, porque algunos de ellos tenían en sus disposiciones nacionales medidas muy restrictivas en esta materia que les impedía competir en el mercado exterior. La equiparación de todos los Estados en este sentido aliviaba a aquellos que se habían anticipado en la prohibición de medidas de infrarretribuci n por razón de sexo. La amplia definición recogida por el art. 119 del Tratado y sobredimensionada con posterioridad por la interpretación judicial del TJCE, colmar n de satisfacción a quienes albergaban semejante temor, significando un paso importante para impedir el *dumping* social intracomunitario.

Su antecedente más remoto se halla en el Convenio núm. 100 OIT de 1951 (ratificado por España el 26 octubre 67, BOE, 4 diciembre 68) y su principal desarrollo se contiene en la Directiva 75/117/CE. Respecto del primero cabe destacar como ya en 1951 la OIT fijó una definición general del término remuneración comprendiendo dentro de la misma al «salario o sueldo ordinario, básico o mínimo y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador en concepto de empleo de este último» (art. 1). La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor designará, de acuerdo con lo establecido por este Convenio de la OIT, aquellas tasas de remuneración que se fijen sin discriminación por razón de sexo. Todo miembro de este Convenio deberá promover y, en su caso, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de

igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. En atención al segundo y para garantizar el respeto a dicho principio, los Estados miembros «suprimirán las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas» (art. 3), «tomarán las medidas necesarias para que las disposiciones que figuren en los convenios colectivos, baremos o acuerdos salariales o contratos individuales de trabajo, y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución, sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas» (art. 4) y «para garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución» conforme a sus circunstancias nacionales y sus sistemas jurídicos, garantizando, asimismo, la existencia de medios eficaces que permitan velar por el respeto a este principio (art. 6).

De cómo este principio llega a aplicarse a las prestaciones complementarias privadas pactadas por empresarios y trabajadores para mejorar las prestaciones públicas, es una pregunta que sólo obtiene respuesta a través del *iter* judicial marcado por el TJCE desde la Sentencia Defrenne. La primera manifestación de la relación entre pensión y remuneración se impone por la necesidad de diferenciar los regímenes profesionales de los regímenes legales (Sentencia Defrenne, STJCE 25 mayo 71, Asunto C-80/70). Estos últimos regulados por ley, a diferencia de aquéllos establecidos convencional o unilateralmente; de aplicación obligatoria a categorías generales de trabajadores, frente a los regímenes profesionales, voluntarios y limitados a determinadas categorías de trabajadores; con una financiación compartida por los poderes públicos, a diferencia de la financiación estrictamente privada —única por parte del empresario o mixta, entre empresarios y trabajadores— de los regímenes profesionales. Razones todas ellas valoradas decisivamente por el TJCE también en el segundo de los pronunciamientos provocado por la reclamación de la misma trabajadora (Sentencia

Defrenne, STJCE 8 abril 76, Asunto C-43/75) para concluir sobre la mayor aproximación de los regímenes profesionales a la noción de retribución del art. 119 del Tratado en tanto «gratificación directa o indirecta en salario o en especie» que al concepto de protección social.

3. No se hallaba este último concepto, el de protección social, exento de garantías. En el ámbito de la protección social pública se parte del reconocimiento genérico que el art. 13 de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores realiza sobre la necesidad de que todo trabajador obtenga una protección social adecuada. En este sentido, establece que todos los trabajadores, sea cual sea su estatuto y la dimensión de la empresa en que trabajan, deben beneficiarse de niveles de prestaciones de Seguridad Social suficientes, proporcionales, a la duración de la prestación del trabajo, a la retribución y a su contribución a la financiación del régimen respectivo de protección social. De igual modo, el art. 51 del Tratado subraya el compromiso del Consejo a adoptar por unanimidad, y a propuesta de la Comisión, las medidas necesarias para garantizar el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, creando un sistema de Seguridad Social para los trabajadores emigrantes y sus derechohabientes. Sistema en el que se verán garantizados derechos como el de la acumulación de los períodos de cotización o el del pago de las pensiones en el ámbito de la Unión Europea. Se trata, en definitiva, de impedir que la Seguridad Social constituya un obstáculo a la libre circulación de trabajadores. Con este fin surge, como es sabido, el Reglamento 1408/71, 14 junio (DOL 149, 5 julio 71), previsto precisamente para 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 art. 3.1 dicho Reglamento dispone que estos trabajadores puedan acogerse al beneficio de la legislación de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que

los nacionales de éste. Objetivo que se verá ampliamente reforzado tras la aprobación de la Directiva 79/7/CEE, 19 diciembre 78 (DOL 6, 10 enero 79) relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta norma, aplicable al ámbito de la Seguridad Social y a «otros elementos de protección social» contiene, al menos, dos datos de interés en relación con el análisis que se efectúa de la Sentencia Defreyn. Por una parte, que, aunque reconoce la aplicación del principio de igualdad a la protección social, para su aplicación dispone que sea el Consejo el que adopte, a propuesta de la Comisión, las disposiciones que determinen el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación, relegando, por tanto, la aplicación de esta Directiva en dichos regímenes (art.3.3). Y, en segundo término, que en aspectos tan importantes como la fijación de la edad de jubilación o las consecuencias que de ella se pueda derivar para otras prestaciones, permite que los Estados miembros no apliquen esta Directiva (art. 7.1), relativizando el efecto del principio de igualdad en tales casos.

La decisión del Consejo en torno a los regímenes profesionales no vería la luz hasta la aprobación de la Directiva 86/378/CEE, 24 julio (DOL 225, 12 agosto 86) dirigida a conseguir la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de Seguridad Social. Se consideran regímenes profesionales, a tal efecto, a los «no regulados por la Directiva 79/7/CEE cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social y a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa» (art. 2.1). Como en el supuesto anterior, también dos elementos destacan a efectos del análisis que nos ocupa. En primer lugar, la consideración

como disposición contraria al principio de igualdad de trato de aquella que imponga «edades diferentes de jubilación» (art. 6.1.f). Y, en segundo término, la posibilidad de que los Estados miembros aplacen la aplicación obligatoria de este principio, entre otros puntos, en la fijación de la edad de jubilación para la concesión de pensiones de vejez y de jubilación y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones, a su criterio, bien hasta la fecha en la que dicha igualdad se realice en los regímenes legales o bien, a más tardar, hasta que una Directiva imponga dicha igualdad (art. 9) —pretensión esta última frustrada tras fracasar la Propuesta de Directiva de 27 octubre 87, sobre esta materia (COM (87) 494 final, DOC 309, p.10)—. Se trata, en definitiva, de una excepción que traslada al ámbito de los regímenes profesionales lo que, en su día, estableciera el art. 7.1.a) de la Directiva 79/7/CEE para los regímenes legales de Seguridad Social, autorizando a los Estados miembros a aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato en la fijación de la edad de jubilación.

