

# ARTICULO

# 14

---

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

---

NÚM. 9 • MAYO DE 2002

### DOCTRINA

- Crónica de una cuestión prejudicial: protección por despido de trabajadora embarazada.

### LEGISLACIÓN

- Reglamento (CE) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Modificación parcial del régimen jurídico de las pensiones de viudedad y orfandad en clases pasivas.
- Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en las prestaciones por desempleo, maternidad e incapacidad temporal.

### JURISPRUDENCIA

- Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores.
- Igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- Declaración de inconstitucionalidad del artículo 9.2 del código civil, preferencia de la ley nacional del marido.
- Delito de violación. Amenazas a la víctima. Eficacia de la declaración de la víctima para provocar la condena.
- No limitación en el tiempo del derecho de la esposa a percibir una pensión compensatoria.
- Delito de malos tratos psíquicos habituales, amenazas y tres faltas de injurias leves.

**Boletín de Información  
y Análisis Jurídico**

**Instituto Andaluz de la Mujer**



JUNTA DE ANDALUCIA



# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

### Dirección:

Teresa Jiménez Vilchez

### Coordinación:

Pilar Gutiérrez

### Contenidos:

Área de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Málaga

### Dirección Técnica:

M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer

### Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez

M.<sup>a</sup> Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

### Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Alfonso XII, 52

41002 Sevilla

Tel.: 955 03 49 53

Fax: 955 03 49 56

Puede consultarse "Artículo 14" en:

<http://www.iam.juntadeandalucia.es>

### Diseño:

Pilar Álvarez

### Maquetación:

Magenta, S.L.

### Impreme:

Egondi Artes Gráficas

### Dep. Legal:

SE-2460-01

## Sumario:

### PRESENTACIÓN

Teresa Jiménez Vilchez

*Directora del Instituto Andaluz de la Mujer* .....3

### DOCTRINA

Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001 alcance del efecto directo del artículo 10 de la directiva 92/85/CEE ante el incumplimiento de un Estado miembro.

Manuel Mazuelos Fernández-Figueroa.

*Magistrado, Juzgado de lo Social nº 1 de Granada.* .....4

### LEGISLACIÓN

Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. ....17

Real Decreto 134/2002, de 1 de febrero, por el que se modifica parcialmente el régimen jurídico de las pensiones de viudedad y orfandad en clases pasivas. ....18

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. ....21

### JURISPRUDENCIA TJCE

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (sala sexta), de 9 de octubre de 2001. igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores. ....24

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 29 de noviembre de 2001. igualdad de trato entre hombres y mujeres. ....28

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (sala segunda), de 13 de diciembre de 2001. igualdad de trato entre hombres y mujeres. ....35

### JURISPRUDENCIA TC

Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero de 2002, sobre declaración de inconstitucionalidad del artículo 9.2 del código civil en su redacción de 1974. ....40

### JURISPRUDENCIA TS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 2001. Delito de violación .....48

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2001. Delito de violación, eficacia de la declaración de la víctima para provocar la condena. ....49

### JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de marzo de 2002, sobre limitación en el tiempo del derecho de la esposa a percibir una pensión compensatoria. ....52

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaen, sección segunda, de 18 de enero de 2002. Delito de malos tratos psíquicos habituales, amenazas y tres faltas de injurias leves. ....57

### REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES .....59

### NOTICIAS .....59

## PRESENTACIÓN

**E**l Foro Andaluz por un Reparto Igualitario del Tiempo debate en torno a las transformaciones que tanto en la sociedad como en el mercado de trabajo han afectado a hombres y mujeres, así como sobre la necesidad de modificar los términos y condiciones en que tienen lugar las relaciones entre los mismos, a fin de que el acuerdo conduzca a la redefinición de las relaciones, espacios y tiempos de trabajo.

En las últimas décadas, y en virtud de esfuerzos muy diversos, el impulso para equilibrar la balanza de los géneros ha suscitado un consenso muy amplio. Gracias a él, hoy nos movemos en un triple marco normativo, el europeo, el español y el andaluz, que, además de reconocer la igualdad de hombres y mujeres, ha expresado por muy diversos cauces la necesidad de remover los obstáculos que a lo largo de la historia han ido perpetuando una situación desigual para las mujeres.

En el plano laboral, esta desigualdad ha supuesto que la integración de las mujeres en el mercado de trabajo se haya producido con grandes dificultades, que han hecho que, a pesar del enorme esfuerzo de cualificación y presencia que han protagonizado, ostenten las mayores tasas de paro, de precariedad en el empleo, que sufran discriminación salarial y mayores dificultades de promoción.

A todo lo anterior, se suma el hecho de que la incorporación de las mujeres a la esfera pública se ha producido por acumulación y en detrimento de sus posibilidades de desarrollo y crecimiento como personas, ha provocado un proceso de cambios en el papel de las mujeres en la familia y por otra parte como actoras en la vida pública, que dificulta la conciliación de la vida familiar y laboral.

Es momento de contextualizar el problema y situarlo allí donde se manifiesta de una forma más obvia: en una duplicación de espacios y de tiempos de trabajo que perjudica fundamentalmente a las mujeres y hace patente las grandes desigualdades entre los dos géneros a la hora de compatibilizar las responsabilidades en la esfera pública y privada.

A mayor abundamiento, nos encontramos con medidas legislativas que adolecen de eficaces propuestas para conciliar la vida laboral y familiar, y que no responden a la demanda de las mujeres en el justo equilibrio de su derecho a armonizar un proyecto de vida individual con un, cada vez mayor, protagonismo en el desarrollo social.

Es preciso contar con un marco legal que, entre otras cuestiones, aborde adecuadamente las necesidades horarias y de flexibilización de la jornada laboral que se requieren para compatibilizar las responsabilidades familiares y laborales, a la vez que se proteja de forma efectiva el ejercicio de esos derechos. Así mismo, debe intensificarse el consenso en el ámbito de la negociación colectiva, para conjugar los intereses entre las necesidades de las trabajadoras y trabajadores y las organizativas de la empresa.

El debate del Foro se mantiene abierto durante el año 2002 a través de la página web del Instituto Andaluz de la Mujer y de mesas de trabajo con los agentes sociales, con la finalidad de elaborar un documento marco que sirva como referencia para el desarrollo de acciones que promuevan un reparto igualitario de los tiempos.

**Teresa Jiménez Vílchez**  
*Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*



**CRÓNICA DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL:  
PROTECCIÓN DEL DESPIDO DE LAS MUJERES EMBARAZADAS Y LA SEN-  
TENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2001.  
ALCANCE DEL EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 10 DE LA DIRECTIVA  
92/85/CEE<sup>1</sup> ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE UN ESTADO MIEMBRO.**

MANUEL MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA  
Magistrado. Juzgado de lo Social nº 1 de Granada

**1.- EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y CUESTIONES TRATADAS.**

Por medio de la presente crónica, se pretende resaltar los aspectos más relevantes que, en el ámbito de la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, tuvieron lugar en los autos número 449/99 que sobre despido se siguieron en el Juzgado de lo Social único de Algeciras, en los que se impugnaba por una trabajadora, contra un Ayuntamiento empleador, el despido por ella sufrido pretendiendo "se declare que el despido de la actora se ha producido por discriminación por razón de sexo y es nulo, con nulidad radical; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y cesar de modo inmediato en su actitud discriminatoria readmitiéndole en su puesto de trabajo". Este litigio fue por mí resuelto con sentencia del pasado 28 de enero de 2002, una vez respondidas por el Tribunal de Justicia en sentencia de 4 de octubre de 2001 las cuestiones prejudiciales que le formulé por auto del pasado 10 de noviembre de 1999.

Con la presente crónica no pretendo actualizar anteriores artículos<sup>2</sup>, sino que, con una visión más cercana a la realidad práctica de nuestros juzgados, se trata de, con cita de la referida resolución, exponer al lector el proceso lógico-jurídico seguido para dar respuesta a la demanda formulada por la trabajadora e intentar, al mismo tiempo, dar lugar a reflexión y debate sobre las concretas repercusiones en los justiciables del derecho comunitario, el mecanismo de la cuestión prejudicial previsto en el artículo 234 del TCE y el papel del juez nacional como juez comunitario.

Como el Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones, incumbe a los jueces nacionales asegurar la protección de los derechos de los particulares cuando exista una violación por las autoridades nacionales de la norma comunitaria. Esta norma, en el ámbito que se comenta, establece para las trabajadoras madres una doble tutela de los derechos vinculados a la relación laboral. Una protección de alcance más general derivada de la prohibición de las discriminaciones por razón de sexo, establecida por la Directiva 76/207, y otra más específica reconocida por la Directiva 92/85, cuyo artículo 10 prevé la prohibición de despido de dichas trabajadoras.

Como se concluye en la sentencia dictada el 28 de enero de 2002, estas exigencias específicas y especiales que imponen el artículo 10 de la Directiva 92/85, no pueden considerarse atendidas con los principios y previsiones generales que nuestro ordenamiento preveían en la fecha de la extinción de la relación laboral (artículo 14 de la Constitución, 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 d) de la Ley de Procedimiento Laboral), constatándose así que el legislador español no tomó las medidas necesarias para atenerse al artículo 10 de la Directiva desde 1994 hasta la adopción de la Ley 39/1999 a finales de 1999, incumpliendo sus obligaciones derivadas del Tratado de la Comunidad Europea y privando así nuestro ordenamiento jurídico a la trabajadora despedida, de la protección particular, especial y específica que el artículo 10 de la Directiva imponía adoptar a los Estados Miembros antes del 19 de octubre de 1994.

Se trata con esta sentencia de extraer las consecuencias en derecho del principio de la eficacia directa de una disposición de una directiva una vez ha transcurrido el plazo concedido al Estado miembro para su trasposición y no se ha efectuado actividad de desarrollo alguno.

Junto a ello se analiza la aplicabilidad del artículo 10 de la Directiva 92/85 durante la vigencia de un contrato de trabajo de

<sup>1</sup> El presente artículo apareció publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 520 de 14 de febrero de 2002.

<sup>2</sup> Dictada por la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-438/99, María Luisa Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento de Los Barrios.

<sup>3</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

<sup>4</sup> Concretamente el artículo por mí publicado en la "Revista de Derecho Social" nº7, julio-septiembre de 1999 con el título de "La prohibición de despido de la trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992" -Editorial Bomarzo-

## DOCTRINA

duración determinada, y no la aplicabilidad de esta disposición en los supuestos de falta de renovación de un contrato de este tipo, pues la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede equipararse a un despido, recordándose que sin embargo, pueden aplicarse al respecto las disposiciones de la Directiva 76/207, al poderse considerar como una negativa de contratación, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada y aplicar entonces la jurisprudencia comunitaria que concluye que una negativa de contratación de una trabajadora debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

La situación de hecho que había de ser objeto de respuesta judicial, se concretaba a los siguientes extremos:

1. La actora comenzó a para prestar servicios por cuenta ajena y bajo dependencia de la demandada, el 3 de Junio de 1.998 y para desempeñar los trabajos y funciones propios de la categoría profesional de asistenta domiciliaria, con una jornada laboral de 20 horas semanales y centro de trabajo en el municipio de L.B., Campo de Gibraltar (Cádiz), habiendo comunicado la actora a sus superiores su embarazo en fecha anterior al 3 de junio de 1999, si bien no consta la fecha exacta de ello ni el tiempo de gestación cuando esto aconteció, aunque habiendo nacido el hijo de la actora el 16 de septiembre de 1999, el embarazo debió tener lugar en enero del mismo año.
2. La relación laboral y la retribución salarial estaba regulada por el Convenio Colectivo de empleados públicos municipales, concretándose el salario de la actora en la cantidad total de 72.269 pesetas que más 6.219 pesetas de parte proporcional de pagas extras, hace un salario a efectos de despido de 2.538 pesetas día.
3. El primero de los contratos de trabajo que la actora celebró con el Ayuntamiento demandado fue un contrato a tiempo parcial de duración determinada "para la realización de tareas de cuidado y atención de jubilados sin familia durante la temporada estival de verano de 1998... con duración desde el 3 de junio de 1998 al 2 de septiembre de 1998", contrato que fue prorrogado en dos ocasiones hasta el 2 de diciembre de 1998.
4. Sin solución de continuidad se celebra el 3 de diciembre de 1998 nuevo contrato a tiempo parcial de duración determinada "para la ayuda en la limpieza y cuidados de niños en edad escolar durante las vacaciones escolares de diciembre/enero 98/99 para familias con dificultades económicas para su propio cuidado.. con duración desde el 3 de diciembre de 1998 hasta..." no constando en este contrato fijada la fecha de finalización, si bien se le comunicó a la actora el 14 de enero de 1999 que "de acuerdo con los términos previstos en su contrato, este finaliza el próximo 2 de febrero de 1999".
5. De nuevo sin solución de continuidad, la actora firma nuevo contrato de trabajo el 3 de febrero de 1999 a tiempo parcial de duración determinada para obra o servicio determinado, constando en el mismo que su objeto es "la realización de tareas de ayuda teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. Cuidado y asistencia a domicilio de niños con dificultades para su desplazamiento al Colegio, durante el Curso Escolar 1.998/99" y su duración concreta desde el 3 de febrero de 1999 hasta "...", no volviendo a constar en el contrato la fecha de finalización (aunque es evidente que el calendario del curso escolar está prefijado), si bien se le comunicó a la actora el 14 de Abril de 1999 que "de acuerdo con los términos previstos en su contrato, este finaliza el próximo 2 de mayo de 1999".
6. Por cuarta vez y de nuevo sin solución de continuidad la actora firma el 3 de Mayo de 1.999 contrato a tiempo parcial de duración determinada para obra y servicio determinado, siendo el objeto del mismo "la realización de la obra o servicio "ayuda domiciliaria de familias numerosas con dificultades para la atención escolar de sus hijos en edad preescolar, para su desplazamiento a los Colegios Públicos de su localidad, durante el Curso Escolar 1998/99, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa", pactándose su duración concreta desde el 3 de mayo de 1999 hasta "...", no volviendo a constar en el contrato la fecha de finalización, aunque el calendario del curso escolar está prefijado, si bien se le comunicó a la actora en mayo de 1999 que "de acuerdo con los términos previstos en su contrato, este finaliza el próximo 2 de junio de 1999", considerándose entonces la actora despedida con infracción del principio de no discriminación, dándose así lugar al litigio que ahora nos ocupa.
7. La contratación de la actora por el Ayuntamiento se enmarcaba en un convenio suscrito entre este Ayuntamiento y la



## DOCTRINA

Excma. Diputación de Cádiz desde 1995 para el desarrollo, financiación y funcionamiento de los Servicios sociales Comunitarios con financiación y cuantía anual variable, en el ámbito de la ayuda a domicilio para atender a niños, ancianos o minusválidos, aunque el convenio recoge otros aspectos como el de prevención-reinserción, familia-convivencia y cooperación social, admitiendo la Concejal de Servicios Sociales en el acto del juicio en prueba testifical que la actora "sólo ha trabajado con ancianos" desde que trabajó para el Ayuntamiento demandado.

8. En el informe de vida laboral de la Sra. Jiménez Melgar constaban desde 1995, cinco contrataciones con la Diputación Provincial (la última desde el 6 de noviembre de 1996 al 31 de enero de 1997) si bien se desconoce el tipo y el objeto de estas contrataciones.

9. El 3 de junio de 1999 la actora es cesada en su puesto de trabajo, tal y como ya se ha indicado, cuando ya era conocido por el Ayuntamiento empleador el embarazo de la actora, por considerar aquél que existe finalización del contrato de trabajo, remitiéndose escrito a la trabajadora el 12 de mayo de 1999 con el siguiente tenor:

"Mediante el presente escrito ponemos en su conocimiento que, de acuerdo con los términos previstos en su contrato, este finaliza el próximo 2 de Junio de 1.999.

No obstante, durante el transcurso del plazo legal de comunicación del término de su contrato, se le anunciaría la posibilidad, si existiese, de la prórroga o renovación del mismo, debiéndose pasar por nuestras Dependencias de Personal para proceder, en su caso, a la firma de la correspondiente prórroga o renovación antes del próximo día 2 de Junio de 1.999 o bien, hacerse cargo de la liquidación que le correspondiere por la extinción del contrato laboral referido, en cuyo caso su recibo de liquidación y finiquito correspondiente por tal concepto contendrá como claves de abono todos los conceptos salariales devengados, según su contrato, incluida partes proporcionales de pagas extras, ya devengadas, vacaciones, así como los descuentos correspondientes a cuantos cargos legales o paccionados queden acreditados hasta el día de la fecha de terminación de su contrato laboral, viniendo reflejado y detallado todo ello en el recibo de liquidación."

Exactamente el mismo escrito con idéntico tenor, se le entregó a la actora en tres ocasiones para comunicarle el Ayuntamiento la finalización de los contratos de 3 de junio de 1998, 3 de diciembre de 1998 y 3 de febrero de 1999.

10. Por parte de la Concejalía Delegada de Asuntos Sociales del Ayuntamiento demandado se dictó resolución en la que se hizo constar por diligencia lo siguiente:

"Que en la mañana de hoy, día 7 de Junio de 1.999, y siguiendo las instrucciones precisas dadas por la Delegación de Asuntos Sociales, se ha procedido a citar a la trabajadora eventual de este Ilmo. Ayuntamiento, D<sup>a</sup> Maria Luisa Jiménez Melgar, con categoría de Asistente Domiciliaria, a fin de proceder a renovar su relación laboral para con esta Entidad Edilicia mediante la suscripción de un contrato de trabajo, a tiempo parcial, para la cobertura de las vacaciones del personal de su categoría. Contrato que habría de iniciarse con fecha de efecto 3 de Junio actual.

Con fecha de hoy la citada trabajadora ha comparecido en las Dependencias de este Negociado negándose a suscribir contrato alguno, y manifestando que, en cualquier caso, "vendría acompañada de su abogado".

A tal efecto, es de notar que, durante el plazo dado de preaviso de vencimiento del contrato anterior, la citada trabajadora tampoco ha comparecido en estas Dependencias para interesarse por su continuidad o por cualquier otra cuestión relacionada con su relación laboral."

11. El 8 de Junio, la actora remite escrito al Ayuntamiento demandado con el siguiente tenor:

"Que formuló reclamación previa frente a su despido, por escrito de 4 del presente mes y año, en el que figuran mis datos personales.

Que recibo escrito del Dpto. de Personal, Comunicación Interior, sin fecha y de firma ilegible, por el que se me indica que debo personarme en el Ayuntamiento, a firmar próximo contrato de trabajo, con fecha 3 de Junio del actual, al haber finalizado el actual contrato ... debiendo incorporarme al puesto de trabajo.

Que he de indicar mi conformidad con la reincorporación a mi puesto de trabajo.

Y mi disconformidad en el resto del comunicado, ya que mi anterior contrato con esa Administración no quedó extinguido, pues, fue despedida de modo nulo, por discriminación y vulneración de mis derechos fundamentales. Por consiguiente, no estoy conforme de suscribir un nuevo contrato de trabajo, debiendo producirse la incorporación a mi puesto de trabajo, sin formalización del contrato al que se hace referencia en la precitada comunicación."

12. Jamás antes a la actora se le había ofrecido un contrato para la cobertura de vacaciones, no constando la persona concreta que había de sustituir por estar de vacaciones.

13. Por parte del Ayuntamiento demandado se realiza prueba de confesión vía informe cuyo contenido es el siguiente:

"En contestación a su oficio de 7 de Julio de 1.999, ordenado en el procedimiento laboral nº 449/99, merced al cual se interesa la remisión Informe acerca de los convenios suscritos por este Ayuntamiento en materia de Servicios Sociales, procedo a indicarle que:

1.- Este Ilmo. Ayuntamiento tiene suscrito convenio administrativo para el desarrollo, financiación y funcionamiento de los Servicios Sociales Comunitarios. Dicho Convenio viene suscrito con la Excm. Diputación Provincial de Cádiz, desde el ejercicio 1.995.

Su duración es anual y desde entonces se ha venido prorrogando durante cada ejercicio administrativo.

Su financiación es mixta entre esta Entidad Edilicia y la Excm. Diputación Provincial, tal y como se puede adverar en el Protocolo de dicho Convenio que aquí se acompaña.

Su cuantía es variable si bien se significa que en la última anualidad la subvención total de la Diputación Provincial ascendió a 20.308.287 pesetas.

Adjunto acompaño a S.S<sup>a</sup>. la oportuna documentación acreditativa de cuanto se cita".

## **2.- EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.**

Tras la celebración el acto del juicio el 4 de octubre de 1999, acordé de oficio por providencia de 25 de octubre de 1999 el dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal con suspensión del término para dictar sentencia a fin de que formulen alegaciones sobre la procedencia de formular ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 del Tratado CE en interpretación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992. Por auto de 10 de noviembre de 1999, en el Juzgado de lo Social único de Algeciras acordé lo siguiente:

"DECIDO: Formular al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito del artículo 234 CE las siguientes cuestiones prejudiciales en interpretación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992:

1.- El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE ¿es lo suficientemente claro, preciso e incondicional como para que sea susceptible de producir efecto directo?.

2.- El artículo 10 de la Directiva al establecer que "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] [embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia], durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...], salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado", ¿está obligando a los Estados Miembros a regular de forma especial y excepcional cuales pueden ser las causas de despido de una trabajadora que esté embarazada, haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, obligando a introducir en la legislación nacional junto al régimen general de extinción de contrato de trabajo, otro particular, excepcional, más limitado y expreso para aquellos supuestos en que la trabajadora esté embarazada, haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia?

## DOCTRINA

- 3.- ¿Qué repercusión tiene el artículo 10 de la Directiva sobre la no renovación por un empleador de un contrato de trabajo de duración determinada a una mujer que se encuentre embarazada en las mismas circunstancias que las contrataciones precedentes? ¿Afecta el artículo 10 de la Directiva a la protección de la mujer trabajadora embarazada en el ámbito de relaciones laborales temporales?, en su caso, ¿de qué forma, sobre qué parámetros y con qué extensión?
- 4.- Cuando el artículo 10 de la Directiva expresa que el despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia tendrá lugar "en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo", ¿está exigiéndose por la Directiva que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, sólo puede adoptarse a través de un procedimiento especial en el que la autoridad competente correspondiente otorgue su acuerdo previo al despido que por el empleador se demande?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia a tales efectos".