La edad de acceso a la jubilación ha sido una permanente fuente de desigualdad tanto en los regímenes legales como en los profesionales. Y, en particular, los conflictos han venido planteados por el acceso de los trabajadores a las pensiones de empresa a los 65 años frente a la obtención por parte de los trabajadoras de estas pensiones a los 60 años. Basándose en el art. 7.1.a) de la Directiva 79/7 mencionado, el TJCE no ha dudado en considerar que la fijación por parte de una empresa de edades diferentes para poder ser beneficiario de una pensión privada no se entiende discriminatoria en la medida en que se derive del hecho de que la edad mínima de jubilación en la legislación nacional es distinta para los hombres y para las mujeres (Sentencia Burton, STJCE 16 febrero 82, C-19/81). E incluso no se estima discriminatoria la posición inversa, esto es, que se trate de una misma edad de acceso a la pensión privada pese a

que en el régimen público nacional la edad sea distinta (Sentencia Roberts, STJCE 9 noviembre 93, C-132/1992). Tan sólo cuando este tipo de desigualdad afecta a las condiciones de empleo del trabajador, esto es, cuando decisiones como las descritas contribuyen a violar el principio de igualdad en el empleo provocando, por ejemplo, el despido de un determinado colectivo antes que otro —la mujer por tener garantizado el acceso a la jubilación a una edad inferior que la fijada para los hombres—, se torna contraria al derecho comunitario (Sentencia Marshall, STJCE 2 agosto 93, C-271/1991). El principio de igualdad no se opone, a juicio del TJCE, a que exista una pensión transitoria inferior para la trabajadora respecto de la que percibe su homólogo masculino en el tramo existente entre los 60 y los 65 años. En definitiva, se trata de diferencias impuestas por la pensión del régimen general a la que la mujer tiene derecho a partir de los 60 años de edad en concepto de períodos de empleo cubiertos al servicio del mencionado empresario y de la que no disfruta su compañero masculino. Se trata de una pensión destinada a compensar, entre otras, la pérdida de ingresos debida al hecho de que no se haya alcanzado aún la edad requerida para recibir la pensión del régimen general (Sentencia Birds, STJCE 9 noviembre 93, Causa C-132/92).

4. Tan sólo unos meses antes de la aprobación de la Directiva 86/378/CEE, el TJCE había adoptado otro pronunciamiento decisivo en esta materia, la Sentencia Bilka de 13 mayo 86 (STJCE 13 mayo 86, Causa 170/84) a través de la cual el TJCE daría un paso más en la conexión entre protección privada y remuneración iniciada por las Sentencias Defrenne. Se señala en la Sentencia Bilka Kaufhaus que las prestaciones concedidas a los trabajadores en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social constituyen un beneficio pagado por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo con arreglo al art. 119.2 del Tratado. Se trata de prestaciones recibidas por un régimen complementario de em-

presa que forma parte del contrato de trabajo y, por tanto, constituye sin más una forma de retribución del servicio prestado. Esto supone, por ejemplo, que las condiciones a las que el empresario subordina la admisión de sus empleados en un régimen profesional se integran plenamente en el campo de aplicación del mencionado art. 119 del Tratado, exigiéndose el respeto al principio de igualdad también en esta parcela. De este modo, todas las formas de prestación ofertadas por regímenes profesionales de Seguridad Social se integran en el contrato de trabajo como un elemento de remuneración más, siéndoles de aplicación directa y, por tanto, sin necesidad alguna de desarrollo del art. 119 del Tratado.

Pero esta decisión se pronunciaba, como las anteriores, exclusivamente sobre las discriminaciones directas con origen en normas legales, acuerdos colectivos o decisiones individuales, dejando al margen los conflictos más delicados basados en discriminaciones indirectas. Las discriminaciones directas vienen dadas generalmente porque la aplicación progresiva y no inmediata del principio de igualdad en esta materia así lo ha permitido. Por el contrario, las indirectas se aprecian no en la protección complementaria en sí sino en las diferencias retributivas o de condiciones de empleo o de contratación, constituyendo este tipo de discriminación una fuente permanente de desigualdad en el trato de los trabajadores en materia de protección social. Para que se aprecie este tipo de discriminación ha de tratarse, en todo caso, de medidas que afecten a un grupo de trabajadores y no a un único trabajador y siempre que resulte probada la intencionalidad discriminatoria (Sentencia Jenkins, STJCE 31 enero 81, C-96/80). O, como señala el art. 2 de la Directiva 97/80/CEE sobre determinación de la carga de la prueba en materia de discriminación ha de tratarse de «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro que afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha

disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

5. Los conflictos en este materia no cesaron por la adopción de decisiones como las expuestas o por la aprobación de Directivas como la 86/378/CEE citada. Habrá que esperar hasta conocer la Sentencia Barber (STJCE 17 mayo 90, Causa 262/88) para consolidar argumentos ya elaborados por el TJCE en este campo. Tras ella no cabe ya duda de la naturaleza retributiva de las prestaciones complementarias y, por ende, de la aplicación directa del art. 119 del Tratado a estos supuestos. Decisión aplaudida por los trabajadores, y de forma muy especial por los sindicatos ingleses toda vez que la consideración de las aportaciones a los sistemas complementarios como parte de la estructura retributiva de la empresa venía a implantar una buena fórmula para convertir en propietarios de los fondos a los trabajadores, motivando su participación directa en la administración y gestión de los mismos. La aceptación por parte de los poderes públicos y de las empresas sería, sin embargo, bien distinta. En el caso de los primeros, porque algunos de ellos —por ejemplo, R. Unido—, manifestaron serias reticencias ante la elevada repercusión económica de este tipo de decisiones en un país que, como R.Unido, mantiene un ingente número de trabajadores adscritos a regímenes profesionales con habituales excepciones al principio de igualdad. Por su parte las empresas, también en su mayoría británicas (British Petroleum Company Plc, Barclays Bank Plc y Mars U.K. Limited, por ejemplo), decidieron demandar al Consejo y a la Comisión solicitando la responsabilidad extracontractual de la CEE por los daños y perjuicios generados en el ejercicio de sus funciones (DOC 1992, 24, p.5). En definitiva todas estas empresas, guiadas por las Directivas 79/7/CEE y 86/378/CEE, respectivamente, se habían comprometido a garantizar una serie de regímenes profesionales en beneficio

de sus trabajadores que ahora resultaban sobredimensionados por los costes adicionales que suponía la aplicación de la Sentencia Barber (conviene anotar que las empresas desistirían con posterioridad de su demanda —18 mayo 95—, archivándose las actuaciones por auto del Tribunal de Primera Instancia de 12 julio 95).

Temores que, en cierta medida, se verían resueltos por la propia Sentencia Barber y, posteriormente, a través de una decisión política. La Sentencia recoge en su apartado 45 la limitación temporal de sus efectos, señalando que el efecto directo del art. 119 del Tratado no puede ser alegado para invocar un derecho a pensión con efectos desde una fecha anterior a la de esta sentencia, salvo para el supuesto de aquellos trabajadores o causahabientes que, antes de dicha fecha, hubieran iniciado una acción judicial o formulado una reclamación equivalente de acuerdo con el derecho nacional de aplicación. Esta decisión judicial se convertiría en el Protocolo núm. 2 del art. 119 del Tratado y entraría en vigor el 1 noviembre 93, añadiendo desde entonces un nuevo párrafo al originario art. 119 del Tratado y consolidando a nivel legal lo que ya la jurisprudencia comunitaria había consagrado. En atención al mismo, «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 mayo 90, 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». Tan sólo para estos supuestos los efectos retroactivos se extenderán o bien hasta el 8 abril 76 —fecha en la que se declara la aplicabilidad directa del art. 119 del Tratado— o, en su caso, hasta la fecha de adhesión al Tratado del Estado en que el se plantee el conflicto, debiendo cubrir todas las prestaciones derivadas de períodos de trabajo realizados después de dicha fecha.

Una decisión como la adoptada por el TJCE en la Sentencia Barber impone la aplicación directa del art. 119 del Tratado sobre la Directiva, en tanto derecho originario, teniendo al menos tres consecuencias iniciales. Por una parte, su ilimitada aplicación, esto es, la posibilidad de ser invocado directamente por los particulares tanto frente a los empresarios —efecto horizontal— como frente a los poderes públicos —efecto vertical—, a diferencia de los preceptos de la Directiva 86/378 que no disponen de efecto directo entre particulares. Por otro lado, la aplicación del art. 119 del Tratado modificará la entrada en vigor progresiva o a largo plazo de la mencionada Directiva (hasta que otra Directiva imponga el principio de igualdad o trece años más tarde de su notificación), deparando consecuencias muy negativas para los fondos de pensiones de algunos países, como se ha podido comprobar. Y lo hará no sólo sobre parte del contenido del art. 9 de la misma (fijación de la edad de jubilación) sino sobre el resto de los elementos que en el mismo se contienen (pensiones de sobrevivientes —sobre las que también obraba el aplazamiento «hasta que una Directiva imponga el principio de igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social al respecto»— y la utilización de cálculos actuariales diferentes —consentidos hasta la expiración de un plazo de trece años a partir de la notificación de esta Directiva 86/378/CEE—). Por último, afecta a una cuestión que excede de la discriminación por cuanto la equiparación de las pensiones privadas a la remuneración del trabajador hace que los compromisos de los empresarios pasen a convertirse de meras expectativas en derechos ciertos, adquiridos o en curso de adquisición, sobre los que los trabajadores poseen una titularidad.

Además, no todas las dudas se resuelven con esta solución. Para los períodos anteriores a esta fecha de la Sentencia —17 mayo 90— no se considera la aplicación retroactiva de los efectos de esta decisión judicial, admitiéndose que para los mismos el derecho co-

munitario no imponga justificación alguna sobre las medidas establecidas con anterioridad en beneficio de las mujeres sobre los hombres o viceversa. Una peculiar forma de tratamiento del salario en el ámbito de la protección social complementaria que consiste en disociar temporalmente la constitución del derecho a la pensión —de forma progresiva a lo largo de la vida profesional del trabajador— y el pago de la misma a una edad determinada. De ahí que posteriores pronunciamientos del TJCE (sirvan de ejemplo la Sentencia Vroege, STJCE 28 septiembre 94, C-57/93, la Sentencia Fisscher, STJCE 28 septiembre 94, C-128/93 y la Sentencia Dietz, STJCE 24 octubre 96, C-435/93) hayan tenido que seguir resolviendo conflictos planteados sobre este punto. Algunos afectados exigían la aplicación de la sentencia Barber desde el momento en que se probara la discriminación producida. Pero las respuestas han sido siempre negativas por parte del TJCE. De proceder de forma distinta, entiende el TJCE que estaría situando a los trabajadores que reclaman no en una posición igual a la de los sujetos de referencia en la discriminación sino en una posición más favorable a la de aquellos pues se les permitiría acceder a prestaciones sociales de carácter contributivo sin previa aportación. Una objeción bien pudiera considerarse superada exigiendo dichas aportaciones con posterioridad al reconocimiento del derecho, como prevén algunas legislaciones nacionales para supuestos específicos (sin necesidad de otro ejemplo, nuestro ordenamiento permite el acceso de determinados colectivos a prestaciones públicas capitalizando el coste de las cotizaciones no efectuadas y descontándolo del importe de la pensión correspondiente periódicamente).

Resta por conocer, a su vez, cuáles son los efectos de esta Sentencia Barber en el período comprendido desde la fecha en que fue dictada y el momento en que el empresario adopta una decisión uniforme para ambos sexos. Para algunos, la decisión última debía ser de los tribunales nacionales puesto que el

efecto constitutivo en el tiempo de la aplicación del art. 119 del Tratado así lo impone. Para otros, había que trasladar el alcance pleno de la Sentencia Barber al 1 enero 83, fecha establecida por el art. 8.1 de la Directiva 86/378/CEE para lograr la igualdad en el ámbito de la protección social complementaria. La solución no se halla, sin embargo, exenta de polémica. O bien se concede a los hombres las mismas ventajas de que disfrutaban las mujeres o bien se retrasa la edad de estas últimas para lograr su equiparación con la de aquéllos. En este último caso se verían seriamente dañadas las expectativas de derecho generadas en la protección complementaria. En aquél se impone una actuación inmediata pues, de lo contrario, si se adoptan fórmulas de carácter progresivo se estarían permitiendo situaciones, siquiera transitorias, claramente discriminatorias. Algunos pronunciamientos como el recogido en la Sentencia Smichdt, STJCE 11 agosto 95, C-98/1994 o en la Sentencia Ballestra, STJCE 30 enero 97, C-204/90, han tenido que enfrentarse a estas reticencias.