En el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia, el Abogado General Sr. D. Antonio Tizzano, propuso en sus conclusiones al Tribunal de Justicia el 7 de junio de 2001, que se respondieran a estas cuestiones prejudiciales en interpretación de la forma siguiente:

Sobre la base de las conclusiones expuestas, propongo que se responda en los siguientes términos a las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social:

- "1) El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), al establecer que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado, impone una obligación clara, precisa e incondicional, que confiere derechos que los individuos pueden invocar ante el juez nacional.
- 2) El artículo 10, apartado 1, de la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a introducir en la normativa nacional, junto al régimen general de resolución de la relación laboral, otro régimen particular, excepcional, más limitado y específico para los casos en que la trabajadora esté embarazada, haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia.
- 3) La prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 en favor de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia se aplica tanto a las relaciones laborales por tiempo indefinido como a las de duración determinada. En cambio, aun cuando se enmarque en una serie de contratos sucesivos, no puede equipararse de por sí a un despido prohibido por el citado artículo 10 la falta de renovación de un contrato de trabajo temporal que haya llegado al vencimiento previsto, a menos que esté motivada precisamente por el embarazo de la trabajadora; en efecto, en tal caso se produciría una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga, si existe dicha discriminación.
- 4) El artículo 10, apartado 1, de la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a establecer un procedimiento especial mediante el cual la autoridad nacional competente manifieste, en los casos excepcionales permitidos, su propio acuerdo previo al despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia propuesto por el empresario.

Por su parte el Tribunal de Justicia finalmente el 4 de octubre de 2001 dictó la siguiente sentencia:

En virtud de todo lo expuesto, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras mediante auto de 10 de noviembre de 1999, declara:



## DOCTRINA

- 1) El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.
- 2) Al autorizar excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia en casos "excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o [las] prácticas nacionales", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a especificar las causas de despido de dichas trabajadoras.
- 3) Aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- 4) Al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia puede producirse, en circunstancias excepcionales, "en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 ha de ser interpretado en el sentido de que no impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que pueden justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto.

### 3. LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO SOCIAL DE ALGECIRAS UNA VEZ RESPONDIDAS LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

Comunicada al Juzgado por el Tribunal de Justicia la sentencia por él dictada el 4 de octubre de 2001, se dictó finalmente sentencia en el Juzgado de lo Social único de Algeciras con el siguiente fallo:

" Que estimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> M. contra EXCMO AYUNTAMIENTO DEMANDADO, el despido de la actora el 2 de junio de 1999 ha de ser declarado nulo, al haberse privado a la Sra. Melgar por nuestro ordenamiento de la protección particular, especial y específica que en el artículo 10 de la Directiva imponía a los Estados Miembros para adaptar sus ordenamientos internos antes del 19 de octubre de 1994 y haberse incurrido por la demandada en discriminación directa por razón de sexo, condenando a la parte demandada a que proceda a la inmediata readmisión de la actora en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido el 2 de junio de 1999 hasta su obligada readmisión a razón de 2.538 pts diarias, en una relación laboral indefinida con la categoría de asistenta domiciliaria, jornada de 20 horas semanales, con objeto de prestar asistencia social a ancianos y jubilados en el municipio de L.B."

En la sentencia recogí la siguiente fundamentación jurídica:

"PRIMERO.- Acreditados los hechos declarados probados mediante las pruebas practicadas en el acto del juicio, el debate planteado por la trabajadora, lo basa en la existencia de una discriminación por razón de sexo, al considerar la trabajadora que su despido tuvo como motivo su situación de estar encinta y que en realidad no existió finalización de contrato, pues entiende que los contratos temporales por ella firmados han de considerarse celebrados en fraude de ley y por tanto su relación laboral ha de calificarse como indefinida conforme al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, considerando así la actora que no existió una injustificada negativa por su parte a la nueva contratación sino una actuación en defensa de sus derechos que considera vulnerados.

## DOCTRINA

SEGUNDO.- Se plantea así una doble vertiente en derecho que afecta tanto a cuestiones de legalidad ordinaria como a cuestiones de derechos fundamentales, debiendo realizar el Juzgador el examen de ambas de menos a más, es decir, comenzando por aquéllas para luego pasar al estudio de las infracciones denunciadas por la trabajadora relativas a una posible discriminación por razón de sexo.

Así de los hechos declarados probados, en lo que respecta a la legalidad ordinaria, se ha de concluir que la empresa demandada ha hecho un uso desviado del haz normativo que preside la contratación laboral que le vincula y con fraude de Ley, aunque prima facie celebró con la actora unos contratos de trabajo para obra o servicio determinados, con amparo legal del artículo 15.1º,a) del Estatuto de los Trabajadores, concertados para la realización de obras o servicios que tenían sustantividad y autonomía propias dentro de la actividad del Ayuntamiento.

TERCERO.- Efectivamente, esta valoración, como consta en las conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizziano, no pudo fijarse en el momento de formular las cuestiones prejudiciales, pues es evidente que ello hubiera supuesto anticipar el sentido del fallo en un trámite inadecuado para ello desde el punto de vista de nuestro derecho orgánico judicial, si bien en el auto de remisión al Tribunal de Justicia se hicieron claras referencias a tal cuestión que llevó incluso a que en las alegaciones del Gobierno Español en el procedimiento prejudicial, por éste se concluyera, con razón, que de los hechos expuestos se habría de concluir que la relación laboral de la actora con el Ayuntamiento demandado no debería ser considerada como temporal o eventual, sino como titular de una relación laboral por tiempo indefinido.

CUARTO.- Son numerosas las circunstancias de la contratación de la Sra. J.M. que obligan a concluir de tal forma:

- aparecen celebrados cuatro contratos sin solución de continuidad;
- falta de coincidencia del objeto pactado (cuidado de niños) con el servicio realmente prestado (cuidado de ancianos);
- falta de coincidencia también en los períodos de duración pactados;
- ausencia de justificación por la que el Ayuntamiento consideró finalizada la relación laboral el 2 de febrero, el 2 de mayo o el 2 de junio "de acuerdo con los términos previstos" cuando nada precisaron los contratos en un servicio que, al menos respecto de los ancianos, dura todo el año, y en los niños habría de extenderse durante todo un curso escolar, en clara actuación arbitraria del Ayuntamiento demandado;
- la imprecisa contratación que se le ofrece por vacaciones;
- y el cambio de contratación entre el tercer y cuarto contrato celebrado, sin que hubiera finalizado el curso escolar como estaba pactado en el tercer contrato, añadiéndose por primera vez en el cuarto contrato que la ayuda domiciliaria que ha de prestar la actora tiene "dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa".

QUINTO.- En definitiva se ha de concluir que por parte del Ayuntamiento demandado se incurrió en un fraude de ley, más censurable aún al ser la empleadora una administración pública, imponiendo a la actora una contratación temporal con objeto irreal y duración ficticia, de forma que, por la patente y flagrante ilegalidad incurrida por la demandada, y en base al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, se ha de considerar indefinida (que no fija) la relación laboral, a partir del 2 de febrero de 1998, fecha en que artificial y arbitrariamente se hace finalizar la relación laboral del primer contrato para hacerlo sustituir por otro no coincidente con los servicios realmente prestados por la actora dentro del programa de Servicios Sociales Comunitarios del Ayuntamiento de Los Barrios, pues, recordemos, la Concejal de Servicios Sociales del Ayuntamiento, en el acto del juicio dejó claro que la actora sólo trabajó con ancianos, constando así la unidad del vínculo laboral establecido entre la demandante y la empresa, que se define por las notas de continuidad en el tiempo y homogeneidad en la actividad laboral desarrollada.

Esta conclusión que no puede verse alterada aunque mediara finiquito o una aparente interrupción (hecho probado nove-no), pues es ya doctrina conocida de nuestro Alto Tribunal, la que concluye que en tales circunstancias la fijeza se mantiene, porque una relación laboral indefinida como sucede con la de autos, manifestada en el marco de una serie de sucesivos y consecutivos contratos temporales, no puede sufrir una ruptura definitiva (cual la pretendida por la empresa demandada) por el mero hecho de sucesivas contrataciones tras la firma de los correspondientes finiquitos (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo, 9 de junio, 4 de julio y 18 de julio de 1988), pues aún cuando se hubiesen producido sucesivas liquidaciones y finiquito al término de cada uno de los contratos "aparece que no existía una voluntad liberatoria y extintiva de la relación laboral" (STS 29 de marzo de 1993) y, en el caso que nos ocupa, además no concurría la finalización de la obra o servicio para la que fue contratada la Sra. J.M., ni había llegado la finalización del término pactado, pues en ninguno de los



## DOCTRINA

contratos de trabajo nada constaba al respecto.

SEXTO.- La extinción producida el 3 de junio de 1999 habría de ser así calificada inicialmente como de despido improcedente y conforme al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, el Ayuntamiento podría optar entre la readmisión del trabajador o la indemnización con abono así mismo de los salarios de tramitación. Sin embargo, ya se anticipó, la cuestión sometida a tutela judicial por la actora contiene así mismo una vertiente relativa a derechos fundamentales, a la infracción de la prohibición de discriminación por razón de sexo que por la parte actora se postula, que, en caso de estimación, daría lugar, como es sabido, a consecuencias diversas a la prevista en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

SÉPTIMO.- Entrando ya en el examen de la alegada vulneración de derechos fundamentales por la parte actora esgrimida, como ya se indicó en el auto de remisión de cuestiones prejudiciales, desde el punto de vista del derecho nacional evidentemente la solución del litigio no ofrece obstáculo alguno al Juzgador. Para ello, se ha de partir de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral que establece que "en aquellos procesos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", acogiendo así correcta y anticipadamente por el legislador español las previsiones de la Directiva 97/80/CE de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que establece la obligación de los Estados Miembros de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo en ella establecido, a más tardar el 1 de enero de 2001.

En el caso que nos ocupa, el Juzgador concluye con claridad que existen indicios de discriminación en la extinción de la cuarta contratación el 2 de junio de 1999, en unos servicios reales de la actora con ancianos que la demandada, en inadmisiblemente planteamiento, pudo concluir que podrían ser atendidos por la actora de forma ineficaz atendido su estado de gestación, que por entonces rondaría ya los seis meses, sin que por la demandada se haya superado las exigencias de prueba (principio de inversión del onus probandi), que legalmente le incumbía para justificar que la arbitraria decisión extintiva que se impugna ha de desconectarse de la discriminación citada, debiéndose por tanto concluir que se ha vulnerado el principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), declarándose en consecuencia la nulidad de la extinción de la relación laboral el pasado 2 de junio de 1999, conforme el número 2 del artículo 108 de la Ley de Procedimiento Laboral y 5 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, al traspasar el empresario indebidamente, en el ejercicio de sus facultades resolutorias el ámbito de la legalidad contra un derecho fundamental (art. 14 CE), produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón de sexo, quedando por tanto abandonado y superados definitivamente los efectos del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores por infracción de la legalidad ordinaria al que antes se hizo referencia, debiéndose proceder a la inmediata readmisión de la trabajadora (artículo 113 de la Ley de Procedimiento Laboral), sin posibilidad por tanto de opción a favor de la empresa y con derecho a percibir los salarios de tramite, con deducción de los periodos de trabajo remunerado si existieren.

OCTAVO.- Sin embargo, el análisis en derecho de la actuación del Ayuntamiento demandado, como se verá, quedaría empobrecido e incompleto, si se limitara la resolución del litigio a la citada motivación conforme a derecho nacional, pues como ha quedado claro de las respuestas a las cuestiones prejudiciales que fueron formuladas, el enfoque que el derecho comunitario aporta a la cuestión, se traduce en consecuencias directas para la litis en todos sus aspectos sucesivos en el tiempo (la extinción de 2 de junio de 1999 y la no renovación del contrato en las mismas condiciones que las pactadas anteriormente). El Abogado General bien se percató de tales implicaciones al referir en sus conclusiones que el Juzgador "quiere disponer de todos los datos útiles para evaluar las posibles implicaciones de sus propias decisiones..".

Así, como primera e inmediata implicación de las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia, el artículo 10 de la Directiva 92/85 produce efecto directo y, como indica el Tribunal de Justicia, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado, pues la obligación de adoptar "las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8", se impone de forma incondicional y se define con claridad y precisión, tanto por lo que se refiere a su objeto (prohibición de despido) como a los sujetos protegidos (las trabajadoras que, a los efectos del artículo 2 de la Directiva y de conformidad con las legislaciones y/o las prácticas nacionales, hayan

## DOCTRINA

informado de su estado al empresario) y al período que ha de tomarse en consideración (la prohibición de despido cubre un período de tiempo que puede determinarse con precisión, partiendo de la fecha en que comienza el embarazo hasta el final del permiso de maternidad a que se refiere el artículo 8, apartado 1).

NOVENO.- En nuestro caso, si bien es cierto que las disposiciones nacionales citadas en el fundamento séptimo contemplan de forma general el principio de no discriminación por razón de sexo y las consecuencias procesales de una discriminación por parte del empleador, el ordenamiento español no se había adaptado a la citada exigencia del artículo 10 de la Directiva 92/85, que como dejó claro el Tribunal de Justicia en las sentencias dictadas en los asuntos Webb (de 14 de julio de 1994, C-32/93) y Brown (de 30 de junio de 1998, C-394/96), lo que se pone de manifiesto es que la Directiva "ha previsto [...] una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad" y, por otro, se destaca el carácter incondicional del artículo 10, que "no ha previsto ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta durante dicho período, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada"

En definitiva la norma comunitaria establece para las trabajadoras madres una doble tutela de los derechos vinculados a la relación laboral. Una protección de alcance más general derivada de la prohibición de las discriminaciones por razón de sexo, establecida por la Directiva 76/207, en la que se encuadra las previsiones del artículo 14 de la Constitución, 55.5 del *Estatuto de los Trabajadores* y 108.2 d) de la *Ley de Procedimiento Laboral*, en la redacción que existía antes de la reforma en tales preceptos operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, cuyas reformas están en vigor desde el 7 de noviembre de 1999.

Junto a esta protección general existe otra más específica reconocida por la Directiva 92/85, cuyo artículo 10 prevé la prohibición de despido de dichas trabajadoras, despido que, como ha aclarado el Tribunal de Justicia, en la medida en que sólo puede afectar a las mujeres, cuando sea motivado por el embarazo o por una razón basado únicamente en dicho estado, constituye una discriminación directa basada en el sexo y es contrario a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (sentencia Brown).

DÉCIMO.- Estas exigencias específicas que impone el artículo 10 de la Directiva 92/85, no pueden considerarse atendidas con los principios y previsiones generales que nuestro ordenamiento preveía en la fecha de la extinción de la relación laboral.

Como el Abogado General Sr. Tizzano recoge en el punto 30 de sus conclusiones, en el caso de autos la cuestión del efecto directo del artículo 10 puede adquirir relevancia propia debido a que la adaptación del Derecho interno a la Directiva se produjo con retraso y fue incompleta, ya que, como se ha señalado anteriormente, la legislación vigente en España en el momento en que se produjeron los hechos, a pesar de ser, en principio, conforme con el objetivo perseguido por la Directiva 92/85, estaba formulada en términos más generales que las disposiciones de esta última. El legislador español no tomó las medidas necesarias para atenerse a la Directiva hasta la adopción de la Ley 39/1999 para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, antes citada, y, además, lo hizo en una forma que, según el órgano jurisdiccional nacional, no puede considerarse con certeza como plenamente conforme con el tenor literal de la Directiva, pues, aún cuando no corresponde valorar en el presente litigio si la reforma supone o no la adaptación completa a las previsiones del artículo 10 de la Directiva, sí puede dejarse al menos apuntado que aunque desde el punto de vista de las exigencias de fondo, se podría, por vía de interpretación, concluir que la reforma operada por esta Ley de Conciliación, ha realizado una transposición implícita de la prohibición de despido, parece que la iniciativa del legislador debió aprovechar la ocasión para hacer una explícita y clara formulación de las previsiones del artículo 10 de la Directiva en nuestro Estatuto de los Trabajadores, que como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia de 4 de octubre de 2001, impone de forma incondicional y define con claridad y precisión la obligación de los Estados miembros, tanto por lo que se refiere a su objeto (prohibición de despido) como a los sujetos protegidos y al período que ha de tomarse en consideración.

El incumplimiento del legislador español de su obligación de recoger esa protección particular para la mujer -(la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad, antes del 19 de octubre de 1994)- ya fue señalado por la doctrina y queda evidenciado en la propia exposición de motivos



## DOCTRINA

de la Ley 39/1999 para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, en la que con suma claridad el legislador reconoce que "mediante la presente Ley se completa la transposición a la legislación española" de las directivas comunitarias.

En el supuesto sometido a este Juzgado, la citada falta de adaptación de nuestro Derecho interno a estas exigencias, constituye el presupuesto para que conforme a la teoría del efecto directo, reconocido por el Tribunal de Justicia al artículo 10 de la Directiva 92/85, se confiera a la actora derechos que puede invocar ante este Juzgado contra el Ayuntamiento demandado, al encontrarnos en el ámbito de una relación vertical (sentencia "Marshall contra Southampton and South?West Hampshire Area Health Authority Teaching" ?C152/84?, de 26 de febrero de 1986) y que este órgano jurisdiccional debe tutelar.

En consecuencia, se ha de concluir que el despido de la actora el 2 de junio de 1999 ha de ser declarado nulo, al haberse privado a la Sra. J.M. por nuestro ordenamiento de la protección particular, especial y específica que la Directiva imponía a los Estados Miembros antes del 19 de octubre de 1994, nulidad por tanto que es automática y derivada del declarado efecto directo del artículo 10 de la Directiva 92/85, con absoluta y total independencia de las conclusiones que sobre valoración de la prueba se pueda llegar y, por tanto, sin riesgo sobre posibles interpretaciones divergentes en materia del onus probandi de los hechos que acontecieron en el caso que nos ocupa y que fueron anteriormente expuestos, debiéndose por tanto producirse la readmisión inmediata de la actora por aplicación de los artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y 113.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Las oposiciones y reservas sobre la admisibilidad de las cuestiones que formulé ante el Tribunal de Justicia, y que fueron puestas de manifiesto por el Gobierno español, el Gobierno irlandés y la propia Comisión, en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quedan por lo expuesto plenamente disipadas, ante la evidente utilidad en derecho que para la controversia ha tenido la sentencia del Tribunal de Justicia del pasado 4 de octubre de 2001, pues si bien es cierto que, según se anticipó en el auto de remisión y antes se ha reiterado, las previsiones del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Constitución podían haber dado respuesta a la situación de la actora, ello siempre se encontraba condicionado a una valoración de los medios de prueba aportados por las partes, con los riesgos evidentes que en derecho puede traducirse del resultado de esa libre apreciación.

No se olvide y ello es esencial mentarlo, que la función de los jueces nacionales como jueces comunitarios ha venido a enriquecer su tradicional configuración, de forma que cualquier juez nacional de cualquier orden jurisdiccional puede y debe controlar la sumisión del derecho interno de cualquier rango al sistema jurídico instaurado por los Tratados constitutivos, poniendo de manifiesto y detectando, por vía de la doctrina del efecto directo de las directivas, incumplimientos del Estado miembro respecto de las obligaciones que en ellas se contemplan, pues la descentralizada ejecución del derecho comunitario y su correspondiente control jurisdiccional por los jueces internos, supone que normalmente incumbe a los tribunales internos el asegurar la protección directa y efectiva de los derechos de los particulares que son víctimas de un perjuicio, resultante de la violación por las autoridades nacionales de las normas comunitarias.

Es en el ámbito del ejercicio de esta función en el que antes se procedió de oficio a iniciar el trámite del artículo 234 del TCE y en el que ahora se realiza la declaración antes expuesta constatando el incumplimiento del legislador español por la falta de adaptación de nuestro Derecho interno a las citadas exigencias específicas del artículo 10 de la Directiva, como presupuesto para que entre en juego el efecto directo reconocido por el Tribunal de Justicia al artículo 10 de la Directiva 92/85. Este incumplimiento determina que se privara a la Sra. J.M. por nuestro ordenamiento, de la protección particular, especial y específica que la Directiva imponía a los Estados Miembros adoptar antes del 19 de octubre de 1994, dando lugar a unas consecuencias jurídicas automáticas que suponen una muy diferente respuesta, más cualificada, objetiva y, en fin, más garantista de la finalidad perseguida por la Directiva, que las derivadas de la mera valoración de los medios de prueba presentados ante el Juzgador por las partes en el acto del juicio, modo éste de finalización del litigio que, como recogió el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, quizás hubiera sido el camino más sencillo y más rápido, pero que, aparte de afectar a algo tan fundamental como el deber del juez nacional de ser juez de derecho comunitario, hubiera además privado a la actora del reconocimiento y de la obligatoria protección especial de su derecho fundamental a no ser discriminada, en los términos que se establecen en la norma comunitaria y, en definitiva, se le hubiere limitado así mismo otro derecho fundamental: el de una completa tutela judicial.

## DOCTRINA

Por ello, dado que desde octubre de 1992 a octubre de 1994 se hubo de adoptar en nuestro derecho interno las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad y, la presente sentencia no se dicta hasta comienzos del año 2002, no resulta baladí el preguntarse, a cuantos despidos de trabajadoras embarazadas contratadas por el Estado o la Administración (relaciones verticales), se le hubieren podido anudar las consecuencias expuestas a la luz de la interpretación que del artículo 10 de la Directiva 92/85 se ha señalado por el Tribunal de Justicia y, que por vía del efecto directo de este precepto, hubieran determinado automáticamente la nulidad de esos despidos y el éxito de sus pretensiones, con total independencia de los resultados de la prueba en el ámbito de la general prohibición por discriminación.