La decisión del TJCE se muestra, sin embargo, bastante contundente a este respecto. Desde la fecha de la sentencia hasta la fecha en que la empresa adopta una determinación sobre este punto, los derechos de los trabajadores masculinos deberán ser calculados en función de la edad de jubilación de las trabajadoras. No cabe justificación alguna para incumplir esta obligación. Ni siquiera las dificultades económicas de la empresa. Tan sólo los derechos consolidados quedan fuera de esta consideración, pues si, por ejemplo, un trabajador cesa antes de cumplir la edad de jubilación pero accede a la misma con posterioridad al 17 mayo 90 —fecha de efectos de la Sentencia Barber— le será de aplicación la decisión adoptada por el empresario para lograr la equiparación de derechos entre ambos sexos (Sentencia Moroni, STJCE 14 diciembre 93, C-110/91).

No cabe si no concluir que, tras la Sentencia Barber, el art. 119 del Tratado se opone a

que un empresario retrase la edad de jubilación de las mujeres hasta equipararla con la de los hombres en lo relativo a los períodos de empleos comprendidos entre el 17 mayo 90 y la fecha de entrada en vigor de la norma que imponga una edad de jubilación uniforme. Durante dichos períodos intermedios, el restablecimiento de una situación de igualdad no puede hacerse si no es por un medio que suponga aplicar a los trabajadores el mismo régimen del que disfrutaban las trabajadoras. De esta forma se garantiza que la igualdad se restablece utilizando para el grupo desfavorecido el mismo régimen del que se beneficiaban el resto de trabajadores o trabajadoras (Sentencia Nimz, STJCE 7 febrero 91, C-184/89 o Sentencia Coloroll, STJCE 28 septiembre 94, C-200/91). Por el contrario, para los períodos de empleo posteriores a la fecha de entrada en vigor de las medidas igualitarias, el art. 119 no impide que se aumente la edad de jubilación de las mujeres para equipararla a la de los hombres. Y en cuanto a los períodos de empleo anteriores al 17 mayo 90, el derecho comunitario no exige justificación alguna para impedir la adopción de medidas tendentes a disminuir *a posteriori* las ventajas de las que han venido disfrutando las trabajadoras frente a los trabajadores o viceversa (Sentencia Van den Akker, STJCE 28 septiembre 94, C-28/93).

Bien es cierto que, tras la Sentencia Barber y para los períodos posteriores, parece evidente que los regímenes de los trabajadores por cuenta ajena deberán garantizar el principio de igualdad en lo que se refiere a la edad de concesión de la pensión de vejez o jubilación. Se prohíbe, pues, la fijación de un requisito de edad distinto según el sexo para las pensiones pagadas en el marco de un plan profesional convencionalmente excluido del régimen general, incluso aunque la diferencia entre las edades de jubilación de hombres y mujeres corresponda a la prevista en el régimen legal de jubilación. Consideración que el TJCE terminará extendiendo a otras prestaciones como las de supervivencia e incluso al régimen de cotización de empresarios y trabajadores

(Sentencia Moroni, STJCE 14 diciembre 93, C-110/91).

6. Una decisión como la adoptada en la Sentencia Barber tenía que provocar, necesariamente, reformas legislativas más sustanciales que la adopción del Protocolo núm. 2 del art. 119 del Tratado, antes aludido. La aprobación de la Directiva 96/97/CEE, 20 diciembre 96 (DOL46, 17 febrero 97) —o Directiva «post-Barber»— es buena muestra de ello. De alguna forma, esta pretensión por parte de los Tribunales de ampliar el campo de aplicación de la Directiva 75/177/CEE prácticamente sin límite y de reducir considerablemente el campo de actuación de la 86/378/CEE ha condicionado la aparición de la Directiva 96/97/CEE. Reconociendo la existencia aún de edades diferentes de jubilación, esta última introduce algunos mecanismos correctores para que edades de jubilación diferentes no provoquen efectos discriminatorios por razón de sexo. Se admite, de esta forma, el establecimiento de niveles distintos para las cotizaciones de los trabajadores en el caso de regímenes de cotización definida, si lo que se pretende es igualar o aproximar los importes de las prestaciones de pensión para ambos sexos y, en el caso de regímenes de prestaciones definidas financiadas por capitalización, cuando las cotizaciones patronales estén destinadas a completar la asignación financiera indispensable para cubrir los costes de dichas prestaciones definidas (art. 6.1.i de la Directiva 86/378/CEE en la redacción introducida por la Directiva 96/97/CEE). Y también se admiten niveles diferentes para las prestaciones «salvo en la medida necesaria para tener en cuenta elementos de cálculo actuarial que sean diferentes según el sexo en el caso de los regímenes de cotización definida» (nuevo art. 6.h Directiva 86/378/CEE tras la reforma llevada a cabo por la Directiva 96/97/CEE). En el caso de regímenes de prestación definida, financiadas por capitalización, ciertos elementos (la conversión en capital de una parte de una pensión periódica; la transferencia de los derechos a pensión; una pensión de supervivencia pagadera a un derecho

habiente a cambio de la renuncia a una parte de la pensión, una pensión reducida cuando el trabajador opte por la jubilación anticipada, etc) pueden ser desiguales en la medida en que la desigualdad de los importes se deba a las consecuencias de la utilización de factores actuariales diferentes según el sexo en el momento de la puesta en práctica de la financiación del régimen. La Directiva recoge, no obstante, algunas salvedades a la aplicación del principio de igualdad. Así ha de considerarse la disposición introducida como art. 9 bis en la Directiva 86/378/CEE tras la modificación impuesta por la Directiva 96/97/CEE y, en virtud de la cual, «el hecho de que hombres y mujeres puedan exigir una edad de jubilación flexible según las mismas condiciones no deberá considerarse incompatible con la presente Directiva». O cuando la misma dispone que «un empresario conceda a personas que ya hayan alcanzado la edad de jubilación para la obtención de una pensión con arreglo a un régimen profesional, pero que aun no hubieran alcanzado la edad de jubilación para la obtención de una pensión de jubilación legal, un complemento de pensión con objeto de igualar o acercarse al importe de las prestaciones globales con relación a las personas del sexo opuesto en la misma situación que hubieren ya alcanzado la edad de la jubilación legal, hasta que los beneficiarios del complemento alcancen la edad de jubilación legal» (art. 2.3 Directiva 86/378/CEE en la redacción introducida por la Directiva 96/97/CEE).