UNDÉCIMO.- Puestas así de manifiesto estas reflexiones, el análisis jurídico de las cuestiones que son sometidas a tutela judicial, aún no puede darse por finalizado y resta por referirse como última cuestión, a los efectos que en el procedimiento ha de tener la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la tercera de las cuestiones prejudiciales que le fueron formuladas, relativa a la aplicabilidad del principio prohibición de despido en contratos de duración determinada, pues del resto de las cuestiones (segunda y cuarta) queda aclarado por el Tribunal de Justicia por un lado que, al autorizar excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, en casos "excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o [las] prácticas nacionales", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a especificar las causas de despido de dichas trabajadoras y, por otro lado, que disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia puede producirse, en circunstancias excepcionales, "en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 ha de ser interpretado en el sentido de que no impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que pueden justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto, (sistema de acuerdo previo que sí se establece en Portugal, Grecia y la República Federal Alemana).

DUODÉCIMO.- Como de nuevo bien refiere el Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones, en el ámbito de la tercera cuestión prejudicial que le fue formulada al Tribunal de Justicia, se contienen en realidad dos cuestiones distintas: una, referida a la aplicabilidad del artículo 10 de la Directiva 92/85 durante la vigencia de un contrato de trabajo de duración determinada, y la otra, relativa en cambio a la aplicabilidad de la disposición también en los supuestos de falta de renovación de un contrato de este tipo.

Sobre la primera de estas cuestiones, aplicabilidad del artículo 10 de la Directiva 92/85 a contrato de trabajo de duración determinada, se ha de poner en primer lugar de manifiesto que la cuestión no ha sido pacífica en la doctrina, como se recoge por el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones en el asunto *Tele Danmark/Handels* (C-109/00), que fue resuelto por sentencia del Tribunal de Justicia el 4 de octubre de 2001, el mismo día pues que la dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto J.M.

Efectivamente, en estas conclusiones se deja clara constancia por el Sr. Ruiz-Jarabo del debate doctrinal existente al respecto, citándose por ejemplo los siguiente autores que consideraban que la aplicabilidad del artículo 10 de la Directiva a contratos de duración determinada no resultaría posible: McGlynn, C.M.S.: "Webb v EMO: A Hope for the Future?", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, pp. 50 a 62, especialmente p. 59: "Although the decision in Webb is itself condemnatory of the dismissal of pregnant women, it would appear to leave the issue open to continued argument, particularly in respect of women employed for a fixed term"; Szyszczak, E.: "The Status to be accorded to Motherhood: Case C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd", *The Modern Law Review*, 1995, pp. 860 a 866, especialmente p. 861; Napier, B.: "Webb in Europe", *New Law Journal*, 1994, Vol. 144, p. 1020: "What if there had been a fixed-term contract?"; y *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, p. 413, "On notera que seule l'embauche sous contrat à durée indéterminée est visée par cette solution [...] Il est permis de penser que la solution aurait été différente s'il s'était agi d'un contrat à durée déterminée".

DÉCIMO TERCERO.- El Tribunal de Justicia sin embargo, siguiendo las conclusiones de los Abogados Generales Sr. Tizzano (de 7 de junio de 2001 en el asunto J.M.) y Sr. Ruiz-Jarabo Colomer (de 10 de mayo de 2001 en el asunto *Tele Danmark* contra *Handels*), refiere con claridad en ambos litigios que "a este respecto, es preciso señalar que la Directiva 92/85 no establece distinción alguna respecto al alcance de la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia dependiendo de la duración de la relación laboral de que se trate. Si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de dicha Directiva los contratos de duración determina-



## DOCTRINA

da, que suponen una parte importante de las relaciones laborales, lo habría precisado de forma expresa (sentencia de este mismo día, *Tele Danmark*, C-109/00, apartado 33). Así pues, está claro que la prohibición de despido contenida en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido", sin olvidarse que la prohibición de despido de las trabajadoras madres está además garantizada por la Directiva 76/207, antes citada, que, prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo, incluso por lo que respecta a las condiciones inherentes al despido.

DÉCIMO CUARTO.- Sin embargo, respecto de la aplicabilidad del artículo 10 de la Directiva 92/85 también en los supuestos de falta de renovación de un contrato de duración determinada, el Tribunal de Justicia señala que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede equipararse a un despido y, como tal, no es contraria al artículo 10 de la Directiva 92/85, pues, como precisa el Abogado General en el punto 49 de sus conclusiones, la protección ofrecida por la Directiva 92/85 tiende a garantizar el "mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo" y, por consiguiente, presupone obviamente que el contrato existe, lo que no sucede, evidentemente, si ha vencido. Así pues, si bien es cierto que un contrato de trabajo no puede interrumpirse a causa del estado de maternidad de la trabajadora, no puede decirse lo mismo en el caso en que el contrato haya cesado como consecuencia de su expiración natural. En tal caso, el artículo 10 de la Directiva no puede tener relevancia alguna.

Aunque el artículo 10 de la Directiva 92/85 no puede aplicarse al caso de la falta de renovación de un contrato temporal, pueden sin embargo aplicarse al respecto las disposiciones de la Directiva 76/207, al poderse considerar una negativa de contratación, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada, aplicando entonces la jurisprudencia comunitaria que concluye que una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207, como el Tribunal de Justicia señaló en las sentencias *Dekker* de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, apartado 12, y *Mahlburg* de 8 de febrero de 2000, C-207/98, apartado 20, que si bien se referían a casos de contratación por tiempo indefinido, ahora son citadas por el Tribunal de Justicia en el ámbito de falta de renovación de anteriores contratos de duración determinada.

DÉCIMO QUINTO.- Conforme a estas pautas de interpretación, se ha de finalizar ya por valorar si la falta de renovación de los contratos de trabajo que hasta el 2 de junio de 1999, se venían ofreciendo a la actora, en una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora, constituyendo una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva 76/207.

De la motivación contenida en el fundamento jurídico séptimo, de plena aplicación de nuevo ahora a la alteración que se pretendió de la demandada para la renovación de la contratación de la actora a partir del 3 de junio de 1999, ofreciéndole un contrato de sustitución por vacaciones, de mayor precariedad que los anteriores, para realizar las mismas funciones que hasta entonces venía desempeñando, además del absurdo de realizar labores que ya realizaba, sustituyéndose a sí misma, obviamente sin estar de vacaciones, determinaría la conclusión que la pretendida alteración, en merma de garantías de las ya anómalas condiciones laborales previas de la actora, tuvo su motivación en el embarazo de la actora, constituyendo una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva 76/207 y el artículo 14 de la Constitución."

En definitiva, de todo lo expuesto, se resumía en el último fundamento jurídico las siguientes consideraciones:

"1.- La norma comunitaria establece para las trabajadoras madres una doble tutela de los derechos vinculados a la relación laboral: una protección de alcance más general derivada de la prohibición de las discriminaciones por razón de sexo, establecida por la Directiva 76/207; y otra más específica reconocida por la Directiva 92/85, cuyo artículo 10 prevé la prohibición de despido de dichas trabajadoras.

Estas exigencias específicas y especiales que imponen el artículo 10 de la Directiva 92/85, no pueden considerarse atendidas con los principios y previsiones generales que nuestro ordenamiento preveían en la fecha de la extinción de la relación laboral (artículo 14 de la Constitución, 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 d) de la Ley de Procedimiento Laboral). El legislador español no tomó las medidas necesarias para atenerse a las exigencias del artículo 10 de la Directiva desde 1994 hasta la adopción de la Ley 39/1999, incumpliendo así sus obligaciones derivadas del Tratado de la Comunidad Europea.

## DOCTRINA

2.- El despido de la actora el 2 de junio de 1999 ha de ser declarado nulo, al haberse privado a la Sra. J.M. por nuestro ordenamiento de la protección particular, especial y específica que el artículo 10 de la Directiva imponía adoptar a los Estados Miembros antes del 19 de octubre de 1994, nulidad por tanto que es derivada del declarado efecto directo del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), con absoluta independencia de las conclusiones que sobre valoración de la prueba se pueda llegar conforme al artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin riesgo por tanto de su resultado.

Como se indicó antes, la función de los jueces nacionales como jueces comunitarios ha venido a enriquecer su tradicional configuración, de forma que cualquier juez nacional de cualquier orden jurisdiccional puede y debe controlar la sumisión del derecho interno de cualquier rango, al sistema jurídico instaurado por los Tratados constitutivos, poniendo de manifiesto y detectando, por vía de la doctrina del efecto directo de las directivas, incumplimientos del Estado miembro respecto de las obligaciones que en ellas se contemplan, pues la descentralizada ejecución del derecho comunitario y su correspondiente control jurisdiccional por los jueces internos, supone que normalmente incumba a los tribunales internos el asegurar la protección directa y efectiva de los derechos de los particulares que son víctimas de un perjuicio, resultante de la violación de por las autoridades nacionales de las normas comunitarias.

Es en el ámbito del ejercicio de esta función en el que antes se procedió de oficio a iniciar el trámite del artículo 234 del TCE y en el que ahora se realiza la declaración antes expuesta constatando el incumplimiento del legislador español por la falta de adaptación de nuestro Derecho interno a las citadas exigencias específicas del artículo 10 de la Directiva, como presupuesto para que entre en juego el efecto directo reconocido por el Tribunal de Justicia al artículo 10 de la Directiva 92/85 y asegurando a la Sra. J.M. la obligatoria protección especial de su derecho fundamental a no ser discriminada, en los términos que se establecen en la citada norma comunitaria, como concreta manifestación de una íntegra tutela judicial.

3.- La alteración que se pretendió de la demandada para la renovación de la contratación de la actora a partir del 3 de junio de 1999, ofreciéndole un contrato de sustitución por vacaciones, tuvo su motivación en el embarazo de la actora, constituyendo una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y el artículo 14 de la Constitución.

4.- Desde el punto de vista del derecho nacional, el Juzgador deriva además con claridad que existen indicios de discriminación en la extinción de la cuarta contratación el 2 de junio de 1999, sin que por la demandada se haya superado las exigencias de prueba (principio de inversión del onus probandi), que legalmente le incumbía para justificar que, la arbitraria decisión extintiva que se impugna, ha de desconectarse de la discriminación citada, debiéndose por tanto concluir que se ha vulnerado el principio de no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE), traspasando el Ayuntamiento demandado indebidamente, en el ejercicio de sus facultades resolutorias, el ámbito de la legalidad contra un derecho fundamental (artículo 14 CE), produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón de sexo.

5.- La relación laboral de la actora ha de ser declarada como indefinida (que no fija de plantilla) por haber hecho la empresa demandada un uso desviado del haz normativo que preside la contratación laboral que le vincula y con fraude de Ley (artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores)".



## LEGISLACIÓN

**REGLAMENTO (CE) Nº 44/2001 DEL CONSEJO, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2000, RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL<sup>6</sup>.**

Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

(...)

## CAPÍTULO I

## ÁMBITO DE APLICACIÓN

## Artículo 1

1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa.
2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento:
  - a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones;
  - b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;
  - c) la seguridad social;
  - d) el arbitraje.
3. En el presente Reglamento por la expresión "Estado miembro" se entenderá cualquier Estado miembro excepto Dinamarca.

## CAPÍTULO II

## COMPETENCIA

## Sección 1

## Disposiciones generales

## Artículo 2

1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.
2. A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales.

## Artículo 3

1. Las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo.
  2. No podrán invocarse frente a ellas, en particular, las reglas de competencia nacionales que figuran en el anexo I.
- (...)

## Sección 2

## Competencias especiales

## Artículo 5

- 1) Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:
 

(...)
  - 2) En materia de alimentos, ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta, salvo que tal competencia se fundamentare exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes.
- (...)

## CAPÍTULO VI

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

## Artículo 66

1. Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento.
2. No obstante, las resoluciones dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas en el Estado miembro de origen con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III,
  - a) si la acción se hubiere ejercitado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del Convenio de

<sup>6</sup> El texto de este Reglamento se ha obtenido de la página web de la Unión Europea, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico. Se reproduce parcialmente

## LEGISLACIÓN

Bruselas o del Convenio de Lugano en el Estado miembro de origen y en el Estado miembro requerido; b) en todos los demás casos, si las reglas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.

## CAPÍTULO VII

## RELACIONES CON OTROS INSTRUMENTOS

(...)

## Artículo 68

1. El presente Reglamento sustituirá, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
2. En la medida en que el presente Reglamento sustituye entre los Estados miembros a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento.

## Artículo 69

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 66, y en el artículo 70, el presente Reglamento sustituirá, entre los Estados miembros, a los Convenios y al Tratado siguientes:

(...)

- el Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969,

(...)

- el Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973,

(...)

- el Convenio entre España y Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, firmado en Bonn el 14 de noviembre de 1983,

- el Convenio entre España y Austria sobre reconocimiento y ejecución recíprocos de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil firmado en Viena el 17 de febrero de 1984,

(...)

## Artículo 70

1. Los Convenios y el Tratado mencionados en el artículo 69 continuarán surtiendo sus efectos en las materias a las que no se aplicare el presente Reglamento.
2. Dichos Convenios y dicho Tratado continuarán surtiendo sus efectos en lo relativo a las resoluciones dictadas y los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados antes de la entrada en vigor del presente Reglamento.

(...)

## Artículo 76

El presente Reglamento entrará en vigor el 1 de marzo de 2002.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros con arreglo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Hecho en Bruselas, el 22 de diciembre de 2000.

## REAL DECRETO 134/2002, DE 1 DE FEBRERO, POR EL QUE SE MODIFICA PARCIALMENTE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD EN CLASES PASIVAS<sup>7</sup>.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, respecto al personal civil, y de la ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, con carácter general, la pensión de viudedad en Clases Pasivas

quedaba en suspenso cuando su titular contraía nuevo matrimonio, pudiendo recuperarse al fallecimiento del nuevo cónyuge, si bien, en estos supuestos, el percibo de ambas pensiones de viudedad era incompatible. A partir de la entrada en vigor de dichas leyes las mencionadas pen-

<sup>7</sup> Publicado en el BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2002, pp. 4295-4296.



## LEGISLACIÓN

siones se extinguen cuando sus titulares contraen nuevas nupcias.

Ambas situaciones quedan expresamente recogidas en los artículos 38.2 y 59.1 del vigente texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

El artículo 55 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, viene a modificar, entre otros preceptos, los citados artículos 38.2 y 59.1 del texto refundido, a fin de introducir la previsión de que en un posterior desarrollo reglamentario se regularán los supuestos en que la pensión de viudedad no se extinguirá por contraer su titular nuevo matrimonio.

De igual forma, el citado precepto modifica el artículo 41.2 del indicado texto, a efectos de fijar un nuevo límite de edad para el derecho a pensión de orfandad, en los casos en que el beneficiario no trabaje o que, realizando una actividad lucrativa, no obtenga un determinado nivel de ingresos, quedando establecida en los veintidós años, para estos supuestos, así como en veinticuatro años cuando el huérfano lo es de padre y madre.

Ambas medidas, que se corresponden con las adoptadas por la misma Ley en el ámbito de la Seguridad Social, suponen no sólo una mejora de la acción protectora de las prestaciones por muerte y supervivencia, sino también una importante armonización de la legislación que regula la materia en los distintos regímenes básicos de protección social, mediante la extensión a Clases Pasivas de los criterios contenidos en el Acuerdo Social de 9 de abril de 2001, para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, insertos en el marco de la Recomendación 12.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo.

Por otra parte, la ampliación del límite de edad para ser beneficiario de la pensión de orfandad obliga a modificar el artículo 13 del Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo, a fin de adaptar el citado artículo a las nuevas condiciones que rigen para el derecho a pensión de orfandad.

El presente Real Decreto, en definitiva, viene a desarrollar y concretar aquellas previsiones legales, en orden a facilitar su aplicación en beneficio de los colectivos afectados.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 1 de febrero de 2002,

## DISPONGO:

**Artículo primero.** Extinción de la pensión de viudedad.

1. Las pensiones de viudedad del Régimen de Clases Pasivas del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora, así como las reconocidas al amparo de la legislación especial derivada de la guerra civil, se extinguirán por contraer su titular nuevo matrimonio.

No obstante, los beneficiarios de pensión de viudedad que contraigan matrimonio a partir de 1 de enero de 2002, podrán mantener el percibo de la misma en aquellos supuestos en que concurren todos y cada uno de los requisitos siguientes.

- a) Ser mayor de sesenta y un años o tener reconocida una incapacidad permanente que inhabilite a su titular para toda profesión u oficio, o sea constitutiva de gran invalidez, o acreditar un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.
- b) Constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas por el pensionista la principal o única fuente de ingresos. Se entenderá que la pensión o pensiones de viudedad constituye la principal fuente de ingresos, cuando su importe anual represente, como mínimo, el 75 por 100 del total de los ingresos anuales del pensionista. Para el cómputo del indicado porcentaje, se considerará comprendida en la cuantía de la pensión el complemento por mínimos que, en su caso, pudiera corresponder.
- c) Tener el matrimonio unos ingresos anuales de cualquier naturaleza, incluidas las pensiones, que no superen en cómputo anual el doble del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

2. En los supuestos en que, cumplidos los requisitos establecidos en los párrafos a) y b) del apartado 1 del presente artículo, la cuantía de la pensión o pensiones de viudedad sumada a los demás ingresos percibidos por los dos cónyuges, sobrepase el doble del salario mínimo interprofesional citado, se procederá a la minoración de los importes de aquéllas, a fin de no superar el indicado límite, comenzando, si lo hubiere, por el complemento a mínimos.

En el caso de que exista más de una pensión de viudedad, la minoración en cada una de ellas se llevará a cabo proporcionalmente a la relación existente entre cada pensión y la suma total de todas ellas, si bien serán repuestas, debidamente actualizadas, en caso de fallecimiento o divorcio.

La nueva pensión de viudedad que pudiera generarse como consecuencia del fallecimiento del nuevo cónyuge, será incompatible, en todo caso, con la pensión de viudedad.

## LEGISLACIÓN

dad anterior, debiendo el interesado optar por una de ellas.

3. Para el mantenimiento de los derechos a pensión de viudedad a que se refiere el presente artículo, así como a efectos del cómputo de los ingresos a que hacen referencia los apartados anteriores, se aplicarán las mismas reglas y procedimientos establecidos en materia de complementos económicos a mínimos en las pensiones de Clases Pasivas.

**Artículo segundo.** Pensiones extraordinarias de orfandad por actos de terrorismo.

Se da nueva redacción al párrafo c) segundo del artículo 13.2 del Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, adicionado por el artículo 10 del Real Decreto 38/1998, de 16 de enero, en los siguientes términos:

<<En los casos en que el hijo del causante no efectúe trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, a la fecha de fallecimiento del causante, sea menor de veintidós años de edad, o de veinticuatro si no sobreviviera ninguno de los padres.>>

**Artículo tercero.** Efectos de la ampliación de la edad en pensiones de orfandad.

Los nuevos límites de edad para ser beneficiario de la pensión de orfandad, a que hace referencia el artículo 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en la redacción dada al mismo por el artículo 55 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como el artículo 2 del presente Real Decreto, según corresponda, serán también de aplicación a las pensiones de orfandad que se hubiesen extinguido antes de 1 de enero de 2002, siempre que los interesados acrediten los requisitos económicos y de edad en ellos establecidos.

**Disposición final primera.** Habilitación para disposiciones de desarrollo.

Se autoriza al Ministro de Hacienda para que dicte las disposiciones de carácter general que resulten necesarias para la aplicación de éste Real Decreto.

**Disposición final segunda.** Entrada en vigor.

El presente Real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el <<Boletín Oficial del Estado>>, sin perjuicio de que los efectos económicos se retrotraigan, cuando así proceda, al 1 de enero de 2002.

Dado en Madrid a 1 de febrero de 2002.

### COMENTARIO AL REAL DECRETO 134/2002, DE 1 DE FEBRERO, POR EL QUE SE MODIFICA PARCIALMENTE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD Y ORFANDAD EN CLASES PASIVAS.

El presente Real Decreto viene a fijar las condiciones cuya concurrencia modifica el régimen jurídico de las pensiones de viudedad y orfandad en las clases pasivas, por lo que a las causas de extinción de las mismas se refiere.

Así, para las pensiones de viudedad el criterio de su extinción en el momento en que el titular de la misma contraiga nuevo matrimonio, fijado para el régimen de clases pasivas en los artículos 38.2 y 59.1 del Decreto Legislativo 670/1987 que aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, queda excepcionado y, por tanto, es posible mantener su percepción aun cuando el beneficiario de aquella pensión contrajese un nuevamente matrimonio siempre y cuando se den todas y cada una de las circunstancias fijadas en el artículo 1.1 de la norma que comentamos, en concreto:

- Ser mayor de 61 años o tener reconocida una incapacidad permanente que inhabilite para el desarrollo de toda actividad u oficio o que aquella incapacidad sea constitutiva de gran invalidez o acreditar un grado de minusvalía igual o superior al 65 %.
- Que la pensión de viudedad constituya la única o principal fuente de ingresos del pensionista. A estos efectos, el Real Decreto establece que se considerará la pensión como principal fuente de ingresos cuando su cuantía represente el 75 % del total de los ingresos percibidos anualmente, incluido en este cómputo la propia pensión.
- Que los ingresos anuales del nuevo matrimonio, incluida la pensión o pensiones, no superen el equivalente al doble del salario mínimo interprofesional. Si se diera este caso, se procedería a la minoración de la pensión, o pensiones en su caso, hasta el límite señalado.

El régimen descrito será de aplicación a los titulares de pensiones de viudedad que, cumpliendo los requisitos señalados, contrajesen nuevo matrimonio a partir del 1 de enero de 2001 quedando limitados, por tanto, los efectos retroac-



## LEGISLACIÓN

tivos de la norma reseñada a dicha fecha.

De esta forma, el Real Decreto 134/2002 amplía también a las pensiones de viudedad del Régimen de clases pasivas la posibilidad de mantenerlas aun cuando se contraiga nuevo matrimonio, en los supuestos indicados, ya prevista para las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen general de la Seguridad Social, según lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 1465/2001 cuya redacción prácticamente reproduce el Real Decreto que 134/2002. En ambos casos nos encontramos ante la concreción normativa de lo previsto en el punto VI del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social firmado por el Gobierno, CC.OO., CEOE y CEPYME el 9 de abril de 2001 que, a su vez, fue presentado como un desarrollo de los Pactos de Toledo.

Tal regulación, evidentemente, supone una mejora de aquellos titulares de pensiones de viudedad que decidan contraer nuevo matrimonio. No obstante, la rigidez de los requisitos previstos puede minimizar el alcance de la medida y plantea la duda sobre su coherencia con la finalidad última de las pensiones de viudedad de compensar la minoración de los ingresos del cónyuge superviviente, y no la de cubrir una situación de necesidad o dependencia económica. Por otra parte, la compatibilidad de la pensión de viudedad con un nuevo matrimonio en determinados casos incide, en última instancia, en el que entendemos verdadero problema del régimen de las pensiones de viudedad desde el punto de vista del principio de igualdad: la

ampliación del acceso a las mismas en los casos en que haya existido una convivencia more uxorio, cuya previsión normativa cabe dentro del amplio margen reconocido por el Tribunal Constitucional al legislador en una amplia jurisprudencia que, por lo demás, ha resultado ser significativamente restrictiva en este punto.

En cuanto a las pensiones de orfandad, el Real Decreto comentado modifica el límite de edad para su percepción de aquellas pensiones de carácter extraordinario que traigan su causa de actos de terrorismo a los beneficiarios de las mismas menores de 22 años, o 24 años sino sobreviviera ninguno de los padres, siempre que se den las circunstancias señaladas en el artículo 2 del Real Decreto comentado. Equiparando el régimen de estas pensiones a las de orfandad del Régimen de Clases Pasivas, según quedan fijadas por la Ley 24/2001 que modifica, a su vez, el Decreto Legislativo 670/1987 antes citado.

De otro lado, el artículo 3 del Real Decreto 134/2002 viene a reconocer efectos retroactivos a este nuevo límite de edad para ser titular tanto de las pensiones de orfandad de clases pasivas reguladas en la mencionada Ley 24/2001 y las extraordinarias por actos terroristas extinguidas antes del 1 de enero de 2002 contrariamente a la posición mantenida al respecto, como ya hemos señalado, respecto de la nueva regulación de las pensiones de viudedad. (BALDOMERO OLIVER LEÓN, PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA).

## LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL<sup>8</sup>

(...)

### TÍTULO II

#### De lo social

(...)

### CAPÍTULO II

#### Seguridad Social

**Artículo 34.** Modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

(...)

Diez. Se modifica el artículo 222 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que quedará redactado en los siguientes términos:

<<Artículo 222. Desempleo. Maternidad e incapacidad temporal.>>

1. Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo

<sup>8</sup> Publicado en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001, pp. 50493-50619. Se publica parcialmente.

## LEGISLACIÓN

hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo.

En todo caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido.

2. Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad y durante la misma se extinga su contrato, por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad.
3. Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía en la que la venía percibiendo.

Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que no constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración establecido

inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extras.

Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad, percibirá la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda.

El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal o maternidad. Durante dicha situación, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206.>>

(...)

#### COMENTARIO A LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.

Esta Ley se dicta en desarrollo de las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002, y contiene distintas medidas referentes a aspectos tributarios y sociales de personal al servicio de las Administraciones públicas adaptándose, en parte, a la previsión del Gobierno de reformar el sistema tributario mediante la aprobación de una nueva Ley General Tributaria.

Destacamos los puntos más significativos de la regulación en materia social. En este aspecto, la ley modifica la Ley General de la Seguridad Social en algunos de los siguientes puntos que son los que consideramos más relevantes:

Aborda la creación de un Fondo de Reserva de la Seguridad Social, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema, integrado por los excedentes de las cotizaciones.

Establece la cuantía de los anticipos de las prestaciones, hasta dos veces y medio el salario mínimo.

Regula la jubilación parcial. Los trabajadores que hayan llegado a la edad ordinaria de jubilación, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de hacer nuevo contrato de relevo. El acceso a la jubilación parcial se podrá producir cinco años antes de la edad prevista con carácter general en el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores. De otro lado, establece que el disfrute de una jubilación parcial es



## LEGISLACIÓN

compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.

Otra parte importante de la ley entre las medidas relativas al orden social es la regulación de la extinción del derecho al subsidio. Se modifica el artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La extinción de este derecho se producirá por el transcurso del plazo máximo para la situación de incapacidad temporal, por concesión de la jubilación, por la no presentación a reconocimiento médico, por fallecimiento, o por alta médica. En éste último caso, subsiste la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral.

Se modifica el artículo 222 de la misma Ley (texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio) en lo referente a las prestaciones por incapacidad temporal y desempleo, y para los supuestos de incapacidad temporal y maternidad, que entre las medidas sociales probablemente sean las más destacables.

Así, en los supuestos de alta médica anterior al agotamiento del plazo de duración de la situación de incapacidad temporal, sin que exista la ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal.

Si el trabajador se encuentra en situación de baja laboral y durante ese tiempo se extingue su contrato de trabajo, éste sigue percibiendo la prestación por incapacidad en cuantía

igual a la prestación por desempleo; transcurrido este tiempo, pasaría a la situación de desempleo.

En caso de que la baja laboral no sea por incapacidad sino por maternidad y mientras la mujer disfruta de ella se extingue su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta que transcurra el plazo legal establecido para la baja por maternidad; una vez transcurrido este plazo pasa a la situación legal de desempleo. Es decir, mantiene la prestación por maternidad mientras dura la baja por maternidad aunque en ese tiempo se haya extinguido su contrato laboral, mientras que en el caso anterior, la cuantía de la prestación pasa a ser directamente la de desempleo.

Esta reordenación de las prestaciones por maternidad trae causa de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regularon las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo. Este Real Decreto ya llevó a cabo una reordenación sistemática del régimen jurídico del subsidio por maternidad, separándolo definitivamente del subsidio por incapacidad temporal. Esta separación de ambos regímenes jurídicos es la que regula la Ley 24/2001, de 27 de diciembre para los supuestos de extinción de la relación laboral. (M<sup>a</sup> CONCEPCIÓN PÉREZ VILLALOBOS, PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (SALA SEXTA), DE 9 DE OCTUBRE DE 2001. IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES.

### TEXTO DE LA SENTENCIA

En el asunto C-379/99, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesarbeitsgericht (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse VVaG y Hans Menauer, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta), integrado por la Sra. F. Macken, Presidenta de Sala, la Sra. N. Colneric y los Sres. C. Gulmann, J.-P. Puissochet y V. Skouris (Ponente), Jueces; Abogado General: Sr. A. Tizzano; Secretario: Sr. R. Grass; consideradas las observaciones escritas presentadas: - en nombre de la Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse VVaG, por el Sr. J. Bornheimer, Rechtsanwalt; - en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. W.-D. Plessing y la Sra. B. Muttelsee-Schön, en calidad de agentes; - en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. M.A. Fierstra, en calidad de agente; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. H. Michard y el Sr. C. Ladenburger, en calidad de agentes; visto el informe del Juez Ponente; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de marzo de 2001; dicta la siguiente

#### Sentencia

1. Mediante resolución de 23 de marzo de 1999, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de octubre siguiente, el Bundesarbeitsgericht planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE).
2. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse VVaG (Caja de pensiones de los empleados de la Barmer Ersatzkasse; en lo sucesivo, "Caja de pensiones") y el Sr. Menauer, que versa sobre si el Sr. Menauer tiene derecho a una pensión de viudedad y si la Caja de pensiones debe garantizar ese derecho.

#### Marco jurídico

##### El Derecho comunitario

3. El artículo 119 del Tratado enuncia el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.
4. El párrafo segundo de este artículo dispone: "Se entiende por

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

#### El Derecho nacional

La Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Ley alemana para la mejora de los planes de pensiones de empresa (en lo sucesivo, "BetrAVG"))

5. Se desprende de los documentos obrantes en autos que, en la República Federal de Alemania, las prestaciones correspondientes a los planes de pensiones complementarias de las empresas se llevan a cabo mediante diversos procedimientos. El empresario puede, por una parte, asumir directamente las prestaciones que le incumben con arreglo al régimen de pensiones de su empresa. Por otra parte, puede hacer que dichas prestaciones sean asumidas por entidades externas. Por lo tanto, no abona ninguna prestación, sino que lo hace de manera indirecta, por medio de una "Direktversicherung", es decir, un seguro de vida contratado por el empresario en favor del trabajador, o bien por medio de una "Unterstützungskasse", es decir, una caja de previsión, o bien por medio de una "Pensionskasse", es decir, una caja de pensiones encargada por el empresario de la gestión del plan de pensiones de su empresa.
6. Por lo que se refiere a este último supuesto, el artículo 1, número 3, de la BetrAVG establece que la caja de pensiones es una entidad de seguro y de asistencia dotada de capacidad jurídica, que reconoce un derecho en favor del trabajador o de sus derechohabientes.
7. Según el órgano jurisdiccional de remisión, si las condiciones de seguro establecidas en los estatutos de la Caja de pensiones de que se trata no bastasen para cumplir la obligación a la que está comprometido el empresario en materia de previsión en virtud del contrato de trabajo, este último debe cubrir la diferencia existente; a este respecto, se trata de un compromiso en materia de previsión, basado en el principio de igualdad de trato, con arreglo al artículo 1, número 1, cuarta frase, de la BetrAVG.
8. El correlativo derecho del trabajador queda protegido en caso de insolvencia del empresario por el artículo 7 de la BetrAVG. Los estatutos de la Caja de pensiones
9. El artículo 11 de los estatutos de la Caja de pensiones, titulado "Tipos de prestación", establece en su punto 2, letra a), lo siguiente: "Se concederán las siguientes prestaciones a los afiliados que, por una situación que dé lugar a la concesión de



una pensión, cesen su actividad con la Barmer Ersatzkasse [...]:  
[...]

2. Pensiones abonadas a los derechohabientes después de que haya cesado el pago de la pensión o del salario a los afiliados:  
a) pensión de viudedad a la viuda del afiliado fallecido. La pensión de viudedad se concede al marido como consecuencia del fallecimiento de su esposa afiliada a la Caja de pensiones, si ésta costeaba anteriormente la mayor parte de los gastos de manutención de su familia."

#### El litigio principal y la cuestión prejudicial

10. La esposa del Sr. Menauer estaba empleada en la Barmer Ersatzkasse (Caja privada Barmer de seguro de enfermedad), en Straubing (Alemania), desde el 1 de septiembre de 1956 hasta su fallecimiento, acaecido el 12 de noviembre de 1993. El contrato de trabajo de la Sra. Menauer estaba regulado, en virtud de una de sus cláusulas, por la Ersatzkassentarifvertrag (convenio colectivo de las cajas de seguro de enfermedad privadas; en lo sucesivo, "EKTV").
11. Con arreglo a las disposiciones del EKTV, la Barmer Ersatzkasse está obligada a pagar a sus empleados, hombres y mujeres, las prestaciones correspondientes al plan de pensiones de empresa. Estas prestaciones consisten en una pensión de jubilación, adeudada por la propia Barmer Ersatzkasse, y en una pensión complementaria, abonada por la Caja de pensiones a los empleados de Barmer Ersatzkasse, de ambos sexos, afiliados a ella. Conforme al EKTV, la Barmer Ersatzkasse debe hacerse cargo de las cotizaciones a la Caja por cuenta de sus trabajadores, hombres y mujeres. La difunta esposa del Sr. Menauer había estado afiliada a la Caja de pensiones por toda la duración de su contrato de trabajo.
12. El Sr. Menauer demandó a la Barmer Ersatzkasse y a la Caja de pensiones ante el Arbeitsgericht para que las condenara a pagarle una pensión de viudedad. El Arbeitsgericht estimó la pretensión respecto de la Caja y la desestimó en lo relativo a la Barmer Ersatzkasse. La Caja interpuso un recurso de apelación ante el Landesarbeitsgericht. Por no haber apelado el Sr. Menauer, su demanda dirigida contra la Barmer Ersatzkasse fue definitivamente desestimada. El Landesarbeitsgericht desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Caja. En consecuencia, ésta interpuso un recurso de casación ante el Bundesarbeitsgericht a efecto de obtener la anulación y la modificación de las sentencias recaídas en las instancias inferiores, así como la desestimación de la demanda del Sr. Menauer.
13. El Sr. Menauer alega que el requisito adicional al que el artículo 11 de los estatutos de la Caja de pensiones supedita el pago de una pensión al viudo es contrario al principio de igualdad de trato y, en consecuencia, no es válido. Considera que tiene derecho a la misma pensión de supervivencia de la que se beneficiaría la viuda de un antiguo trabajador de la Barmer Ersatzkasse. Estima que, por ello, la Caja de pensiones es responsable en su condición de entidad encargada por la Barmer Ersatzkasse de la gestión de su plan de pensiones de empresa.
14. En su resolución de remisión, el Bundesarbeitsgericht señala especialmente que el derecho a una pensión de supervivencia invocado por el Sr. Menauer constituye otra gratificación con arreglo al artículo 119 del Tratado y que el artículo 11, punto 2, letra a), de los estatutos de la Caja de pensiones es contrario a esta disposición del Tratado. Sin embargo, se pregunta si el Sr. Menauer puede invocar su derecho frente a la Caja de pensiones. A este respecto, señala que, extender el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado a las cajas de pensiones daría lugar a graves incoherencias y rupturas en el Derecho nacional alemán, sin que éstas sean necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier discriminación basada en el sexo.
15. El Bundesarbeitsgericht indica en particular:
- Según el Derecho del trabajo alemán, el empresario sigue siendo el deudor de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador, incluso en un caso como el controvertido en el litigio principal en que los estatutos de la Caja infringen la prohibición de discriminación. Por lo tanto, el empresario está obligado a completar la diferencia existente proporcionando las prestaciones de que se trata, sin que le sea posible sustraerse a dicha obligación. Además, el trabajador está protegido contra la insolvencia del empresario;
  - precisamente, a la vista de estas consideraciones, pese al hecho de que, según el artículo 1, número 3, de la BetrAVG, las cajas de pensiones se hacen cargo, como aseguradoras, de determinados riesgos de previsión y de asistencia, la mayor parte de la doctrina alemana se niega a admitir la existencia de una obligación propia, a cargo de una caja de pensiones, de cumplir las obligaciones derivadas, según el Derecho del trabajo, del principio de igualdad de trato. A este respecto señala que, además de su independencia jurídica, una caja de pensiones está sujeta al régimen de vigilancia del sector de los seguros y al Derecho de los seguros; pues bien, el principio autónomo de igualdad en vigor en este Derecho exige la concesión de prestaciones iguales a igualdad de cotizaciones pagadas. Si se aumentara el volumen de las obligaciones de una caja de pensiones en materia de seguros, tal como establecen las disposiciones de sus estatutos, estaría obligada a aumentar las cotizaciones que, cuando el empresario no se hiciera cargo del pago de las cotizaciones para sus trabajadores en su totalidad, no gravaría al empresario deudor de las prestaciones, sino a la totalidad de los trabajadores afiliados.
16. Sin embargo, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees, C-200/91, Rec. p. I-4389, y Fisscher, C-128/93, Rec. p. I-4583), el Bundesarbeitsgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:
- "¿Debe interpretarse el artículo 119 del Tratado CE en el sentido de que las cajas de pensiones han de ser asimiladas a los empresarios y están obligadas a garantizar la igualdad de trato entre

hombres y mujeres en el caso de prestaciones del régimen de pensiones de empresa, aun cuando los trabajadores perjudicados tengan, frente a sus deudores directos, a saber, los empresarios en su condición de parte de los contratos de trabajo, un derecho protegido en caso de insolvencia que excluya cualquier discriminación?"

#### Sobre la cuestión prejudicial

17. A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, una pensión de supervivencia abonada en el marco de un plan de pensiones de empresa, concertado por medio de un convenio colectivo, constituye una gratificación pagada por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último y, por consiguiente, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, aunque dicho plan sustituya al régimen legal o aunque sea de carácter complementario (véanse, en particular, las sentencias de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84, Rec. p. 1607, apartados 20 y 22; de 17 de mayo de 1990, *Barber*, C-262/88, Rec. p. I-1889, apartado 28, y de 14 de diciembre de 1993, *Moroni*, C-110/91, Rec. p. I-6591, apartado 15).
18. El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la pensión de supervivencia prevista por dicho plan está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. A este respecto, ha precisado que esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que la pensión de supervivencia, por definición, no se paga al trabajador, sino a su sobreviviente, puesto que tal prestación es una ventaja que procede de la participación en el plan del cónyuge del superviviente, de modo que la pensión corresponde a este último por el vínculo de empleo entre el empresario y dicho cónyuge y se le paga en razón de su empleo (véanse las sentencias de 6 de octubre de 1993, *Ten Oever*, C-109/91, Rec. p. I-4879, apartados 12 y 13; *Coloroll Pension Trustees*, antes citada, apartado 18, y de 17 de abril de 1997, *Evrenopoulos*, C-147/95, Rec. p. I-2057, apartado 22).
19. De ello se desprende que, el cónyuge superviviente del trabajador fallecido puede invocar el artículo 119 del Tratado para hacer reconocer el principio de la extensión de su derecho al pago de una pensión de supervivencia (véase, en este sentido, la sentencia *Coloroll Pension Trustees*, antes citada, apartado 19).
20. Por lo que se refiere a si el cónyuge superviviente puede invocar dicho artículo frente a una entidad externa, como una caja de pensiones alemana (*Pensionskasse*), a la que el empresario ha confiado el pago de las prestaciones de que se trata y que es jurídicamente independiente, hay que recordar que, según las sentencias *Barber* y *Coloroll Pension Trustees*, antes citadas, la aplicabilidad del artículo 119 del Tratado a un plan de pensiones de empresa no queda desvirtuada por el hecho de que dicho plan esté constituido en forma de institución fiduciaria y gestionado por fiduciarios formalmente independientes del empresario, dado que el artículo 119 se refiere también a las gratificaciones satisfechas indirectamente por el empresario (véanse las citadas sentencias *Barber*, apartados 28 y 29, y *Coloroll Pension Trustees*, apartado 20).
21. El Tribunal de Justicia ha declarado también que los fiduciarios, aunque permanecen ajenos a la relación laboral, deben abonar prestaciones que, sin embargo, no pierden su carácter de retribución con arreglo al artículo 119 y que, por tanto, están obligados a hacer todo cuanto sea de su competencia para garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en la materia (sentencia *Coloroll Pension Trustees*, antes citada, apartado 22).
22. En el apartado 31 de la sentencia *Fischer*, antes citada, el Tribunal de Justicia efectuó el mismo análisis en lo que respecta a los administradores de un plan de pensiones de empresa neerlandés que, como los fiduciarios, eran ajenos a la relación laboral.
23. De lo que antecede se deduce que, puesto que quienes se encargan de la gestión de un plan de pensiones de empresa deben abonar prestaciones que constituyen una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, están obligados a respetar el principio de igualdad de trato consagrado por dicha disposición cualquiera que sea su forma jurídica o la manera en que hayan sido encargados de la gestión de dicho plan de pensiones.
24. Esta afirmación es igualmente válida para las cajas de pensiones alemanas, como la controvertida en el litigio principal. En efecto, puesto que se encargan de la gestión de planes de pensiones de empresas y deben abonar a los trabajadores afiliados y a sus derechohabientes las prestaciones que, como se señala en los apartados 17 y 18 de la presente sentencia, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, están obligadas a respetar el principio de igualdad de retribución consagrado por dicha disposición, sin que sea relevante a este respecto la independencia jurídica de que gozan ni, por otra parte, su condición de entidades aseguradoras.
25. En particular, el hecho de que, en su condición de entidad aseguradora, una caja de pensiones alemana esté sujeta al Derecho de los seguros y, por consiguiente, al principio autónomo de igualdad vigente en ese Derecho, y que el aumento del volumen de sus obligaciones en materia de seguros como consecuencia de la aplicación del artículo 119 del Tratado pueda hacer necesaria la adopción de medidas para cubrir este aumento, entre las que eventualmente podría figurar el incremento de las cotizaciones para todos los trabajadores afiliados, es una cuestión que debe ser zanjada por el Derecho nacional. En todo caso, la existencia de dicho problema no desvirtúa la constatación realizada en el apartado anterior.
26. En efecto, así como el Tribunal de Justicia ha declarado en los apartados 42 y 43 de la sentencia *Coloroll Pension Trustees*, antes citada, en relación con un plan de pensiones de empresa constituido en forma de institución fiduciaria, que el hecho de que la aplicación del principio de igualdad de retribuciones tropiece con dificultades derivadas de la insuficiencia de los fondos administrados por los fiduciarios es un problema



que depende del Derecho nacional. Por tanto, los eventuales problemas derivados de la insuficiencia de estos fondos para equiparar las prestaciones deben solventarse con arreglo al Derecho nacional a la luz del principio de la igualdad de retribución y no pueden afectar a la constatación efectuada en el apartado 24 de la sentencia *Coloroll Pension Trustees*, antes citada, según la cual el efecto directo del artículo 119 del Tratado puede ser invocado tanto por los trabajadores como por sus derechohabientes frente a los fiduciarios de un plan de pensiones de empresa, que están obligados a respetar el principio de igualdad de trato en el marco de sus competencias y obligaciones.

27. La misma constatación se impone respecto a problemas análogos de insuficiencia de fondos a los que se vería expuesta, en razón de las características del Derecho de los seguros alemán, una caja de pensiones alemana que está obligada a aplicar el artículo 119 del Tratado.
28. Es preciso examinar también si la obligación de respetar el artículo 119 del Tratado incumbe asimismo a una entidad, como una caja de pensiones alemana, cuando los trabajadores que han sido objeto de un trato discriminatorio en razón del sexo por parte de dicha entidad, o sus derechohabientes, pueden dirigirse al empresario que, según la normativa nacional, sigue siendo el deudor directo de las prestaciones adeudadas por dicha entidad, disfrutando a este efecto de un derecho protegido en caso de insolvencia del empresario que excluye cualquier discriminación.
29. A este respecto, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el efecto útil del artículo 119 quedaría considerablemente menguado y la protección jurídica que la igualdad efectiva exige sufriría un serio menoscabo si un trabajador o sus derechohabientes sólo pudieran invocar dicha disposición frente al empresario y no frente a quienes están expresamente encargados de ejecutar las obligaciones de este último (véanse, en este sentido, las citadas sentencias *Coloroll Pension Trustees*, apartado 23, y *Fischer*, apartado 31).
30. Contrariamente a las dudas expresadas a este respecto por el órgano jurisdiccional de remisión, esta constatación sigue siendo válida aun en el supuesto de que, según el Derecho nacional, los trabajadores que hayan sido objeto de una discriminación en razón del sexo o sus derechohabientes gocen de una protección jurídica completa frente a su empresario. El efecto útil del artículo 119 del Tratado exige que toda persona que haya de abonar prestaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición está obligada a respetarla. Obligar al trabajador o a sus derechohabientes que únicamente se dirijan al empresario, sin que puedan reclamar a la entidad encargada de abonar las prestaciones, supondría limitar el número de personas ante las cuales el trabajador interesado o sus derechohabientes pueden invocar sus derechos.
31. Pues bien, dicha limitación iría en menoscabo del efecto útil del artículo 119 del Tratado. Además, cuando la discriminación de que se trata puede resultar, como en el litigio princi-

pal, de los estatutos de la entidad encargada de abonar las prestaciones que, por este motivo, aparece, especialmente ante un derechohabiente, como el deudor normal de la prestación controvertida, dicha incompatibilidad sería aún mayor.