Mención especial merece, para concluir, la Directiva 98/49/CEE, 29 junio (DOL 209/46, 25 julio 98) relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad. Aunque su planteamiento se aleja del estricto principio de la igualdad, contiene algunos preceptos que refuerzan este último. Así ocurre cuando señala que los Estados han de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar a los afiliados para los que hayan dejado de abonarse cotizaciones a un régimen complemen-

tario de pensión como consecuencia de un desplazamiento de un Estado miembro a otro el mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos en un nivel comparable al nivel del que se benefician los afiliados respecto de los cuales se deje de cotizar pero que permanecen en el Estado miembro (art. 4). Se trata de garantizar también aquí que la libre circulación de trabajadores no perturba los derechos adquiridos o en curso de adquisición en estos regímenes complementarios de pensión.

7. Todo este cúmulo de decisiones servirá para que, en la actualidad, existan, al menos, tres conceptos desarrollados en el ámbito del derecho comunitario, el de salario, el de régimen profesional y el principio de igualdad aplicable a esta materia. En relación al primero, decisiones como las expuestas obligan a conformar una noción amplia a efectos de la aplicación del art. 119 del Tratado, comprendiendo dentro del mismo todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aun indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, incluso aunque las prestaciones hayan sido abonadas tras la extinción de la misma. Paridad que se extiende a cualquier concepto económico y, por ende, a los estrictamente salariales, a los indemnizatorios y a los que contribuyen a crear prestaciones sociales. Siendo el efecto de estas decisiones común para todas las prestaciones pagadoras a través de un régimen profesional complementario.

En relación al segundo, su definición se encuentra en la actualidad mucho más elaborada si se tiene en cuenta el art. 2 de la Directiva 86/378/CEE y su redacción tras la reforma de la misma por la Directiva 96/97/CEE. Se trata de regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE y siempre que su finalidad sea la de proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónoma, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes le-

gales de Seguridad Social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuera obligatoria como si fuera facultativa. De esta consideración han de ser excluidos, *ex art. 2.e)* de la nueva Directiva 86/378/CEE, «los regímenes profesionales en la medida en que las prestaciones se financien a partir de las contribuciones abonadas por los trabajadores con carácter voluntario». También en la exclusión se ha producido una reforma significativa, expulsando de la aplicación de esta Directiva algunas parcelas de sumo interés. En su redacción originaria el art. 2.2 de la Directiva 86/378/CEE excluía a los contratos individuales, a los regímenes de un solo miembro, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, a los contratos de seguro en que no participe el empresario y a las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales que se ofrezcan individualmente a los participantes con el fin de garantizarles bien las prestaciones complementarias, bien la elección de la fecha inicial de percepción de las prestaciones normales o la elección entre varias prestaciones. Hoy, tras su reforma, la exclusión se limita a los contratos individuales o a los regímenes de los trabajadores autónomos, a los contratos de seguro y a las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales en los términos anteriores, habiéndose añadido el apartado e) antes relacionado. Por lo que se refiere al principio de igualdad, la Sentencia Defreyne que se comenta es buena prueba de que aún sigue existiendo dificultad en su aplicación, especialmente en aquellos países que han mantenido el acceso a la pensión de jubilación a una edad diferente durante más tiempo.

2. UNA NUEVA RECLAMACIÓN SOBRE UNA VIEJA CUESTIÓN: LA SOCIEDAD ANÓNIMA BELGA DE EXPLOTACIÓN DE LA NAVEGACIÓN AEREA (SABENA) Y SUS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS

1. La Sentencia Defreyne resuelve tres cuestiones prejudiciales planteadas por los

tribunales belgas sobre dos normas: el Protocolo núm. 2 relativo al art. 119 del Tratado y el art. 5 de la Directiva 76/207/CEE, 9 febrero (DOL 39, 14 febrero 76) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La demandante, Marthe Defreyne, comienza a prestar servicios para la compañía Sabena en junio de 1960, solicitando en noviembre de 1984 su incorporación al régimen de prestaciones complementarias de la empresa. Dicha petición, aceptada por la empresa con un preaviso de dos años (hasta diciembre de 1986), comenzaría a hacerse efectiva en enero de 1987 y hasta noviembre de 1991, fecha en la que la actora cumpliría la edad de jubilación (60 años). El compromiso de la empresa se limita a complementar la prestación por desempleo de la trabajadora hasta alcanzar entre ambas el 82% de la retribución neta del mes anterior a la fecha en que la prejubilación debe surtir efecto. Se entiende por prejubilación, a estos efectos, el período comprendido entre la extinción de la relación laboral y el cumplimiento de la edad de jubilación.

En Bélgica, primero un Convenio Colectivo (el Convenio Colectivo núm. 17 de 19 diciembre 74, celebrado en el seno del Consejo Nacional de Trabajo) y después una ley (el RD 16 enero 75), crearían un régimen de prestaciones complementarias en favor de los trabajadores de edad igual o superior a 60 años que, siendo despedidos, aún no hubieran cumplido la edad de jubilación, correspondiendo su abono al último empresario para el que prestaran sus servicios. Dicho precepto prevé asimismo la posibilidad de celebrar, por sectores de actividad, Convenios Colectivos de trabajo que extiendan el régimen establecido a los trabajadores de 55 años o más. El 23 mayo 84 se celebró uno de estos Convenios en el seno de la compañía Sabena a fin de responder a las situaciones de infraempleo derivadas de la evolución de las técnicas laborales específicas del sector de la aviación comercial. A través del mismo se extiende el

régimen de prestaciones complementarias a los trabajadores mayores de 55 años despedidos con su conformidad. La indemnización pactada se seguirá percibiendo hasta el mes en que cumplan 65 años, si se trata de un hombre, o 60 años, si se trata de una mujer. En aplicación del mencionado acuerdo, Sabena concede a los trabajadores que cuentan con 25 años de antigüedad una indemnización complementaria que asciende al 82% de la remuneración neta del último mes anterior a la fecha en que el despido surte efecto. Conviene tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 144 del RD 28 diciembre 63 (modificado en noviembre 91) sobre trabajo y desempleo, los desempleados dejan de tener derecho a las prestaciones por desempleo a partir del primer día del mes civil siguiente a aquel en que cumplen 65 años, en el caso de los hombres, o 60 años si se trata de mujeres. Se trata de una normativa que aún no se ha adaptado a la Ley 20 julio 90 por la que se establece una edad flexible de jubilación entre 60 y 65 años tanto para los hombres como para las mujeres. Por otra parte, también el mencionado art. 17 del Convenio Colectivo prevé la posibilidad de celebrar, por sectores de actividad, Convenios Colectivos de trabajo. Y conviene asimismo considerar que la Sentencia Comisión/Bélgica (STJCE 17 febrero 93, C-173/91) en la que el TJCE condenó a Bélgica por la diferencia de trato que excluía a las trabajadoras mayores de 60 años del régimen de las prestaciones complementarias por despido previstas en el art. 17 del Convenio Colectivo núm.17, lo que obligaría al Conseil National du Travail a modificar el art. 4 de dicho Convenio a partir del 17 diciembre 97.