32. De todo ello se deduce que la aplicabilidad del artículo 119 del Tratado a las cajas de pensiones alemanas es necesaria para garantizar una protección jurídica completa y uniforme a los trabajadores que hayan sido objeto de una discriminación en razón del sexo o, en su caso, a sus derechohabientes.
33. Habida cuenta de lo que antecede, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 119 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que entidades como las cajas de pensiones alemanas (*Pensionskassen*), encargadas de abonar las prestaciones correspondientes a los planes de pensiones de empresa, están obligadas a garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, aun cuando los trabajadores que hayan sido objeto de una discriminación en razón del sexo tengan, frente a sus deudores directos, es decir, los empresarios en su condición de parte de los contratos de trabajo, un derecho protegido en caso de insolvencia que excluya cualquier discriminación.

#### Costas

34. Los gastos efectuados por los Gobiernos alemán y neerlandés y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el *Bundesarbeitsgericht* mediante resolución de 23 de marzo de 1999, declara:

El artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) debe interpretarse en el sentido de que entidades como las cajas de pensiones alemanas (*Pensionskassen*), encargadas de abonar las prestaciones correspondientes a los planes de pensiones de empresa, están obligadas a garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, aun cuando los trabajadores que hayan sido objeto de una discriminación en razón del sexo tengan, frente a sus deudores directos, es decir, los empresarios en su condición de parte de los contratos de trabajo, un derecho protegido en caso de insolvencia que excluya cualquier discriminación.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 9 de octubre de 2001.

El Secretario  
R. Grass

La Presidenta de la Sala Sexta  
F. Macken

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2001. IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

### TEXTO DE LA SENTENCIA

En el asunto C-366/99, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Conseil d'État (Francia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Joseph Griesmar y *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), y 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social (DO 1992, C 191, p. 91), así como de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA, integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, el Sr. P. Jann, las Sras. F. Macken y N. Colneric, y el Sr. S. von Bahr, Presidentes de Sala, y los Sres. A. La Pergola, J.-P. Puissochet, L. Sevón, M. Wathelet, V. Skouris (Ponente) y J.N. Cunha Rodrigues, Jueces; Abogado General: Sr. S. Alber;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora; consideradas las observaciones escritas presentadas: - en nombre del Sr. Griesmar, por Me H. Masse-Dessen, *avocat*; - en nombre del Gobierno francés, por la Sra. K. Rispal-Bellanger y el Sr. A. Lercher, en calidad de agentes; - en nombre del Gobierno belga, por el Sr. P. Rietjens, en calidad de agente; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. H. Michard, en calidad de agente; habiendo considerado el informe para la vista; oídas las observaciones orales del Sr. Griesmar, representado por el Sr. H. Masse-Dessen; del Gobierno francés, representado por la Sra. C. Bergeot, en calidad de agente, y de la Comisión, representada por la Sra. H. Michard, expuestas en la vista de 9 de enero de 2001; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 22 de febrero de 2001; dicta la siguiente

#### Sentencia

- Mediante resolución de 28 de julio de 1999, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de octubre siguiente, el Conseil d'État planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), y 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social (DO 1992, C 191, p. 91), así como de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).
- Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el Sr. Griesmar y el *ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, así como el *ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, acerca de la legalidad de la orden por la que se concedía una pensión de jubilación al Sr. Griesmar.

#### Marco jurídico

#### Derecho comunitario

- El artículo 119, párrafos primero y segundo, del Tratado dispone: "Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo."
- El Acuerdo sobre la política social entró en vigor en la misma fecha que el Tratado CE, a saber, el 1 de noviembre de 1993.
- El artículo 6, apartados 1 y 2, del Acuerdo sobre la política social recuerda las normas establecidas por el artículo 119 del Tratado. El artículo 6, apartado 3, de dicho Acuerdo precisa: "El presente artículo no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales."
- Desde el 1 de mayo de 1999, el artículo 141 CE establece: "1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. [...]"
- Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales."
- La Directiva 79/7 prevé en su artículo 3, apartado 1, letra a): "La presente Directiva se aplicará a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: - [...] - [...] - vejez, [...]"
- El artículo 4 de dicha Directiva dispone: "1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:



- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,
  - la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,
  - el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.
2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad."
9. El artículo 7 de la Directiva establece:
- "1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:
- a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones;
  - b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;
- [...]
2. Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata."

#### Derecho nacional

10. El régimen francés de jubilación de los funcionarios está establecido en el code des pensions civiles et militaires (código de pensiones de jubilación civiles y militares; en lo sucesivo, "código"). El código actualmente en vigor resulta de la Ley n. 64-1339, de 26 de diciembre de 1964 (JORF de 30 de diciembre de 1964; esta Ley sustituye al antiguo código adjunto como anexo al decreto n. 51-590, de 23 de mayo de 1951), y de diversas modificaciones posteriores.
11. El artículo L. 1 del código prevé lo siguiente:
- "La pensión es una prestación económica personal y vitalicia que se concede a los funcionarios civiles y militares y, tras su fallecimiento, a sus derechohabientes legales, y que retribuye los servicios prestados hasta el cese normal en sus funciones.
- La cuantía de la pensión, que tiene en cuenta el grado, la duración y la naturaleza de los servicios prestados, garantiza a su beneficiario al final de su carrera profesional medios materiales de existencia adecuados a la dignidad de su función."
12. Según el artículo L. 12, letra b), del código:
- "A los años de servicios efectivos se añadirán, conforme a las condiciones establecidas por resolución administrativa, las siguientes bonificaciones:
- a) [...]
  - b) Bonificación en favor de las funcionarias por cada hijo legítimo, natural legalmente reconocido o adoptivo y, siempre que los hayan cuidado durante un período mínimo de nueve años con anterioridad a la edad de 21 años, por cada uno de los hijos mencionados en el artículo L. 18, apartado II."
13. Los hijos a que se refiere el artículo L. 18, apartado II, del código son: "Los hijos legítimos, naturales legalmente reconocidos y adoptivos del

titular de la pensión;

Los hijos del cónyuge nacidos de un matrimonio anterior, sus hijos naturales legalmente reconocidos y sus hijos adoptivos;

Los hijos respecto de los cuales se haya delegado la patria potestad en el titular de la pensión o en su cónyuge;

Los hijos bajo tutela del titular de la pensión o de su cónyuge, cuando la tutela conlleve la guarda efectiva y permanente del niño;

Los hijos acogidos en su hogar por el titular de la pensión o por su cónyuge, que demuestre, en las condiciones determinadas mediante decreto del Conseil d'État, haber asumido su carga efectiva y permanente."

14. El artículo R. 13 del código dispone:

"La bonificación establecida en el artículo L. 12, letra b), en favor de las funcionarias será de un año por cada hijo legítimo, natural reconocido, así como por cualquier otro hijo que, en el momento de interrumpir el servicio activo, haya sido cuidado cumpliendo los requisitos y el período de tiempo establecidos en dicho artículo."

15. En cuanto a la determinación de la cuantía de la pensión, los artículos L. 13 a L. 15, frase primera, del código, establecen:

#### Artículo L. 13

La duración de los servicios y beneficios computables a efectos de la liquidación se expresará en anualidades liquidables. Cada anualidad liquidable será retribuida en razón de un dos por ciento de la retribución de base correspondiente al índice de retribución determinado en el artículo L. 15.

#### Artículo L. 14

El número máximo de anualidades liquidables para la pensión civil o militar será de treinta y siete y media.

Podrá aumentarse a cuarenta anualidades en razón de las bonificaciones previstas en el artículo L. 12.

#### Artículo L. 15

La retribución de base estará formada por los últimos haberes sometidos a retención correspondientes al índice de empleo, grado, clase y escala que el funcionario o militar tuviese efectivamente en un período mínimo de seis meses con anterioridad al momento del cese en los servicios que legitimen para la jubilación [...]"

Hechos del procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

16. El Sr. Griesmar, magistrado, padre de tres hijos, obtuvo una pensión de jubilación, con arreglo al código, mediante orden de 1 de julio de 1991.

17. Para el cálculo de esta pensión, se tuvieron en cuenta los años de servicios efectivos prestados por el Sr. Griesmar, pero no se tuvo en cuenta la bonificación establecida en el artículo L. 12, letra b), del código, de que disfrutaban las funcionarias por cada uno de sus hijos.

18. Mediante demanda recibida el 7 de septiembre de 1992, completada por un escrito de 25 de noviembre de 1992, el Sr. Griesmar impugnó ante el Conseil d'État la orden de 1 de julio de 1991 y pidió su anualización por cuanto dicha orden sólo había tenido en cuenta las anualidades correspondientes a sus años de servicios efectivos, sin sumarle la bonificación en favor de las funcionarias por cada hijo, establecida en el artículo L. 12, letra b), del código.

19. En apoyo de su recurso, el Sr. Griesmar sostiene, en especial, que el artículo L. 12, letra b), del código vulnera el artículo 119 del Tratado, los objetivos de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio

de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DO L 225, p. 40), y los objetivos de la Directiva 79/7.

20. En este contexto, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- "1) Las pensiones abonadas por el régimen francés de jubilación de los funcionarios ¿forman parte de las retribuciones a que se refiere el artículo 119 del Tratado de Roma (artículo 141 del Tratado por el que se constituye la Comunidad Europea)? En caso de respuesta afirmativa, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo anejo al Protocolo n. 14 sobre la política social, ¿las disposiciones del artículo L. 12, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite vulneran el principio de igualdad de retribución?
- 2) En el supuesto de que no fuese aplicable el artículo 119 del Tratado de Roma, ¿se oponen las disposiciones de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, a que Francia mantenga disposiciones como las del artículo L. 12, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite?"

#### Sobre la primera cuestión

Sobre la aplicación *ratione temporis* de las normas comunitarias a que se refiere la primera cuestión

21. Dado que, por una parte, el Acuerdo sobre la política social entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 y, por otra, desde el 1 de mayo de 1999, fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el artículo 119 del Tratado se ha convertido en el artículo 141 CE, el cual añade al texto de dicho artículo 119 un apartado 4 que recoge, salvo mínimas diferencias, el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social, el Gobierno francés duda sobre la redacción que se haya de tomar en consideración para responder a la primera cuestión.
22. A este respecto, expone que, si se toma como referencia la fecha de la orden por la que se concede una pensión de jubilación al Sr. Griesmar, a saber, el 1 de julio de 1991, el texto aplicable sería el artículo 119 del Tratado, sin necesidad de remitirse al Acuerdo sobre la política social, que es posterior. En cambio, si se toma como referencia la fecha de la resolución de remisión, a saber, el 28 de julio de 1999, el texto aplicable sería el artículo 141 CE. En esta última fecha se podría invocar, asimismo, a todos los efectos, el Acuerdo sobre la política social, puesto que el Tratado de Amsterdam no ha derogado el protocolo al que se adjunta este Acuerdo, es decir, el Protocolo n. 14 sobre la política social adjunto al Tratado CE (en lo sucesivo, "Protocolo sobre la política social"). Según el Gobierno francés, no existe razón alguna de situarse en un momento posterior al de entrada en vigor del Tratado CE y anterior a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.
23. Sin embargo, de la lectura de toda la resolución de remisión se desprende claramente que, mediante su primera cuestión, el Conseil d'État desea preguntar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de los artículos 119 del Tratado y 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social. La mención del artículo 141 CE en la primera cues-

tión junto al artículo 119 del Tratado es incidental y pretende indicar el número actual de la disposición que sustituye al artículo 119 del Tratado desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Ningún dato de la resolución de remisión permite llegar a la conclusión de que el Conseil d'État haya pretendido plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la interpretación del artículo 141 CE, en particular de su apartado 4.

24. En dichas circunstancias, para responder a la primera cuestión se deben tomar en consideración los artículos 119 del Tratado y 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social.

#### Sobre la primera parte de la primera cuestión

25. Mediante la primera parte de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en particular, si las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el de jubilación francés de los funcionarios están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.
26. Según el artículo 119, párrafo segundo, del Tratado, se entiende por "retribución" a tenor de dicho artículo, "el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo".
27. De conformidad con una jurisprudencia reiterada, aunque, en principio, las gratificaciones que participan de la naturaleza de las prestaciones de seguridad social no son extrañas al concepto de retribución, sin embargo, no pueden incluirse en este concepto, tal como se define en el artículo 119 del Tratado, los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores. Estos regímenes permiten a los trabajadores beneficiarse de un sistema legal a cuya financiación contribuyen los trabajadores, los empresarios y, en su caso, los poderes públicos, no tanto en función de la relación de trabajo entre empresario y trabajador, como de consideraciones de política social (véanse, en particular, las sentencias de 25 de mayo de 1971, Defrenne, 80/70, Rec. p. 445, apartados 7 y 8; de 13 de mayo de 1986, Bilka, 170/84, Rec. p. 1607, apartados 17 y 18; de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, Rec. p. I-1889, apartados 22 y 23, y de 28 de septiembre de 1994, Beune, C-7/93, Rec. p. I-4471, apartado 24).
28. Respondiendo a la cuestión de si las pensiones abonadas en virtud de un régimen de jubilación de funcionarios como el establecido por la Algemene Burgerlijke Pensioenwet (Ley general sobre pensiones civiles de la función pública) se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, el Tribunal de Justicia precisó, en los apartados 23 y 43 de la sentencia Beune, antes citada, que, entre los criterios que había tenido en cuenta según las situaciones que se le habían sometido para calificar un régimen de pensiones, sólo el criterio consistente en determinar que la pensión se abona al trabajador por razón de la relación de trabajo entre el interesado y su antiguo empresario, es decir, el criterio del empleo, extraído del propio tenor del artículo 119, es el único que puede revestir carácter decisivo.



29. Como había reconocido el Tribunal de Justicia, no se puede dar a este criterio un carácter exclusivo, ya que las pensiones abonadas por regímenes legales de seguridad social pueden tener en cuenta, total o parcialmente, la retribución de la actividad (sentencia Beune, antes citada, apartado 44).
30. No obstante, las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o incluso las preocupaciones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un régimen, no pueden prevalecer si la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo del funcionario. En ese caso, la pensión abonada por el empleador público es perfectamente comparable a la que abonaría un empresario privado a sus antiguos trabajadores (sentencia Beune, antes citada, apartado 45).
31. Por lo que se refiere al régimen controvertido en el asunto principal, es preciso señalar, en primer lugar, que los funcionarios incluidos en él deben ser considerados una categoría particular de trabajadores. Éstos sólo se distinguen de los trabajadores agrupados en una empresa o en un grupo de empresas, en una rama económica o en un sector profesional o interprofesional, por las características propias que rigen su relación de trabajo con el Estado, con otras entidades o empleadores públicos (véase, en este sentido, la sentencia Beune, antes citada, apartado 42).
32. En segundo lugar, del artículo L. 1 del código se desprende que la pensión a que se refiere se concede como retribución de los servicios prestados por los funcionarios hasta el cese normal de sus funciones y su cuantía toma en cuenta el grado, la duración y la naturaleza de los servicios prestados.
33. De los artículos L. 13 a L. 15 del código y de las informaciones proporcionadas por el Gobierno francés en la vista oral ante el Tribunal de Justicia se desprende que aquella cuantía resulta del producto de un porcentaje por una base reguladora. El porcentaje lo constituyen las anualidades, que varían en función de los años de servicios tomados en consideración. Cada anualidad equivale a un 2 %, siempre que el porcentaje resultante del cómputo de los años de servicio no exceda del 75 %. La base reguladora es la retribución correspondiente al último índice de retribución aplicable al funcionario en los últimos seis meses de actividad. Este índice depende del nivel de empleo, a saber, el grado, y del tiempo de empleo, a saber, la antigüedad, que se traduce en escalones. El número de anualidades puede aumentarse con diversas bonificaciones.
34. De lo anterior se desprende que la pensión concedida en virtud del régimen francés de jubilación de los funcionarios es función directa del tiempo de servicios prestados y el cálculo de su cuantía se basa en la retribución que el interesado percibía en los últimos seis meses de actividad.
35. Por tanto, esta pensión cumple el criterio del empleo que el Tribunal de Justicia consideró, en la sentencia Beune, antes citada, decisivo para la calificación, a efectos del artículo 119 del Tratado, de las pensiones concedidas en virtud de un régimen de jubilación de funcionarios.
36. Como observa el Gobierno francés, sin que se le haya discutido, a

diferencia del régimen neerlandés objeto de la sentencia Beune, antes citada, que era un régimen de pensiones complementarias que funciona según el sistema de capitalización y se basa en una gestión paritaria, el régimen francés de jubilación de funcionarios es un régimen de base en el cual la cuantía de las pensiones concedidas no está garantizada por un fondo de pensiones, sino que deriva directamente de la Ley de presupuestos generales anual, sin que exista gestión o capitalización de fondo alguno.

37. No obstante, de los apartados 37 y 38 de la sentencia Beune, antes citada, se desprende que ni el criterio basado en el carácter complementario de una pensión respecto a una pensión de base abonada en virtud de un régimen legal de seguridad social, ni el criterio basado en las formas de financiación y de gestión de un régimen de pensiones son decisivos para apreciar si el régimen de que se trata entra en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.
38. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, es preciso responder a la primera parte de la primera cuestión que las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.

#### Sobre la segunda parte

##### Sobre la existencia de una diferencia de trato por razón de sexo

39. Con carácter preliminar, se ha de señalar que el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado, al igual que el principio general de no discriminación, del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable (véase la sentencia de 16 de septiembre de 1999, Abdoulaye y otros, C-218/98, Rec. p. I-5723, apartado 16).
40. En consecuencia, para responder a la segunda parte de la primera cuestión, se debe examinar si son comparables, en cuanto a la concesión de la bonificación controvertida en el procedimiento principal, las situaciones de un funcionario y de una funcionaria, que sean, respectivamente, padre y madre.
41. A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, a efectos de la aplicación del principio de igualdad de retribución, la situación de un trabajador no es comparable a la de una trabajadora cuando la ventaja que se concede únicamente a las trabajadoras está destinada a compensar las desventajas profesionales que para ella supone la interrupción del trabajo, inherente al permiso de maternidad (véase la sentencia Abdoulaye y otros, antes citada, apartados 18, 20 y 22).
42. El Tribunal de Justicia ha precisado el alcance de la protección que el Derecho comunitario garantiza a las mujeres por razón de la maternidad en su jurisprudencia relativa al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), según el cual "la presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad".

43. Según esta jurisprudencia, el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 tiene por finalidad asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (véanse las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25; de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 44; de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia, 312/86, Rec. p. 6315, apartado 13, y de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, Rec. p. I-69, apartado 30).
44. Aunque el Tribunal de Justicia ha declarado que un permiso de maternidad concedido a la mujer una vez expirado el plazo legal de protección se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 (sentencia Hofmann, antes citada, apartado 26), también ha precisado que las medidas que contemplan la protección de las mujeres como progenitoras, calidad que pueden tener tanto los trabajadores como las trabajadoras, no pueden justificarse invocando esta disposición de la Directiva (véase la sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 14).
45. Los argumentos de los apartados 43 y 44 de la presente sentencia también son válidos para apreciar si son comparables las situaciones de un trabajador y de una trabajadora, a efectos de la aplicación del principio de igualdad de retribución, respecto a una medida que reserva a las trabajadoras con hijos una bonificación de antigüedad a efectos del cálculo de la pensión de jubilación.
46. Así pues, es preciso examinar si esta bonificación está destinada a compensar las desventajas profesionales que sufren las funcionarias debido a la interrupción laboral durante el período que sigue al parto, en cuyo caso la situación de un trabajador no es comparable a la de una trabajadora, o si está destinada, fundamentalmente, a compensar las desventajas profesionales que sufren las funcionarias por el hecho de haber cuidado a los hijos, en cuyo caso es preciso apreciar si son comparables las situaciones de un funcionario y de una funcionaria.
47. A este respecto, es preciso señalar que, por lo que se refiere a los requisitos para la concesión de la bonificación controvertida en el procedimiento principal, el artículo L. 12, letra b), del código distingue, por una parte, entre hijos legítimos del titular de la pensión, sus hijos naturales legalmente reconocidos y sus hijos adoptivos, y, por otra, los demás hijos enumerados en el artículo L. 18, apartado II, del código.
48. Mientras que para la primera categoría de hijos, no se exige ningún requisito para conceder la bonificación a la funcionaria, para la segunda categoría de hijos dicha concesión requiere que se haya cuidado de ellos durante un período mínimo de nueve años antes de que cumplan la edad de 21 años.
49. El Sr. Griesmar alega ser padre de hijos de la primera categoría y que, a este respecto, su situación es comparable a la de una funcionaria con hijos. En particular destaca que, frente a la bonificación que se define mediante una remisión al artículo L. 18, apartado II, del código, la bonificación por los hijos de la primera categoría se concede a las funcionarias únicamente por su condición de madres, sin necesidad de probar que han cuidado de dichos hijos.
50. El Sr. Griesmar añade que, en lo que respecta a estos hijos, la bonificación no está destinada a compensar desventajas profesionales relacionadas con la condición de madre, porque su concesión no está vinculada con la ausencia del servicio que implica el permiso de maternidad. Por un lado, la bonificación se concede incluso por los hijos nacidos cuando la madre aún no era funcionaria o había dejado de serlo. Por otro lado, dicha bonificación se aplica también por los hijos adoptivos, aun cuando el permiso por adopción se otorga indistintamente al padre o a la madre. Además, la bonificación es de un año, mientras que ni el permiso de maternidad ni el de adopción alcanzan dicha duración.
51. El Gobierno francés explica, por su parte, que la bonificación controvertida en el procedimiento principal se reserva a las funcionarias con hijos en razón de una realidad social, es decir, las desventajas que sufren estas funcionarias en la evolución de su carrera profesional debido a la función preponderante que se les atribuye en la educación de los hijos. Dicha bonificación está destinada, por tanto, a compensar las desventajas a las que se enfrentan las funcionarias con hijos en su vida profesional, aunque no hayan dejado de trabajar para cuidarlos.
52. A este respecto, se ha de destacar, en primer lugar, que, aun cuando la bonificación controvertida en el procedimiento principal se conceda en particular a las funcionarias por los hijos legítimos y naturales, o sea, por los hijos biológicos, su concesión no está relacionada con el permiso de maternidad o con las desventajas que sufre en su carrera una funcionaria debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. Por una parte, el artículo L. 12, letra b), del código no presenta ningún elemento que establezca una relación entre la bonificación prevista y las eventuales desventajas profesionales derivadas del permiso de maternidad. Ni siquiera exige que los hijos que dan derecho a la bonificación hayan nacido en un momento en que la madre fuese funcionaria. Por otra parte, la bonificación controvertida también se otorga por los hijos adoptivos, sin necesidad de que previamente se haya concedido un permiso de adopción.
53. Las explicaciones ofrecidas por el Gobierno francés sobre la finalidad del artículo L. 12, letra b), del código no sólo confirman que no existe relación entre la bonificación controvertida en el procedimiento principal y el período que sigue al parto durante el que la madre disfruta de un permiso de maternidad y está ausente del servicio, sino que destacan, por el contrario, que dicho beneficio está relacionado con otro período, es decir, el consagrado a la educación de los hijos.
54. Esta conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que el artículo L. 12, letra b), del código no requiera para la concesión de la bonificación que el titular de la pensión se haya ocupado del cuidado de sus hijos legítimos, naturales o adoptivos y sí lo exija respecto a los hijos enumerados en el artículo L. 18, apartado II, del código.
55. Consta que el legislador nacional utilizó un sólo criterio de concesión de la bonificación controvertida en el procedimiento principal,



a saber, el relativo al cuidado de los hijos, y que, en el caso de los hijos legítimos, naturales o adoptivos, simplemente ha presumido que son cuidados en el hogar de la madre. Además, se ha de observar a este respecto que, como señaló el representante del Sr. Griesmar en la vista oral, sin que se le haya discutido, el origen de dicha bonificación remonta a 1924 y su objetivo, como se expone en los trabajos preparatorios, era facilitar que la funcionaria volviese al hogar para que pudiese ocuparse mejor del cuidado de sus hijos.

56. En segundo lugar, se ha de reconocer que las situaciones de un funcionario y de una funcionaria pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. En particular, la circunstancia de que las funcionarias estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, las mujeres asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un funcionario que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

57. Ahora bien, el artículo L. 12, letra b), del código no permite a un funcionario que se encuentre en dicha situación solicitar la bonificación controvertida en el procedimiento principal, aun cuando pueda probar que ha asumido efectivamente el cuidado de sus hijos.

58. Por tanto, independientemente de la cuestión de si dicha prueba debiera exigirse también a las funcionarias con hijos, procede declarar que el artículo L. 12, letra b), del código crea una diferencia de trato por razón de sexo en relación con los funcionarios que hayan asumido efectivamente el cuidado de sus hijos.

59. Asimismo, se ha de comprobar si el artículo L. 12, letra b), del código puede estar justificado con arreglo al artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social.

#### **Sobre el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social**

60. El Sr. Griesmar alega que, al haber establecido el Protocolo sobre la política social, mediante el Acuerdo adjunto a él, una norma totalmente nueva, a saber, la posibilidad de la discriminación no sólo en materia de igualdad de trato, sino de igualdad de retribución, no puede aplicarse retroactivamente a las pensiones liquidadas antes de su entrada en vigor. Con carácter subsidiario, sostiene que, dado que la bonificación controvertida en el procedimiento principal no está relacionada con desventajas relativas a la condición de madre, ya que se concede independientemente de cualesquiera permisos o perjuicios en la carrera, el artículo L. 12, letra b), del código vulnera el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado, aun cuando hubiese que considerar aplicable el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social.

61. Apoyándose en cifras estadísticas, el Gobierno francés llama la atención sobre el hecho de que el permiso parental suele ser utilizado con mayor frecuencia por las mujeres, lo que tiene una influencia sobre sus derechos a pensión y sobre la duración de la carrera de las funcionarias que es, en promedio, dos años más corta que la de los funcionarios. Expone que, aunque las estadísticas no muestran una relación directa entre el disfrute del permiso parental y la duración de las carreras, sin embargo no cabe duda de que el cuidado de los

hijos es un elemento importante y quizás el principal para explicar la menor duración de las carreras de las funcionarias en el momento de jubilación. La bonificación establecida por el artículo L. 12, letra b), del código viene a compensar, en favor de las mujeres, las desventajas debidas a una interrupción de la carrera para cuidar a los hijos, por lo que respecta al porcentaje y a la base de cálculo de las pensiones de jubilación.

62. A este respecto, se ha de recordar que el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social permite a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.

63. Sin que sea necesario pronunciarse sobre si el artículo 6, apartado 3, de dicho Acuerdo establece una norma nueva, es preciso declarar que la bonificación prevista por el artículo L. 12, letra b), del código no es una medida contemplada por dicho precepto del Acuerdo sobre la política social.

64. El artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social autoriza las medidas nacionales que tengan como finalidad eliminar o reducir las desigualdades de hecho debidas a la realidad de la vida social y que afectan a las mujeres en su vida profesional. En consecuencia, las medidas nacionales comprendidas en dicho precepto deben, en todo caso, contribuir al apoyo de las mujeres para que tengan una vida profesional en pie de igualdad con los hombres.

65. Ahora bien, en vista de lo invocado ante el Tribunal de Justicia, resulta manifiesto que la medida controvertida en el procedimiento principal no está destinada a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional.

66. A este respecto, es significativo que, mientras que originariamente la medida prevista por el artículo L. 12, letra b), del código remonta al año 1924, los problemas a los que se enfrenta la carrera de este tipo de funcionaria aún no han podido solucionarse mediante dicha disposición.

67. Por tanto, se debe responder a la segunda parte de la primera cuestión que, a pesar de lo establecido por el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social, una disposición como el artículo L. 12, letra b), del código vulnera el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos.

#### **Sobre la segunda cuestión**

68. Se ha planteado esta cuestión para el supuesto en que el artículo 119 del Tratado no fuese aplicable a las pensiones concedidas en virtud de un régimen como el francés de jubilación de los funcionarios. Sin embargo, de la respuesta ofrecida a la primera parte de la primera cuestión resulta que las pensiones concedidas en virtud de dicho régimen se incluyen en el ámbito de aplicación de esta disposición

del Tratado.

69. En consecuencia, no procede responder a la segunda cuestión.

#### Sobre la limitación de los efectos en el tiempo de la presente sentencia

70. En la vista oral el Gobierno francés solicitó al Tribunal de Justicia que limitase los efectos en el tiempo de la presente sentencia si respondiese a la primera cuestión de manera diferente a la tesis que él defendía.

71. En apoyo de dicha solicitud, el Gobierno francés alega que la interpretación incorrecta que hubiesen podido hacer las autoridades francesas de los artículos 119 del Tratado y 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social se debe a una incertidumbre jurídica que puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de medidas positivas en favor de las mujeres. A este respecto, se refiere a las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros (C-158/97, Rec. p. I-1875), y Abdoulaye y otros, antes citada. En su opinión, esta última sentencia puede haber inducido a las autoridades francesas a considerar justificado el artículo L. 12, letra b), del código.

72. El Gobierno francés también afirmó que el equilibrio financiero de las pensiones de jubilación de los funcionarios resultaría perturbado si la bonificación prevista en el artículo L. 12, letra b), del código hubiera de concederse retroactivamente a todos los funcionarios jubilados que hubiesen tenido hijos. El coste de estos pagos atrasados se ha evaluado entre 3000 y 5000 millones de FRF anuales. Estas cifras no tienen en cuenta, según dicho Gobierno, el efecto de la sentencia del Tribunal de Justicia en las pensiones derivadas del fallecimiento del titular, porque sería muy difícil hacer estimaciones respecto a éstas.

73. Procede recordar que la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de una disposición de Derecho comunitario se limita a aclarar y a especificar el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor (véase la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, aún no publicada en la Recopilación, apartado 50, y jurisprudencia citada).

74. Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe (sentencia Grzelczyk, antes citada, apartado 51).

75. Además, según reiterada jurisprudencia, las consecuencias financieras que podrían derivar para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esta sentencia (sentencia Grzelczyk, antes citada, apartado 52).

76. En efecto, el Tribunal de Justicia únicamente ha adoptado esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando, por una parte, existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en

particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión (sentencia Grzelczyk, antes citada, apartado 53).

77. A este respecto, basta con señalar que la bonificación controvertida en el procedimiento principal es, tanto por su forma como por su finalidad, completamente diferente de las medidas sobre las que versan las sentencias invocadas por el Gobierno francés, de manera que este último no puede remitirse a estas sentencias para demostrar que existe una incertidumbre objetiva e importante acerca de la validez, en Derecho comunitario, de dicha bonificación. Además, habida cuenta de lo expuesto en el apartado 67 de la presente sentencia, no consta que el número de funcionarios jubilados capaces de probar que han asumido el cuidado de sus hijos puede provocar repercusiones económicas graves.

78. Por consiguiente, no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.

#### Costas

79. Los gastos efectuados por los Gobiernos francés y belga y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

#### EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Conseil d'État mediante resolución de 28 de julio de 1999, declara:

Las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE).

A pesar de lo establecido por el artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social, una disposición como el artículo L. 12, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite vulnera el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 29 de noviembre de 2001.

El Secretario  
R. Grass

El Presidente  
G.C. Rodríguez Iglesias



## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, (SALA SEGUNDA), DE 13 DE DICIEMBRE DE 2001.

### IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

#### TEXTO DE LA SENTENCIA

En el asunto C-206/00, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el tribunal administratif de Châlons-en-Champagne (Francia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Henri Mouflin y Recteur de l'académie de Reims, con intervención de: Syndicat général de l'Éducation nationale et de la Recherche publique CFDT de la Marne (SGEN CFDT 51), una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) y de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda), integrado por la Sra. N. Colneric, Presidenta de Sala, y los Sres. R. Schintgen y V. Skouris (Ponente), Jueces; Abogado General: Sr. S. Alber; Secretario: Sr. R. Grass; consideradas las observaciones escritas presentadas: - en nombre del Sr. Mouflin y del Syndicat général de l'Éducation nationale et de la Recherche publique CFDT de la Marne (SGEN CFDT 51), por Me H. Masse-Dessen, avocat; - en nombre del Gobierno francés, por los Sres. R. Abraham y A. Lercher, en calidad de agentes; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. H. Michard, en calidad de agente; visto el informe del Juez Ponente; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de mayo de 2001; dicta la siguiente

#### Sentencia

- Mediante resolución de 25 de abril de 2000, recibida en el Tribunal de Justicia el 25 de mayo siguiente, el tribunal administratif de Châlons-en-Champagne planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) y de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).
- Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el Sr. Mouflin, profesor, apoyado por el Syndicat général de l'Éducation nationale et de la Recherche publique CFDT de la Marne (en lo sucesivo, "SGEN CFDT 51"), y el rector del distrito académico de Reims, acerca de la legalidad de la resolución del inspector de educación del Marne, de 10 de noviembre de 1998, mediante la que este último anulaba su resolución precedente, de 20 de

octubre de 1998, que concedía al Sr. Mouflin la baja en el servicio para permitirle ejercer su derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación.

#### Marco jurídico

#### Derecho comunitario

3. El artículo 119, párrafos primero y segundo, del Tratado dispone: "Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

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

4. Desde el 1 de mayo de 1999, el artículo 141 CE, apartados 1 y 2, párrafo primero, establece:

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

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

5. La Directiva 79/7 prevé lo siguiente en su artículo 3, letra a), tercer guión:

"La presente Directiva se aplicará:

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

[...]

- vejez".

6. El artículo 4 de dicha Directiva establece:

"1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

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

- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

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

7. El artículo 7, apartado 1, letra a), de la citada Directiva dispone:
- "1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:
- a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones".

#### Derecho nacional

8. El régimen francés de jubilación de los funcionarios está establecido en el code des pensions civiles et militaires de retraite (código de pensiones de jubilación civiles y militares; en lo sucesivo, "código"). El código actualmente en vigor resulta de la Leyn. 64-1339, de 26 de diciembre de 1964 (JORF de 30 de diciembre de 1964), que sustituye al antiguo código adjunto como anexo al Decreto n. 51-590, de 23 de mayo de 1951, y de diversas modificaciones posteriores.
9. El artículo L. 1 del código prevé lo siguiente:
- "La pensión es una prestación económica personal y vitalicia que se concede a los funcionarios civiles y militares y, tras su fallecimiento, a sus derechohabientes legales y que retribuye los servicios prestados hasta el cese normal en sus funciones.
- La cuantía de la pensión, que tiene en cuenta el grado, la duración y la naturaleza de los servicios prestados, garantiza a su beneficiario al final de su carrera profesional medios materiales de existencia adecuados a la dignidad de su función."
10. Según el artículo L. 24, apartado I, número 3, letra b), del código: "Se concederá de inmediato una pensión civil:
- [...]
3. a las funcionarias:
- [...]
- b) cuando se acredite, en la forma prevista en el artículo L. 31: que padecen una incapacidad o una enfermedad incurable que les impide ejercer sus anteriores funciones; o que su cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión."
11. El artículo L. 31 del código define las formas de acreditación de las enfermedades invocadas y determina quién es la autoridad facultada para decidir en la materia.

#### Antecedentes de hecho en el procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

12. El Sr. Mouflin, nacido en febrero de 1944, es profesor, funcionario del Estado en el departamento del Marne (Francia).
13. Al amparo del artículo L. 24, apartado I, número 3, del código, solicitó que se le permitiese ejercer su derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación para poder cuidar de su esposa, que padecía una enfermedad incurable.
14. Conforme al dictamen favorable de la comisión de ceses competente, el inspector de educación del Marne, director departamental de los servicios de Educación Nacional, concedió al Sr. Mouflin la baja en el servicio mediante resolución de 20 de octubre de 1998.
15. El 10 de noviembre de 1998, esta resolución fue anulada median-

te una nueva resolución del inspector de educación, que se refería a un escrito del ministro de Educación, de 6 de noviembre de 1998, en el que se indicaba "que el derecho a jubilarse para cuidar del cónyuge inválido se reserva exclusivamente a las funcionarias". Además, se volvió a dar de alta al Sr. Mouflin en su puesto de trabajo originario.

16. El Sr. Mouflin impugnó la resolución de 10 de noviembre de 1998 ante el tribunal administratif de Châlons-en-Champagne.
17. El 4 de febrero de 2000, dicho órgano jurisdiccional, después de trasladar el expediente al Conseil d'État para que emitiese un dictamen y recibido este último, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- "1) ¿Se consideran retribuciones a efectos del artículo 119 del Tratado de Roma (actualmente artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) las pensiones abonadas por el régimen francés de jubilación de los funcionarios? En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, ¿vulneran el principio de igualdad de retribución las disposiciones del artículo L. 24, apartado I, número 3, del code des pensions civiles et militaires de retraite?
- 2) En el caso de que el artículo 119 del Tratado de Roma no sea aplicable, ¿se oponen las disposiciones de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, a que Francia mantenga preceptos como el artículo L. 24, apartado I, número 3, del code des pensions civiles et militaires de retraite?"

#### Sobre la primera cuestión

18. Es preciso señalar, con carácter preliminar, que de la lectura de toda la resolución de remisión se desprende claramente que, mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea preguntar al Tribunal de Justicia únicamente sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado. La mención del artículo 141 CE en esta cuestión, junto al artículo 119 del Tratado, es incidental y pretende indicar el número actual de la disposición que sustituye al artículo 119 del Tratado desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.
19. En dichas circunstancias, para responder a la primera cuestión se debe tomar en consideración solamente el artículo 119 del Tratado.

#### Sobre la primera parte

20. Mediante la primera parte de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.
21. A este respecto, es preciso recordar que, en su sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, aún no publicada en la Recopilación), se plantea una cuestión idéntica al Tribunal de Justicia.
22. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen



francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.

23. En consecuencia, se ha de responder a la primera parte de la primera cuestión que las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.

#### Sobre la segunda parte

24. Mediante la segunda parte de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, fundamentalmente, si vulnera el principio de igualdad de retribución una disposición nacional como el artículo L. 24, apartado I, número 3, letra b), del código que, al otorgar el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyos cónyuges padecen una incapacidad o una enfermedad incurable que les impide ejercer una profesión, excluye de este derecho a los funcionarios que se encuentren en la misma situación.
25. El Sr. Mouflin y el SGEN CFDT 51 sostienen que el artículo L. 24, apartado I, número 3, del código vulnera el artículo 119 del Tratado, al conceder a las funcionarias una ventaja que consiste en poder recibir su pensión de jubilación antes que los funcionarios que se encuentran en las mismas circunstancias.
26. La Comisión opina lo mismo.
27. El Gobierno francés señala que se están preparando instrucciones que permitan a los servicios afectados aplicar, por vía interpretativa, el artículo L. 24, apartado I, número 3, del código sin tomar en cuenta el sexo del funcionario. En cuanto a la respuesta que haya de darse a la segunda parte de la primera cuestión, dicho Gobierno se confía a la prudencia del Tribunal de Justicia.
28. Es preciso destacar que el principio de igualdad de retribución, consagrado en el artículo 119 del Tratado, al igual que el principio general de no discriminación, del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable (véase la sentencia de 16 de septiembre de 1999, Abdoulaye y otros, C-218/98, Rec. p. I-5723, apartado 16).
29. Con respecto al derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación establecido en el artículo L. 24, apartado I, número 3, del código, los funcionarios y las funcionarias se encuentran en situaciones comparables. Ningún elemento permite diferenciar la situación de un funcionario cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión de la situación de una funcionaria cuyo cónyuge padece este tipo de incapacidad o enfermedad.
30. Ahora bien, el artículo L. 24, apartado I, número 3, del código no otorga a un funcionario cuyo cónyuge está incapacitado el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación. Por tanto, este precepto establece una discriminación por razón de sexo en el caso de un funcionario que se encuentra en dicha situación.
31. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, se ha de responder a la segunda parte de la primera cuestión que una disposición nacional como el artículo L. 24, apartado I, número 3, del

código vulnera el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras establecido en el artículo 119 del Tratado, en la medida en que, al conceder el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión, excluye de dicho derecho a los funcionarios que se encuentran en la misma situación.

#### Sobre la segunda cuestión

32. Se ha planteado esta cuestión para el caso de que el artículo 119 del Tratado no sea aplicable a las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios. Pues bien, de la respuesta a la primera parte de la primera cuestión resulta que las pensiones abonadas en virtud de este tipo de régimen están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho precepto del Tratado.
33. Por consiguiente, no procede responder a la segunda cuestión.

#### Costas

34. Los gastos efectuados por el Gobierno francés y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),  
pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el tribunal administrativo de Châlons-en-Champagne mediante resolución de 25 de abril de 2000, declara:

Las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE).

Una disposición nacional como el artículo L. 24, apartado I, número 3, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite francés vulnera el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras establecido en el artículo 119 del Tratado, en la medida en que, al conceder el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión, excluye de dicho derecho a los funcionarios que se encuentran en la misma situación.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 13 de diciembre de 2001.

El Secretario  
R. Grass

La Presidenta de la Sala Segunda  
N. Colneric

### COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 9 y 29 DE OCTUBRE y 13 DE DICIEMBRE DE 2001.

Las tres sentencias comentadas versan sobre el alcance en la aplicación del artículo 119 del Tratado CE (invocándose en dos casos la Directiva 79/7 del Consejo). Actualmente viene enumerado como art. 141, que en su punto 1 establece que "Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor". En todos los casos se plantean al TJCE cuestiones prejudiciales sobre el alcance y contenido del mencionado principio. Veamos, sucintamente, cada una de ellas:

-En la Sentencia del TJCE, de 9 de octubre de 2001, el tribunal alemán (Bundesarbeitsgericht) planteó si un ciudadano alemán tenía derecho a percibir una pensión de viudedad y si una caja de pensiones debe garantizar dicho derecho.

El recurrente alega que los estatutos de las cajas de pensiones que supeditan el pago de la pensión al cónyuge viudo son contrarios al principio de igualdad de trato.

En su Resolución el Tribunal alemán señala que la extensión del ámbito de aplicación del art. 119 TCE a las cajas de pensiones daría lugar a rupturas internas del Derecho alemán, que son innecesarias para la protección de los trabajadores contra cualquier discriminación por razón del sexo.

Aun así, y a la vista de la precedente jurisprudencia del TJCE, el Tribunal alemán se pregunta si el art. 119 TCE obliga a las cajas de pensiones a garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el caso de prestaciones del régimen de empresa, aun cuando los trabajadores perjudicados tengan frente a los empresarios un derecho protegido en caso de insolvencia que excluye toda discriminación

El TJCE considera, en primer lugar, que una pensión de supervivencia, abonada en el marco de un plan de pensiones de empresa, pactado en convenio colectivo, es una gratificación pagada por el empresario y, por tanto, comprendida en el ámbito de aplicación del art. 119 TCE; afirmación, entiende, que no puede quedar desvirtuada por el hecho de que la pensión se pague al sobreviviente ni porque el citado plan sea una institución fiduciaria y esté gestionado por fiduciarios independientes del empresario.