2. Con esta normativa como fondo, Sabena aprueba el Convenio Colectivo de 23 mayo 84 y establece en él la posibilidad de que los trabajadores mayores de 55 años y las trabajadoras mayores de 53 que extingan su contrato por mutuo disenso con la empresa puedan acceder a estas prestaciones complementarias. Dicha prestación se obtendrá, en el caso de las mujeres, hasta los 60 años de

edad y, para los hombres, hasta los 65 años. Hasta que cumplió 60 años (noviembre de 1991), la Sra. Defreyne percibió puntualmente la prestación complementaria ofrecida por la empresa y, a partir de dicha fecha, comenzó a cobrar su pensión de jubilación. Mas a raíz de la STJCE 17 febrero 93 citada, la Sra. Defreyne decide reclamar, en junio de 1993, el abono de dicha prestación hasta los 65 años (noviembre de 1996). Ante la negativa de la empresa a esta petición, la Sra. Defreyne demanda ante el Tribunal de Trabajo que, pese a admitir la demanda a trámite, desestima la reclamación de la Sra. Defreyne, condenándola en costas. La Corte de Trabajo, a la que recurriría con posterioridad la Sra. Defreyne, elevará las cuestiones prejudiciales que se resuelven en esta Sentencia Defreyne, STJCE 13 julio 00, C-166/99, objeto de nuestro análisis. El principal motivo de denegación de la petición de la Sra. Defreyne se basa en considerar que este tipo de prestaciones se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación del Protocolo núm. 2 del art. 119 del Tratado, cuyos efectos se hallan limitados en el tiempo. Al considerar el TJCE acreditado que la trabajadora basa sus peticiones en un período de empleo anterior al 17 mayo 90, rechaza su petición, insistiendo en que también la acción ha sido incoada con posterioridad a dicha fecha.

La Cour du Travail de Bruselas (Bélgica) que ha de resolver la apelación se plantea las siguientes cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si la prestación complementaria de prejubilación, prevista en el Convenio Colectivo núm. 17, que adquirió carácter obligatorio en virtud del RD 16 enero 75 y recogida en el Convenio Colectivo de 23 mayo 84, puede considerarse como una prestación adeudada en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social a la que es aplicable el Protocolo sobre el art. 119 del Tratado; en segundo término, si las disposiciones del Convenio Colectivo núm. 17 y del Convenio Colectivo de 23 mayo 84 son compatibles con el art. 5 de la Directiva 76/207/CEE al excluir a las trabaja-

doras mayores de 60 años del beneficio de la prestación de prejubilación que constituye una prestación complementaria por despido, cuando dicha prestación se garantiza a los trabajadores masculinos hasta la edad de 65 años; y, por último, en el supuesto de que la respuesta a ambas cuestiones fuera afirmativa habría que dilucidar si la aplicación del Protocolo sobre el art. 119 del Tratado se opone a que se estime la acción de la Sra. Defreyne por cuanto ésta se fundamenta en la vulneración del art. 5 Directiva 76/207/CEE. El art. 119 del Tratado define el concepto de retribución, siendo el Protocolo el que fija los efectos temporales de dicha definición cuando el mismo se aplica a las prestaciones de los regímenes profesionales. Por su parte, el art. 5 de la Directiva 76/207/CEE establece la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, lo que implica que se garantice a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. Los Estados están obligados, en virtud de toda esta normativa comunitaria, a adoptar las medidas necesarias para suprimir o anular cuantas disposiciones legales, convencionales o contractuales sean necesarias para la garantía de este derecho a la igualdad de trato.

3. La defensa de las pretensiones manifiesta planteamientos ciertamente distintos. Para la Sra. Defreyne, el Protocolo del art. 119 del Tratado no es aplicable porque lo que ella reivindica es el pago de una prestación complementaria de prejubilación y no de jubilación, única esta última a la que resulta aplicable aquél. Así se deduce de la Sentencia 17 febrero 93 que ha motivado un cambio legislativo que, de lo contrario, no hubiera sido necesario. Tanto la empresa como el gobierno belga mantienen una posición distinta, considerando plenamente aplicable el mencionado Protocolo toda vez que la prestación complementaria de prejubilación reclamada no constituye más que un retribución en el sentido del art. 119 del Tratado y que el régimen

por el que se establece el abono de la misma no es si no un régimen profesional, creado para completar un régimen preexistente de Seguridad Social. Siendo ésta la conclusión que merece ser atendida, a la trabajadora no le corresponde el pago de la misma hasta los 65 años pues el Protocolo limita los efectos temporales del ámbito de aplicación del principio de igualdad. Por lo demás, este último no sólo tiene vigencia sobre las pensiones de jubilación sino que comprende cualquier prestación concedida por un régimen profesional de Seguridad Social, sin diferenciar la naturaleza de las mismas.

El gobierno belga advierte, por su parte, su temor ante una solución distinta pues «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» (apartado 17 de las Conclusiones, Asunto C-166/99). También el gobierno de R.Unido —muy sensible a todas las decisiones que se produzcan sobre esta materia, tal y como ha habido ocasión de comprobar— apoya la posición del gobierno belga. Básicamente por tres razones. En primer lugar, porque la letra del Protocolo no limita su ámbito de actuación a las pensiones de jubilación y el hecho de que el Protocolo no diferencie entre distintas prestaciones significa que ha de ser aplicado a cualquiera que pertenezca a un régimen profesional; en segundo término, porque la prestación solicitada se concede a nivel de empresa y está destinada a complementar las prestaciones básicas del Sistema de Seguridad Social público; por último, porque la prestación que solicita la trabajadora es atribuible a períodos de empleo anteriores al 17 mayo 90 puesto 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. Por lo que respec-

ta a la Comisión, no duda ésta en calificar la cantidad reclamada como prestación. Al resultar aplicable el art. 119 del Tratado, dicha prestación ha de ser satisfecha a los trabajadores masculinos y femeninos en las mismas condiciones, siendo contrario el régimen aplicado a la Sra. Defreyne. En definitiva, el período reclamado por esta última —del 1 diciembre 91, fecha en que cumplió 60 años de edad, al 30 noviembre 96, fecha en que alcanzó los 65 años— no puede ser calificado como período de empleo. Por tal razón, no cabe acudir al Protocolo puesto que las prestaciones reclamadas cubren un período posterior al 17 mayo 90, sobre todo cuando la STJCE 17 febrero 93 no contiene ninguna limitación de sus efectos en el tiempo.