Puesto que quienes gestionan un plan de pensiones de empresa abonan prestaciones que tienen la consideración de retribuciones, los mentados gestores vienen obligados a respetar el principio de igualdad de trato, y ello al margen de la independencia de que gozan estas instituciones y de su condición de entidades aseguradoras. Y, aunque según la normativa alemana el empresario sigue siendo el deudor directo de la prestación, hay que considerar que el hecho de obligar al trabajador - o a sus derechohabientes - a que se dirijan en reclamación contra el empresario, sin que puedan efectuarlo frente a la caja, supone introducir una limitación objetiva sobre el número de personas contra las cuales el trabajador puede ejercitar sus derechos.

Por todo ello, el TJCE concluye afirmando que las cajas de pensiones alemanas que abonan las prestaciones de los planes de pensiones de empresa vienen obligadas a salvaguardar la igualdad de trato para hombres y mujeres, independientemente de que los trabajadores discriminados por razón de sexo puedan repetir contra los empresarios, como deudores directos por ser parte en los contratos, y dispongan frente a ellos, para el caso de insolvencia, de un derecho protegido que excluye toda discriminación.

-En la segunda de las sentencias, el Consejo de Estado francés planteó dos cuestiones prejudiciales en relación con la interpretación del art. 119 TCE, art. 6.3 del Acuerdo de Política Social y la Directiva 79/7 CEE sobre aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Los hechos se contraen a la obtención de una pensión de jubilación por parte de un magistrado francés, calculada en base a los años de servicio prestados, pero obviando la bonificación contenida en el Código de pensiones francés para las funcionarias por cada hijo. El Consejo de Estado plantea al TJCE si las pensiones abonadas son retribuciones a efectos del art. 119 TCE y, en caso afirmativo, si la decisión interna vulnera el principio de igualdad de retribución.

En sus razonamientos, el TJCE considera que los funcionarios son una categoría especial de trabajadores, que reciben una pensión como retribución de los servicios prestados hasta el normal cese de sus funciones. Su cuantía depende del grado, duración y naturaleza de los servicios prestados y, en este caso, deriva directamente de los Presupuestos Generales del Estado. En consideración a la jurisprudencia precedente del Tribunal se concluye que las pensiones abonadas por el régimen de jubilación francés están incluidas en el ámbito de aplicación del art. 119 TCE.



La segunda cuestión gira en torno al principio de igualdad de retribución, lo que lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos se encuentren en una situación comparable, cuestión que es objeto de atención por el TJCE en lo que se refiere a la norma que reserva a las trabajadoras con hijos una bonificación de antigüedad a efectos del cálculo de la pensión de jubilación. Se examina cómo el Código de pensiones francés no exige, para los hijos legítimos, la demostración de que efectivamente se ha cuidado de esos hijos y se concede la bonificación sólo por el hecho de ser madres y no para paliar desventajas profesionales en su carrera. Se razona como la concesión de esta bonificación no está relacionada con el permiso de maternidad ni con desventajas sufridas en la carrera profesional como consecuencia del embarazo y parto, sino que está ligada al proceso de educación de los hijos, situación que puede ser asumida tanto por el trabajador masculino como femenino.

El art. L.12, letra b) del Código, al no permitir que un funcionario que se encuentre en esa situación pueda solicitar la bonificación controvertida, crea una diferenciación de trato, sin que a ello obste las norma del Acuerdo sobre la política social que se limita a autorizar medidas nacionales para eliminar o reducir desigualdades de hecho que afecten a mujeres en su vida profesional. La situación invocada ante el TJCE nada tiene que ver con esas medidas sino que se contraen a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de antigüedad por jubilación, por lo que el TJCE concluye que el art. L. 12. B) del Código de pensiones francés vulnera el principio de igualdad de retribución, al excluir de la bonificación para el cálculo de pensiones de jubilación a los funcionarios varones que pueden probar la asunción del cuidado de sus hijos.

-En la tercera de las Sentencias, de fecha 13 de diciembre de 2001, el Tribunal administrativo francés de Châlon-en-Champagne plantea dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del art. 119 TCE y la Directiva 79/7 CEE del Consejo, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

En los hechos se relata el supuesto de un profesor que solicita la baja en el servicio, de forma que le permita obtener de inmediato una pensión de jubilación para poder atender a su esposa enferma. Concedida la baja en el servicio, ésta es revocada por la inspección en aplicación de una Circular del ministerio de Educación que entendió que "el derecho a jubilarse para cuidar del cónyuge inválido se reserva exclusivamente a las funcionarias".

El Tribunal administrativo francés ante el que se impugnó la resolución decidió suspender el procedimiento y plantear dos cuestiones prejudiciales: la primera, si a efectos del art. 119 TCE se consideran retribuciones las pensiones francesas de jubilación de funcionarios y, en caso afirmativo, si la normativa francesa viola el principio de igualdad; y en segundo lugar, si el art. 119 TCE no fuere de aplicación, se pregunta si la normativa francesa se opone a la Directiva 79/7 CEE del Consejo.

El TJCE considera que la igualdad de retribuciones entre trabajadoras y trabajadores, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, es una particularización del más amplio principio de no discriminación. En consecuencia, termina resolviendo que las pensiones de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 119 TCE. Por tanto, en la medida en que la legislación francesa permite el derecho a la concesión inmediata de una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias, con exclusión de los funcionarios varones que se encuentren en la misma situación, se vulnera el principio de igualdad de retribución a que se refiere el art. 119 TCE. (JUAN CANO BUESO, CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE ALMERÍA).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 39/2002, DE 14 DE FEBRERO DE 2002, SOBRE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 9.2 DEL CÓDIGO CIVIL EN SU REDACCIÓN DE 1974<sup>9</sup>

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1724/95, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Reus respecto del art. 9.2 del Código Civil. Han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El día 12 de mayo de 1995 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal oficio remitido del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Reus, de fecha 2 de mayo de 1995, al que se acompaña, junto al testimonio del juicio ordinario de menor cuantía núm. 171/94, el Auto de 11 de abril de 1995, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9 y 14 de la Constitución.
2. El juicio de menor cuantía del que la presente cuestión de inconstitucionalidad trae causa fue promovido por don José Antonio Getino Fernández contra doña María del Pilar Domingo Calleja, en solicitud de formación de inventario de los bienes integrantes de la sociedad conyugal, a fin de que se proceda al avalúo de los bienes inventariados, nombrándose contador-partidor, y a su adjudicación.

Concluido el procedimiento el órgano judicial acordó, por providencia de 13 de febrero de 1995, oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia o no de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, "vigente el día 3 de febrero de 1984 en que contrajeron matrimonio don José Antonio Getino Fernández y doña María Pilar Domingo Calleja, y, por tanto, aplicable, pese a su posterior derogación por la Ley 11/1990, de 15 de febrero, al presente caso por la expresa remisión que al mismo hacían los artículos 9.3 y 16.1 del propio C.c.", por si pudiera ser o

no "contrario a los artículos 1, 9, 14 y concordantes del texto constitucional que reconocen los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo como derechos fundamentales, o si, por el contrario, siendo clara la inconstitucionalidad sobrevenida de dicha norma no es siquiera preciso un pronunciamiento explícito del Tribunal Constitucional sobre su nulidad...".

Evacuado el trámite de alegaciones conferido no estimaron pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad las representaciones procesales de ambas partes, mientras que el Ministerio Fiscal sí consideró procedente hacerlo.

3. En la fundamentación del Auto de 11 de abril de 1995, de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

- a) Comienza por referirse a las razones que, en su opinión, hacen conveniente en este supuesto, pese a ser anterior a la Constitución la norma cuestionada y, en consecuencia, poder aplicar directamente el apartado 3 de la Disposición derogatoria CE, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En primer lugar, que los doce años transcurridos desde la entrada en vigor de la Constitución y la Ley 11/1990, de 15 de octubre, la cual modifica varios artículos del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (entre ellos el que es objeto de la presente cuestión), han dado lugar a muchos "matrimonios mixtos" tanto en Cataluña como en las demás Comunidades Autónomas con su propio Derecho civil, por lo que el problema exige una solución global. En segundo término, que, dada la vaguedad de los términos del Preámbulo y la insuficiencia de las normas transitorias de la Ley 11/1990, la cuestión suscitada en el caso sometido a su enjuiciamiento es la de determinar el régimen económico al que han estado sometidos los cónyuges desde la celebración de su matrimonio el día 3 de febrero de 1984. Y, finalmente, que cabe la posibilidad, aun cuando ésta sea remota, de que el Tribunal Constitucional declare la norma cuestionada conforme a la CE.

A continuación señala que de los hechos admitidos por ambas partes litigantes y de los medios de prueba practicados resultan suficientemente acreditadas las siguientes premisas: 1) Que don José Antonio Getino Fernández, de vecindad civil común, y doña María Pilar Domingo Calleja, de vecindad catalana, contrajeron matrimonio en Cambrils (Tarragona) el día 3 de febrero de 1984 sin otorgar capitulaciones matrimoniales. 2) Y que desde entonces hasta el momento de su separación de hecho (18 de abril de 1989) residieron habitualmente en la mencionada localidad de este partido judicial de Reus.

- b) Por último considera que el art. 9.2 del Código Civil, aplicable al presente caso pese a su posterior modificación por la Ley 11/1990, podría ser contrario a los arts. 1, 9 y 14 CE al discriminar "injustificadamente a la mujer (doña María Pilar Domingo Calleja, en el presen-

<sup>9</sup> El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.



te caso) al someterla al régimen económico matrimonial (sociedad de gananciales, en el presente caso) de la Ley personal (Derecho Civil común, en el presente caso) del marido (don José Antonio Getino Fernández, en el presente caso)".

Siendo clara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada (afirma el órgano proponente) es preciso un pronunciamiento explícito del Tribunal Constitucional sobre su nulidad, ya que el fallo de este litigio depende de su validez. En efecto, de declararse ésta, el régimen económico matrimonial que existió entre las partes hubiera sido la sociedad de gananciales prevista en el Código Civil común, como alega la parte demandante, y, en consecuencia, debería, en principio, estimarse la demanda. Por el contrario, si se estima inconstitucional la norma cuestionada, deberían desestimarse íntegramente las pretensiones de la parte actora, dado que el régimen económico matrimonial hubiera sido, dado que considera que la laguna legal que entonces se ocasionaría debería integrarse con la noción residual de residencia habitual, el de separación de bienes determinado en la Compilación Civil catalana.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 18 de julio de 1995, acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Juez de Primera Instancia núm. 1 de Reus y oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días y a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, alegase lo que estimara oportuno acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad ante la posible falta de condiciones procesales constitucional y legalmente exigibles y, en concreto, si la norma cuestionada es aplicable al caso y de su validez depende la decisión del proceso.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 6 de septiembre siguiente, en el que manifiesta, en síntesis, que la norma cuestionada parece que no es aplicable al caso y que de su validez no depende la decisión del proceso, ya que la cuestión se suscita en un proceso que "tiene por objeto única y exclusivamente la formación del inventario de una sociedad de gananciales como ejecución de una Sentencia de separación en la que se ordenaba la disolución de dicha sociedad". De modo que la norma cuestionada debió ser impugnada en el proceso de separación, en el que la parte que plantea su posible inconstitucionalidad reconoció que el régimen económico que regulaba dicho matrimonio era el de gananciales.

Asimismo añade que el art. 9.3 CC., tanto en su antigua como en su nueva redacción, establece la posibilidad de que los cónyuges pacten los efectos económicos del matrimonio, siempre que los convenios celebrados al efecto estén de acuerdo, en cuanto a su contenido y forma, con las normas que el mismo precepto señala, y solamente cuando falten o sean insuficientes los indicados acuerdos determina el mencionado artículo el régimen normativo que subsidiariamente será de aplicación. De este precepto se infiere, pues, que las partes pueden, mediante el correspondiente pacto, establecer el régimen económico matrimonial que va a regir entre ellas, de forma que si eligieron tácitamente, al no otorgar capitulaciones matrimoniales, el régimen ganancial como propio de su matrimonio, éste es el que ha regido sus relaciones económicas, sin que tenga aplicación la norma cuestionada, porque la voluntad de los cónyuges en cuanto al régimen económico se ha manifestado durante el matrimonio y en los procedimientos de separación y de jurisdicción voluntaria. No es admisible ni lógico que en toda la trayectoria procesal no haya alegado la mujer la debatida norma y la alegue ahora únicamente por razones de convenien-

cia.

6. Por providencia de 16 de enero de 1996 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de Primera Instancia núm. 1 de Reus relativa a la supuesta inconstitucionalidad del art. 9.2 del Código Civil, en la redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto podría vulnerar los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE. Asimismo ordenó dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia e Interior, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen procedentes. Finalmente resolvió publicar la incoación de la presente cuestión de inconstitucionalidad en el "Boletín Oficial del Estado".

7. El Presidente del Senado, a través de escrito fechado el 23 de enero de 1996, registrado en este Tribunal el día 25 de enero siguiente, solicitó se tuviera por personada a dicha Cámara, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC

8. Mediante escrito fechado el 29 de enero de 1996, que tuvo entrada en este Tribunal el 31 de enero siguiente, el Presidente del Congreso de los Diputados puso en conocimiento de este Tribunal que la Mesa de la Cámara había acordado no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar.

9. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, se personó mediante escrito registrado el 2 de febrero de 1996 solicitando que se declare mal planteada la cuestión por falta de objeto; subsidiariamente, que se declare inconstitucional el inciso segundo del art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que reza: "y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración".

Comienza su razonamiento recordando que el texto cuestionado es tan sólo el último inciso del art. 9.2 del Código Civil, en el cual se establece que las relaciones personales entre los cónyuges se regirán, en defecto de los criterios anteriormente sentados, "por la ley nacional del marido al tiempo de su celebración" (se entiende que del matrimonio). Tal redacción fue introducida en la reforma del Título Preliminar del Código Civil operada por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, texto articulado de 31 de mayo de 1974, por lo que, al tratarse de un precepto preconstitucional, habría perdido ya su vigencia en virtud de su incompatibilidad con los arts. 14 y 32 CE, y de ahí que la cuestión se desplazaría a cómo integrar la laguna producida por la pérdida de vigencia de la norma que establece el punto de conexión que ahora se cuestiona de inconstitucionalidad, cuestión que, según reiteradamente ha afirmado este Tribunal, es ajena a la jurisdicción constitucional, pero que en cambio sí ha sido abordada por el Tribunal Supremo, el cual ha entendido que debe acudir a la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, lo cual llevaría a entender que el régimen económico del matrimonio habría sido el de separación de bienes y, por tanto, procedería la desestimación de la demanda.

Continúa el Abogado del Estado su razonamiento recogiendo el precedente constituido por el ATC 438/1990, de 18 de diciembre, que declaró terminada una cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia de la

desaparición sobrevenida de su objeto al haber recibido el precepto cuestionado una nueva redacción acomodada a la Constitución en la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que entró en vigor después de admitida la cuestión. Con mayor motivo habría de ser aplicada la nueva norma en un proceso que se inicia una vez que había entrado ya en vigor la nueva redacción del precepto del Código Civil adoptada por la tan reiterada Ley 11/1990. Ahora bien, como no deja de ser sostenible la aplicación al caso de la norma cuestionada de inconstitucionalidad, atendido que el matrimonio se celebró, y se decretó la separación, con anterioridad a la vigencia de la Ley 11/1990, examina la constitucionalidad del precepto cuestionado a la luz de los arts. 14 y 32 CE.

Entiende el Abogado del Estado que, de los preceptos constitucionales citados en el Auto de planteamiento, el más adecuado sería el art. 14 CE, el cual prohíbe expresamente que prevalezca cualquier discriminación por razón de sexo u otra circunstancia personal, como podría ser el estado civil, prohibición que alcanza también al legislador. Añade que debería haberse citado también el art. 32.1 CE que garantiza al hombre y a la mujer la plena igualdad jurídica en el matrimonio, pero que dicha omisión no impide que, de conformidad con lo establecido en el art. 39.2 LOTC, pueda producirse una declaración de inconstitucionalidad fundada en este precepto. Concluye que la inconstitucionalidad del punto de conexión subsidiario, consistente en la ley personal del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, es manifiesta y ha sido señalada por la doctrina más autorizada, pues, establecida por el art. 14 CE la prohibición de discriminar por razón de sexo o de estado civil, resulta imposible hacer compatible el inciso cuestionado de la norma con los preceptos constitucionales citados, sin que, por otra parte, quepa acudir a la supuesta neutralidad material de las normas de conflicto, toda vez que, tratándose de un supuesto de derecho interregional determinante de la aplicabilidad de alguno de los Derechos civiles coexistentes dentro de un Ordenamiento único, todos ellos están sujetos por igual a la Constitución.

10. El Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 9 de febrero de 1996, solicitando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras centrar la cuestión suscitada en el marco del proceso judicial en el que se plantea, razona que la interpretación efectuada por el Juez proponente de los párrafos 2 y 3 del art. 9 del Código Civil llevaría a la declaración de inconstitucionalidad del art. 9.2 de dicho cuerpo legal, pues supone que en los casos en que los cónyuges tienen distinta vecindad civil uno de los efectos del matrimonio (el económico) ha de regirse por la ley personal del marido, suponiendo ello una discriminación por razón de sexo sin causa razonable que lo justifique. Ahora bien, esta conclusión, que, según el Fiscal se deduce de una primera lectura de los preceptos indicados, ha de examinarse detenidamente para dilucidar si tal inconstitucionalidad es tan solo aparente, es decir, si se trata de una conclusión meramente formal sin contenido contradictorio con el derecho fundamental, o, por el contrario, estamos ante una inconstitucionalidad material que vulnera el art. 14 CE.

El Ministerio público llama la atención sobre el hecho de que en el proceso a quo se dilucidaban los efectos económicos del matrimonio, de suerte que la norma del art. 9.2 del Código Civil, que se refiere a los efectos personales del matrimonio, no es de aplicación directa, sino que entra en juego únicamente en virtud de la remisión que a ella efectúa el art. 9.3, y sólo como consecuencia de no haberse pactado el régimen económico

matrimonial aplicable en capitulaciones matrimoniales, permitidas tanto por el Derecho civil común como por el Derecho foral catalán. Pues bien, la previsión de que mediante capitulaciones matrimoniales pueda determinarse el régimen económico del matrimonio hace que el régimen resultante de la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda resulte un régimen querido y determinado libremente por los cónyuges a través de una opción tácita por el régimen legal subsidiario determinado por la normativa civil o foral que resulte aplicable. En suma, en la medida en que se está ante una norma dispositiva, no existe imposición de un régimen económico determinado por la preferencia de la ley personal del marido, lo cual permite concluir que la norma enjuiciada no resulta contraria al principio de no discriminación por razón de sexo consagrado en el art. 14 CE. Otra cosa sería, concluye el Fiscal, que la cuestión de inconstitucionalidad, aun sobre el mismo precepto legal, se hubiese suscitado en un litigio relativo a los efectos personales del matrimonio, en el que se plantearía en su más profunda y radical dimensión la conexión íntima entre la norma cuestionada y las pretensiones deducidas en el proceso.

11. Por providencia de fecha de 12 de febrero de 2002, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Auto del Juez de Primera Instancia núm. 1 de Reus, de 11 de abril de 1995, cuestiona la constitucionalidad del art. 9.2 del Código Civil en la redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por estimarlo contrario a los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE. De la fundamentación de tal Auto puede desprenderse, sin esfuerzo interpretativo alguno, que tan sólo se cuestiona el último inciso del párrafo aludido, en cuanto que, en defecto de los puntos de conexión principalmente establecidos para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges, impone la aplicación de la "ley nacional del marido al tiempo de la celebración" del matrimonio. Tal preferencia del varón sobre la mujer discrimina a ésta injustificadamente, siendo preciso, entiende el Juez proponente de la cuestión, un pronunciamiento expreso de este Tribunal dada la existencia de un elevado número de "matrimonios mixtos" (expresión con la que alude a la circunstancia de que los cónyuges tengan distinta vecindad civil), lo que aconseja que se resuelva con carácter general el problema que éstos suscitan, consideración que en el caso que da lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta reforzada por la insuficiencia de las disposiciones transitorias de la Ley 11/1990 para determinar el régimen económico en el que estuvieron casadas las partes del proceso a quo.
2. Un análisis consecuente con la naturaleza de las peticiones de quienes han intervenido en este proceso constitucional exige iniciar nuestro enjuiciamiento con el estudio de la petición principal del Abogado del Estado, el cual entiende que la cuestión de inconstitucionalidad carece de objeto y que, por ello, debe declararse mal planteada. Se basa para sustentar tal afirmación en un doble argumento:
  - a) De una parte, en que el carácter preconstitucional de la norma cuestionada habría determinado la pérdida de vigencia de ésta por incompatibilidad con los arts. 14 y 32 CE, de suerte que la Ley 11/1990, de 15 de octubre, no habría producido propiamente la derogación de la norma anterior, sino la introducción de un nuevo régimen jurídico plenamente acomodado a los preceptos constitucionales



les, desplazándose así la cuestión al entendimiento de cómo habría de llenarse la laguna legal existente en el lapso temporal que media entre la pérdida de vigencia del inciso cuestionado, producida por la entrada en vigor de la Constitución, y la publicación de la Ley 11/1990, que adopta nuevos criterios de determinación de la normativa aplicable, cuestión que, como reiteradamente se ha afirmado, no corresponde resolver al Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias propias y específicas.

Ahora bien, esta argumentación no puede ser compartida dado que hace supuesto de la cuestión. En efecto, la pérdida de vigencia del inciso cuestionado se habría producido por aplicación de la Disposición derogatoria tercera de la Constitución a causa de su incompatibilidad con los preceptos constitucionales, que es precisamente lo que el órgano judicial plantea como duda de constitucionalidad. Pues bien, cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que, si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción constitucional (SSTC 17/1981, de 1 de junio; 83/1984, de 24 de julio; 155/1987, de 14 de octubre; 105/1988, de 8 de junio; y 126/1997, de 3 de julio, entre otras).

b) Una segunda línea argumental viene a sostener que el art. 9.2 CC podía ser ya aplicado en el proceso a quo en la nueva redacción dada por la Ley 11/1990, por lo que la cuestión carecía ab initio de objeto. Este razonamiento vendría avalado, en opinión del Abogado del Estado, por el criterio seguido en el ATC 438/1990, de 18 de diciembre, que declaró terminada una cuestión de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida del objeto dado que el precepto cuestionado había recibido nueva redacción acomodada a la Constitución por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que entró en vigor después de admitida la cuestión de inconstitucionalidad.