4. La mayor parte de estos argumentos requieren algún matiz en la Conclusiones elaboradas por el Abogado del Estado. Entiende el mismo que para resolver este conflicto, el TJCE ha de emplear argumentos ya esgrimidos en anteriores pronunciamientos, en concreto los empleados en la STJCE 17 febrero 93. A la alegación —utilizada allí y mantenida aquí— de que la prestación reclamada no es más que una prestación de Seguridad Social, indisolublemente unida a una prestación básica del Sistema de Seguridad Social, el TJCE considera que dicha pensión ni es abonada por un régimen de Seguridad Social directamente regulado por ley ni resulta de aplicación obligatoria a todos los trabajadores. Por el contrario, se trata de una prestación creada por Convenio Colectivo a favor de los trabajadores de empresa, destinada a completar las prestaciones del régimen legal y cuyo abono corre a cargo del empresario que la satisface en razón de la relación de trabajo. Siendo, por tanto, un régimen profesional no cabe si no la aplicación del art. 119 del Tratado y del Protocolo núm. 2 que acompaña al mismo. Ya no procede mantener la duda sobre si el Protocolo se aplica únicamente a las pensiones de jubilación o a cualquier pensión que sea devengada por un régimen profesional pues, si bien la Senten-

cia Barber podía conducir a tal confusión, tras la Sentencia Ten Oever (STJCE 6 octubre 93, C-109/81) en la que el TJCE aplicó dicho Protocolo a pensiones de supervivencia, las dudas parecen quedar disipadas sobre este punto. Una referencia que, sin duda, quedó plenamente aclarada con la Sentencia Fisscher (STJCE 28 septiembre 94, C-128/93) al subrayar que «el Protocolo núm. 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» (apartado 49).

Sin embargo, los tribunales nacionales belgas parten de una postura contraria y consideran que la mayoría de los criterios utilizados por el TJCE en las sentencias dictadas para interpretar el Protocolo no resultan aplicables al régimen establecido por el Convenio Colectivo de aplicación a este caso. Estos criterios serían, básicamente, 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 postpone 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. Atendiendo al razonamiento de dichos tribunales: a) la prestación complementaria controvertida carece de vínculo de causalidad con los períodos de empleo anteriores al 17 mayo 90; b) su importe no está en relación con el de las cotizaciones pagadas; c) no existe una disociación temporal entre la constitución del derecho a pensión y el pago efectivo de la prestación; y d) la prestación complementaria no se rige por los mismos mecanismos financieros que las pensiones profesionales.

Pero respecto de todas expone su discrepancia el Abogado del Estado en sus Conclusiones. En relación a la primera porque, aun cuando se admitiera que no existe vínculo de

causalidad entre la prestación complementaria controvertida y los períodos de empleo anteriores al 17 mayo 90, el TJCE interpretó en su Sentencia Coloroll (STJCE 28 septiembre 94, C-200/91) que la limitación de los efectos en el tiempo de la Sentencia Barber tan sólo es aplicable a prestaciones que no están vinculadas a la duración del período efectivo de empleo, si su hecho generador hubiera sobrevenido antes del 17 mayo 90. En el supuesto que nos ocupa, el hecho generador —el despido de la trabajadora— ocurrió antes de dicha fecha. Con referencia a la segunda, tampoco comparte el Abogado del Estado la conclusión pues el montante de la prestación se calcula en función de los años de servicio (1% del último salario bruto por año y en caso de más de 25 años de servicios se garantiza un 82% del total). Precisamente es a lo largo de los años en que se permanece en activo cuando se abonan la mayor parte de las cotizaciones de los regímenes de Seguridad Social tanto legales como profesionales. Discrepancia que se extiende asimismo a la disociación temporal entre el derecho a la prestación y el pago efectivo tampoco se comparte la opinión de los tribunales nacionales. Es cierto que la concesión de dicha prestación no se obtiene con la pensión de jubilación, cuyo derecho se constituye progresivamente a lo largo de toda la carrera profesional y a la que acceden por su edad los trabajadores. Existe disociación temporal al tratarse de una prestación para cuyo disfrute se exige que la relación laboral con la empresa se haya extinguido, como en el caso de la jubilación o del desempleo. Y, por último, es cierto que la prestación complementaria no se rige por los mismos mecanismos financieros que las pensiones profesionales en las que las aportaciones periódicas y los importes futuros que deberán pagarse están vinculados. Pero no se trata de una razón convincente para concluir que no se aplique el Protocolo núm. 2 del art. 119 del Tratado. En opinión el Abogado del Estado «se trata de una prestación que, por la edad que deben tener los beneficiarios, podría denominarse de prejubilación, destinada a completar la pres-

tación 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 art. 9 de la Directiva 86/378/CEE 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 art. 119 no se aplicaba a esa prestación y que habían hecho sus cálculos en consecuencia, a la hora de reducir personal» (apartado 44). Por esa razón, 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 el Convenio Colectivo podría verse seriamente afectado.

Manifiesta asimismo el Abogado del Estado y, por último, sus discrepancias con la Comisión considerando que son precisamente los períodos de empleo los que deben ser posteriores al 17 mayo 90, no los períodos durante los que tiene derecho el beneficiario a percibir sus prestaciones. Sólo cabría plantearse una cuestión adicional. Puesto que la Sra. Defreyn dejó de trabajar en diciembre de 1986 y la compañía Sabena abonó la prestación complementaria hasta noviembre de 1991, seguiría ingresando la cotización para la pensión en el régimen profesional como si el trabajador se hallara en activo. Habría que considerar, por tanto, si el período comprendido entre el 17 mayo 90 y el 30 noviembre 91 es un período de empleo o un período asimilado a efectos de la invocación de la aplicación directa del art. 119 del Tratado. Pero la respuesta ha de ser negativa pues, en virtud del art. 4 del Convenio Colectivo de aplicación, la prestación complementaria sigue siendo abonada por la empresa hasta la edad de jubilación, incluso aunque el trabajador deje de tener derecho a la prestación básica pública porque empieza a trabajar para otra empresa. Así pues, si aun percibiendo esta presta-

ción, el beneficiario puede trabajar para otra empresa, el período no puede ser considerado como de empleo. En relación a las dos últimas cuestiones prejudiciales, el Abogado del Estado subraya cómo ya en la Sentencia Gillespie (STJCE 13 febrero 96, C-342/93), el TJCE consideró que cuando una prestación constituye retribución satisfecha directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo se encuentra comprendida en el art. 119 del Tratado y no en la Directiva 76/207/CEE.

5. Atendiendo a todas estas consideraciones, el TJCE no duda al concluir que «la prestación complementaria controvertida en el procedimiento principal constituye una prestación adeudada en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social en el sentido del Protocolo, de forma que éste es aplicable si concurren los requisitos previstos en el mismo» (apartado 30 de la Sentencia). Según se desprende de los autos, la Sra. Defreyn trabajó para Sabena entre junio de 1960 y diciembre de 1986, abonándole ésta la prestación complementaria objeto de litigio. Por tanto, «es indiscutible que la prestación se pagó en razón de la relación laboral que terminó antes del 17 mayo 90» y puesto que no se discute si la Sra. Defreyn había incoado o no acción alguna ante los tribunales con anterioridad a esta fecha, procede responder que el Protocolo es aplicable a una prestación como la controvertida, complementaria y de prejubilación. Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el TJCE considera necesario recordar que una «indemnización complementaria que, como en el presente caso, constituye una retribución en el sentido del art. 119 del Tratado» no entra dentro del ámbito de aplicación del art. 5 de la Directiva 76/207/CEE que garantiza la aplicación del principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo, no así en la remuneración para la que se prevé, precisamente, el art. 119 del Tratado y sus normas de desarrollo.

3. LA PREJUBILACIÓN Y EL DERECHO COMUNITARIO

1. Constituye el anterior un pronunciamiento importante en esta materia, al menos por dos razones. La primera, porque sirve para confirmar una interpretación amplia del ámbito de aplicación del art. 119 del Tratado si referido a la protección complementaria; y la segunda, porque se contempla con naturaleza propia una prestación, la prejubilación, que encuentra difícil su reconocimiento tanto en las legislaciones nacionales como en el ordenamiento comunitario. En relación al primer apartado es ésta una sentencia que desarrolla perfectamente la evolución del TJCE sobre el particular y deja claro una serie de puntos secuenciales. Respecto de la segunda de las cuestiones aludidas, parece claro que la prejubilación es una prestación con entidad propia, alejada de la consideración de la jubilación —a la que tan próxima se halla— y distinta a la prestación por desempleo —en la que se cobija cuando las legislaciones nacionales se niegan a reconocerla—. No duda el TJCE en admitir que se trata de una «prestación de prejubilación» y que, como tal, constituye no sólo una prestación más de cualquier régimen profesional sino una prestación distinta de la jubilación, de ahí la necesidad de plantear este litigio.

2. La afluencia de este tipo de decisiones ha contagiado al legislador comunitario que, desde los años ochenta, lleva insistiendo en la necesidad de modificar el Reglamento 1408/71 a fin de que se incluya la garantía sobre las prestaciones de prejubilación. Cuentan estas últimas con un elemento en contra importante y es que en algunos Estados miembros no son reconocidas en el régimen básico de Seguridad Social sino en el complementario y, como tales, no se trata de regímenes legales sino convencionales. De ahí la reticencia a modificar un Reglamento que, como el citado, se destina básicamente a garantizar la aplicación de los regímenes de Seguridad Social (básicos) de los trabajado-

res migrantes y de sus familias. Pese a ello el 18 junio 80, el Consejo presentó una primera propuesta de modificación [Propuesta de Reglamento CEE del Consejo modificando a favor de los trabajadores privados de empleo los Reglamentos 1408/71 y 574/72 (DOL 169, 9 julio 80)] en virtud de la cual la prejubilación se definiría como el conjunto de «prestaciones en metálico distintas de una prestación anticipada de vejez, servidas a partir de una edad determinada a un trabajador en paro completo, hasta la edad para la cual puede ser admitido a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada no reducida y cuyo beneficio no se supedita a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente». Atendiendo a esta caracterización las prestaciones de prejubilación: a) son prestaciones económicas; b) no son pensiones de jubilación anticipada, las cuales cuentan con su propio régimen jurídico y están recogidas en el Reglamento 1408/71; c) tampoco son prestaciones por desempleo, que disponen de la misma garantía que las anteriores; d) su percepción no se condiciona —a diferencia del desempleo— a que el trabajador se encuentre a disposición de los servicios de empleo; y e) se abonan a partir de una edad determinada —que varía en cada Estado miembro— hasta la edad en que el interesado pueda acceder a una pensión de jubilación, incluida la anticipada. La disparidad entre los regímenes de los distintos Estados miembros hace difícil adoptar una medida de coordinación sobre este modalidad de protección social que se ha ido imponiendo hasta convertirse en una parte estructural de la misma.

Dificultades que no han logrado que la Comisión acepte sus fracasos iniciales en la materia sino que, bien al contrario, han incentivado más su primigenia intención, presentando más recientemente un proyecto de notable significación [Propuesta de Reglamento CE del Consejo por la que se modifican a favor de titulares de prestación de jubilación anticipada los Reglamentos 1408/71 y 574/72 (DOCEL 62, 1 marzo 96)]. En él se hallan comprendidos los

aspectos más relevantes para garantizar a quienes, siendo considerados prejubilados en un país y queriendo poder beneficiarse de su prestación en otro Estado miembro puedan hacerlo. Con este objetivo, la Propuesta recoge una regulación centrada: a) en la inclusión de una nueva letra en el artículo 1 del Reglamento 1408/71 para que no queden excluidas las disposiciones de normas convencionales que recojan prestaciones de prejubilación; b) en la posibilidad de totalizar los períodos de seguro y empleo a efectos del reconocimiento y cálculo de dichas prestaciones; c) en la garantía respecto a la exportabilidad de las prestaciones cuando el beneficiario decide trasladar su residencia a otro Estado miembro; y, por último, d) en el reconocimiento a los prejubilados de los beneficios —asistencia sanitaria, beneficios sociales, etc— previstos para cualquier pensionista. Las reticencias por parte de algunos Estados todavía son muchas, pero los problemas que restan por resolver son cada vez de mayor dimensión pues aunque la ten-

dencia —loable— sea la de promover la permanencia de los trabajadores en activo más allá de los 65 años de edad, la realidad demuestra que no sólo existen muchos ex-trabajadores en esta situación de prejubilados sino que las empresas europeas (alemanas, holandesas, italianas, francesas y, por qué no reconocerlo, españolas) siguen acudiendo a este recurso para redimensionar sus plantillas. El problema, como reconocen quienes en esta materia argumentan desde la autoridad de su intenso conocimiento, «no es una discusión teórica sin reflejos prácticos» (C. Garcia de Cortazar, «Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de desempleo y prejubilación», *Noticias de la Unión Europea*, núm.157, 1998). Firme en su convicción sobre esta necesidad, la Comisión ha elaborado una nueva Propuesta para atajar viejos reuelos de los Estados miembros (DOC 360/98) cuya aprobación parece cada día más próxima.