Frente a lo expuesto cabe oponer, como más adelante apunta incluso el propio Abogado del Estado, que la aplicabilidad al caso de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona puede sustentarse en varios argumentos, entre los cuales alude a que el matrimonio (cuyo régimen económico habrá de determinarse en función de la constitucionalidad del precepto cuestionado) se celebró (y su separación se decretó) bajo la vigencia de la norma cuestionada. A ello podría añadirse que la determinación del régimen económico del matrimonio se produjo al tiempo de su celebración, según la ley aplicable, en función de la vecindad civil de los contrayentes, por lo que el efecto jurídico de la aplicación de la norma cuestionada, consistente en el señalamiento o fijación de qué legislación civil, común o foral, determinaría tal régimen atendida la inexistencia de capitulaciones matrimoniales, habría agotado sus efectos en su aplicación instantánea, sin que el cambio normativo posterior haya de llevar consigo una alteración del régimen económico del matrimonio así establecido.

En esta circunstancia (haberse producido ya el efecto jurídico derivado de la aplicación de la norma cuestionada) reside, además, la nota distintiva con el precedente citado por el Abogado del Estado, y otros que podrían citarse, como el estudiado en el ATC 43/1995, de 7 de febrero. En efecto, en el caso del ATC 438/1990, de 18 de diciembre, a que hace referencia el Abogado del Estado se cuestionaba el art. 159 CC, que daba preferencia a

la madre para hacerse cargo del cuidado de los hijos cuando los padres vivían separados y no había acuerdo o decisión judicial motivada en la excepcionalidad, pero tal artículo había sido reformado, de suerte que se eliminaban las objeciones de constitucionalidad propuestas por el Juez. La norma por su propia naturaleza y la de la materia regulada, había de ser aplicada en su nueva redacción al dictar sentencia, por lo que la regla de derecho de cuya constitucionalidad se dudaba había dejado de ser aplicable al caso. En el supuesto resuelto en el ATC 43/1995, de 7 de febrero, se dudaba de la constitucionalidad del art. 54 de la Ley del Registro Civil, en la redacción dada a este texto por la Ley 17/1977, de 4 de enero, que no autorizaba la imposición de nombres extranjeros a los ciudadanos españoles. La publicación de la Ley 20/1994, de 6 de junio, que hizo desaparecer tal prohibición, eliminó de raíz la eventual contradicción de la norma contemplada con la Constitución, pues el Juez debía adoptar su decisión de acuerdo con el texto de la disposición vigente en el momento de resolver, es decir, conforme a un precepto de cuya constitucionalidad no se dudaba ya. En cambio, en el proceso en el que esta cuestión de inconstitucionalidad se plantea, de lo que se trata es de determinar cuál fue el régimen económico-matrimonial que quedó establecido por la aplicación de la regulación vigente al tiempo de la celebración del matrimonio. La norma cuestionada produjo su efecto, consistente en la determinación de conforme a qué ordenamiento, común o foral, quedaría establecido el régimen económico-matrimonial, y, fijado así el régimen económico del matrimonio por aplicación de la norma de conflicto vigente al tiempo de su celebración, la modificación de tal norma no produce la alteración del régimen económico-matrimonial que resulta aplicable. Y es que, a diferencia de los otros dos supuestos estudiados, en los cuales las normas cuestionadas de inconstitucionalidad proporcionaban al Juez una regla de Derecho en que sustentar la resolución del caso sometido a su enjuiciamiento, en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora se resuelve el Juez no ha de tomar una decisión conforme a la ley vigente al tiempo de adoptarla, sino que ha de aplicar una norma que produjo un efecto jurídico instantáneo en el pasado y que prolonga sus efectos en el tiempo presente.

En todo caso, y esta consideración resulta definitiva a los efectos de rechazar las objeciones procesales opuestas, en la reciente STC 109/2001, de 26 de abril (FJ 3, con cita de las SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 1; 114/1994, de 14 de mayo, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 4), recordábamos que nuestra función no es la de resolver controversias interpretativas o dudas sobre el alcance de los preceptos legales o, dicho de otra manera, la interpretación de la legalidad que subyace a la cuestión, sino enjuiciar la conformidad con la Constitución de una norma con rango de ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, conforme disponen los arts. 163 CE y 35.1 LOTC. En ese planteamiento los órganos jurisdiccionales que formularon la cuestión parten de una determinada interpretación del precepto cuestionado, debiendo precisarse que dicha interpretación debe ser el presupuesto de partida para el ejercicio de la función que nos viene atribuida cuando, como ocurre aquí, dicha interpretación no puede tacharse de irrazonable o de inconsistente en sí misma.

3. Las alegaciones del Fiscal General del Estado nos llevan a anteponer su estudio a la argumentación de fondo sobre la constitucionalidad del inciso del art. 9.2 CC que formuló el Abogado del Estado, con cuyas alegaciones aconseja la lógica expositiva que concluyamos.

El Fiscal General del Estado aduce que a la aplicación del cuestionado inci-

so final del art. 9.2 CC (regulador de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges), se llega en el proceso a quo por la remisión que a él hace el art. 9.3 CC (sobre ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges). Como tal remisión sólo entra en juego en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, permitidas tanto por el régimen civil común como por el foral catalán, el régimen económico matrimonial resultante de la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda es un régimen querido y determinado libremente por los cónyuges a través de una opción tácita por el régimen legal subsidiario civil común o foral que resulte aplicable. Consecuentemente, en la medida en que se está ante una norma dispositiva, no existe imposición de un régimen económico determinado por la preferencia de la ley personal del marido, por lo que la norma no sería contraria al principio de no discriminación en virtud del sexo, consagrado en el art. 14 CE. Otra cosa sería, concluye el Ministerio público, que la cuestión de inconstitucionalidad, aun en relación con el mismo precepto legal, se hubiese planteado en un litigio sobre los efectos personales del matrimonio [en cuyo caso, añadimos nosotros, la regla legal, si llegara a ser de aplicación, sí sería imperativa], guardando por consiguiente la conexión íntima entre la norma cuestionada y las pretensiones deducidas en el proceso que se exige legal y constitucionalmente.

Pues bien, este Tribunal no puede sino admitir la necesidad, reiteradamente afirmada, de que entre la norma de cuya constitucionalidad se duda y las pretensiones de las partes exista una íntima conexión, dado que uno de los requisitos legal y constitucionalmente exigibles para poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad es, precisamente, que el fallo de la Sentencia, en el que se resuelve sobre las pretensiones de las partes, dependa de la adecuación de la ley a la Constitución. Ahora bien, de ello no se derivan diferentes exigencias de adecuación constitucional según que la norma cuestionada tenga carácter dispositivo o imperativo. Al margen de que la posibilidad de que los particulares puedan desplazar la aplicación de la regulación dispositiva encuentra siempre determinados límites, en unas ocasiones generales y en otras acotados por la propia norma que establece tal posibilidad, no parece adecuado afirmar que no hacer uso del margen de autonomía reconocido en la norma implique una opción voluntaria de sometimiento a la regulación dispositivamente introducida en la norma, sino que la aplicación de la misma deriva del carácter vinculante del Derecho, por lo que las mismas exigencias de adecuación a la Constitución deberán entrar en juego. Dicho de otro modo, y ciñéndonos al caso concreto, una vez que los contrayentes decidieron no hacer uso de la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales para determinar así el régimen económico de su matrimonio, la norma de conflicto que establece conforme a qué ley personal habrá de determinarse el régimen económico del matrimonio deberá ajustarse a los preceptos constitucionales. La circunstancia de si se utilizó o no la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales determinará si la previsión subsidiaria de la ley es aplicable al caso o no, lo que tendrá incidencia a la hora de efectuar el juicio de relevancia, pero, efectuado éste, la constitucionalidad de la norma se somete a los comunes u ordinarios parámetros de control. De lo que se duda no es de la constitucionalidad del régimen económico que haya de regir entre las partes del proceso a quo, sino de la utilización de la ley personal del marido como punto de conexión, resultando indiferente para exigir su adecuación a la Constitución que tal punto de conexión sea el primero establecido en la norma de conflicto o que, por el contrario, existan

otros de preferente aplicación en los que se reconozca a las partes cierto margen dispositivo. Todos los puntos de conexión, con independencia de si son establecidos en primer término o con carácter subsidiario, han de ajustarse a la Constitución.

4. Lo anteriormente razonado nos coloca ya en situación de afrontar si el art. 9.2 CC, al establecer la nacionalidad del marido al tiempo de contraer el matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio y, en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, como consecuencia del reenvío efectuado en el núm. 3 del mismo precepto, también a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, es o no contrario al art. 14 CE así como al art. 32 CE, al que se refiere el Abogado del Estado en sus alegaciones como posible fundamento, en aplicación del art. 39.2 LOTC, de una Sentencia estimatoria de la presente cuestión.

Para efectuar el enjuiciamiento apuntado bueno será recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación, recogida de forma extensa y precisa en la reciente STC 200/2001, de 4 de octubre, en cuyo fundamento jurídico 4 se puntualizan los siguientes extremos:

"a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la rela-



ción existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).

b) La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FF JJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, FF JJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que im-

nen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FF JJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se toma aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)."

5. Pues bien, de acuerdo a los anteriores parámetros ha de coincidir con el criterio sustentado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado para el caso en que, como así hemos razonado con anterioridad, puedan y deban superarse los obstáculos procedimentales para la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad que cada uno opuso y que han sido ya estudiados.

Para realizar el juicio sobre la vulneración del principio de igualdad venimos exigiendo, de un lado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Y, una vez verificado que tanto uno como otro presupuesto se cumplen, habremos de entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Pues bien, no cabe duda de que el art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al art. 14 CE, sino también al más específico art. 32 CE, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón. Este Tribunal, partiendo de la Constitución y de los textos comunitarios e internacionales sobre la igualdad, ha reaccionado siempre frente a toda norma o acto aplicativo que supusiese la discriminación de la mujer, alineándose así tanto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de febrero de 1994, caso Burghartz, en relación con la determinación del apellido familiar) como con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales Constitucionales. En este mismo sentido, la Sentencia de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con relación a un supuesto que guarda esencial identidad al que es objeto de nuestro estudio, declaró inconstitucional el art. 15, apartados 1 y 2, primer párrafo, de la Ley de Introducción del Código Civil Federal

en cuanto establecía la ley personal del marido como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, afirmando que tal preferencia resulta contraria al principio de igualdad, con independencia de que el resultado de la aplicación de la norma sea o no más beneficioso para la mujer, pues basta con la preferencia de ésta para que haya de entenderse lesionado el art. 3.2 de la Ley Fundamental, y sin que pueda considerarse que constituya una justificación constitucionalmente legítima del otorgamiento de preferencia a la ley personal del marido a los indicados efectos que el establecimiento de tal punto de conexión confiera una mayor certeza a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

Con idéntica orientación sentido la Corte Constitucional italiana sostuvo en su Sentencia de 26 de febrero de 1987 que la preferencia por la ley nacional del marido como punto de conexión en una norma de Derecho internacional privado semejante a la aquí estudiada es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo y, con carácter específico, al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Como ya se ha anticipado el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, supeada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad.

Todo ello conduce derechamente a la estimación de la presente cuestión, restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en virtud de ello, declarar inconstitucional y derogado por la Constitución el art. 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el texto articulado aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso "por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración".

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a catorce de febrero de dos mil dos.

#### COMENTARIO A LA STC 39/2002, DE 14 DE FEBRERO.

La sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Reus respecto del art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modifica

dicho precepto. El artículo cuestionado establecía que "Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración". El Juzgado indicado considera este precepto contrario a los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE, por preferir de manera injustificada la ley nacional del marido sobre la de la mujer como criterio de conexión. Se resolvía un juicio de menor cuantía promovido en solicitud de formación de inventario de los bienes integrantes de la sociedad conyugal, a fin de proceder al avalúo de los bienes inventariados. La sociedad conyugal estaba integrada por un hombre que disfrutaba de la vecindad civil común y una mujer de vecindad catalana.

El precepto cuestionado era, en principio, aplicable al caso, requisito necesario, según el art. 163 CE, para poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Así, por un lado, aunque el anterior tenor del art. 9.2 CC sólo regulaba las relaciones personales entre los cónyuges, resultaba plenamente aplicable al caso gracias a la remisión que a él hacía el entonces art. 9.3 CC, en virtud del cual "Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales." Por otra parte, pese a que en el momento en que se plantea la cuestión la norma ya había sido derogada, ello no conlleva en este caso para la cuestión de inconstitucionalidad la desaparición de su objeto, toda vez que el matrimonio se había contraído estando aquella vigente, sin que su aplicabilidad al caso se viera afectada por la posterior sucesión de normas (cfr. f.j. 2.b).

Sin embargo, el carácter preconstitucional del precepto cuestionado -su origen se encuentra en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974- hubiera permitido que el órgano judicial la considerara simplemente derogada por la Disposición Derogatoria Tercera CE, y por tanto inaplicable. No obstante, la sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad posee unos efectos generales de los que hubiera carecido la del Juzgado ordinario. Del empleo de esta vía deriva una mayor seguridad jurídica, y se impide de manera definitiva que la norma pueda en un futuro producir efecto alguno, cualquiera que sea la opinión que sobre la misma pudiera tener el órgano juzgador. Al respecto, señala el TC, siguiendo con ello su jurisprudencia anterior, que la condición preconstitucional de la norma "no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que, si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a estar jurisdicción constitucional" (f.j. 2. a)

Con independencia de lo expuesto, la constitucionalidad del precepto se erigía en elemento condicionante del fallo. En efecto, si la norma era considerada conforme a la Constitución, la ley aplicable al caso era la del marido (sociedad de gananciales). En caso contrario, según opinión unánime de la doctrina, hubiera sido la de la esposa (separación de bienes, según la Compilación civil catalana), por corresponderse ésta con la del lugar de residencia habitual del matrimonio.

En favor de la constitucionalidad de la anterior redacción del art. 9.2 CC, el Fiscal General del Estado adujo el carácter dispositivo del criterio que vinculaba la ley aplicable a la del marido, en tanto que éste sólo entraba en juego en el caso de que no existiera pacto en contrario entre los cónyuges.



Sin embargo, como bien argumenta posteriormente el TC, la naturaleza dispositiva de una norma no le exime del deber de adecuación a la Constitución. En palabras del Alto Tribunal, "no parece adecuado afirmar que no hacer uso del margen de autonomía reconocido en la norma implique una opción voluntaria de sometimiento a la regulación dispositivamente introducida en la norma, sino que la aplicación de la misma deriva del carácter vinculante del Derecho, por lo que las mismas exigencias de adecuación a la Constitución deberán entrar en juego. (...) Todos los puntos de conexión, con independencia de si son establecidos en primer término o con carácter subsidiario, han de ajustarse a la Constitución." (Fj. 3). Por lo demás, la norma enjuiciada implica una vulneración evidente del principio de igualdad del art. 14 CE y, en íntima conexión con él, de la igualdad jurídica de hombre y mujer en el matrimonio (art. 32 CE), por carecer el diferente trato establecido por ella de justificación alguna objeti-

va y razonable. Se trata, pues, de una discriminación de la mujer por razón exclusivamente de su sexo. La regla de determinación de la ley aplicable en la regulación de las relaciones matrimoniales mixtas debe ser, por tanto, como indica expresamente el TC, formalmente neutra (ff.jj. 4 y 5).

En conclusión, la sentencia analizada del TC supone un nuevo paso adelante en la consecución de una igualdad formal y real de hombre y mujer en el ámbito familiar, en la medida en que combate una manifestación del mayor peso que la ley otorgaba a la figura del marido en diferentes aspectos de la relación matrimonial. Podría ser objeto de otro análisis si su doctrina es aplicable a otros supuestos, como el del orden en la determinación de los apellidos. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ. PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2001. DELITO DE VIOLACIÓN.

### TEXTO DE LA SENTENCIA

STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2001. SALA DE LO PENAL.

PONENTE: EXCMO. SR. D. JUAN SAAVEDRA RUIZ.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formulan dos motivos de casación.

El primero, por ordinaria infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim. por aplicación indebida del artículo 179 C.P.

El segundo, acude al amparo del artículo 5.4 L.O.P.J., denunciando infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 C.E. Un criterio lógico determina que deba ser invertido el orden de análisis de los mismos.

Se alega que la presunción de inocencia del recurrente no ha sido enervada porque "no existe mínima prueba de cargo acerca del uso de violencia o intimidación para con ello obtener el acceso carnal con las denunciadas", añadiéndose más adelante que las declaraciones de éstas "no cumplen los parámetros que la doctrina de la Sala viene estableciendo como mínima garantía para que pueda desvirtuar, por si sola, la presunción de inocencia".

En realidad el recurrente admite parcialmente los hechos, pero disociando los que se producen en el interior del automóvil y los que tienen lugar posteriormente en la playa, de forma que en todo caso serían aquellos constitutivos del supuesto previsto en el artículo 178 por cuanto los descritos y sucedidos a continuación fueron consentidos por las dos mujeres.

La Jurisprudencia de la Sala acerca del alcance de la violencia o intimidación es expuesta por el Tribunal de instancia con toda claridad en el fundamento de derecho primero, señalando que la intimidación "implica la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aún mediante actos concluyentes; a tal fin basta con que sea simplemente eficaz para doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito, sin que sea necesario que tal intimidación sea irresistible, y sin que sea tampoco preciso en forma alguna que genere una situación de paralización total o de invencible inhibición psíquica", con cita de las S.S.T.S. de 27/2 y 25/9/91 y 6/5/92, doctrina que se mantiene vigente en el momento actual.

La fuente de la prueba está constituida por la declaración de ambas víctimas llevada a cabo en el juicio oral bajo el imperio de los principios que lo inspiran, manifestaciones recibidas inmediatamente por el Tribunal que ha formado su convicción de culpabilidad sobre las mismas. Es cierto que el testigo-víctima no es exactamente un tercero ajeno a los hechos objeto de

enjuiciamiento, pero en el proceso penal es válido su testimonio que estará sujeto a la libre apreciación del Tribunal de instancia ex artículo 741 LECrim.. Precisamente dicha peculiaridad ha determinado que la Jurisprudencia venga sentando determinados criterios o cautelas que debe tener en cuenta el Tribunal a la hora de valorar dichos testimonios, verdaderas directrices consolidadas por la Jurisprudencia de esta Sala, a las que también se refiere la Audiencia Provincial. Señala, por todas, la S.T.S. de 17/5/01, que las declaraciones de la víctima deben ser apreciadas teniendo en cuenta los conocidos criterios de ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud que deba merecer la declaración, por la concurrencia de corroboraciones objetivas, y persistencia de la misma. Todo ello debe confluir en el análisis valorativo de la Sala.

Pues bien, en el presente caso, el Tribunal de instancia se refiere a lo manifestado por ambas perjudicadas, "quienes en el acto del juicio oral, ratificaron sus manifestaciones sumariales, exponiendo de forma minuciosa y detallada los actos de agresión sexual de los que fueron víctimas .... evidenciaron una relación de los hechos absolutamente coincidente y veraz, describiendo las distintas felaciones, penetraciones por vía vaginal ....., y ..... vía anal, así como otros actos de carácter lúbrico ...". Así las cosas, no existen razones que permitan albergar la concurrencia de circunstancias que afecten a la credibilidad de dichos testimonios, relación de hechos expuestos desde la denuncia, después ratificada ante el Instructor, realizada por ambas en su lugar de residencia sito en Edimburgo. Precisamente dicha distancia refuerza la credibilidad cuestionada por cuanto con ello asumieron la exigencia procesal de su vuelta a España, comparecencia ante el Juzgado y la Audiencia, ratificación y exposición de los hechos, lo que así hicieron, siendo por ello patente la concurrencia del criterio relativo a la persistencia en la incriminación. El hecho de que no denunciasen inmediatamente lo acaecido a las autoridades españolas se justifica razonablemente en la medida que tenían programado el viaje de regreso el día siguiente del suceso. Es cierto que con ello no pudieron llevarse a cabo con inmediatez determinadas diligencias de comprobación de los hechos, pero ello también debe ser valorado en el conjunto de la actividad probatoria habida cuenta todas las circunstancias señaladas anteriormente. Por ello el recurrente subraya especialmente y cuestiona la existencia de la verosimilitud de las imputaciones y la falta de corroboraciones objetivas. Sin embargo, no existe tampoco ausencia total de éstas si tenemos en cuenta que el procesado admite parcialmente los hechos y que ciertamente lo único que cuestiona es el elemento de la intimidación referido a lo que aconteció en la playa. Por ello el Tribunal no ha infringido los criterios de valoración antedichos enlazando adecuadamente el clima de violencia preexistente, producido en el interior del automóvil, y la subsiguiente intimidación ejercida por el acusado "amenazándolas con golpearlas con el puño", después de propinar "un fuerte golpe en la cara" a una de ellas, dirigiendo el coche a un lugar solitario, circunstancia que también debe ser tenida en cuenta, todo ello sin solución de continuidad.



Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo por infracción de ley, al que se añade la falta de motivación en la sentencia de la imposición de la pena de ocho años de prisión, está sustancialmente contestado en el anterior. Además, el respeto exigible a los hechos probados no permite apartarse de los mismos en el desarrollo del motivo (artículo 884.3 LECrim.).

Ya hemos señalado que la Audiencia enlaza correctamente, entendiendo que se trata en rigor de un supuesto de unidad de acción, toda la secuencia desde que las perjudicadas suben al automóvil hasta que son abandonadas en la playa, reflejándose en el propio "factum" los actos de violencia e intimidación realizados por el culpable y también las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes.

En cuanto a la denunciada falta de motivación de la pena impuesta, ocho años de prisión por cada delito de agresión sexual, siendo el marco punitivo que establece el artículo 179 C.P. 1995 de seis a doce años, es decir, impuesta en su mitad inferior, no hay tal si tenemos en cuenta que en el fundamento jurídico cuarto se refiere la Sala de instancia, de forma parca pero suficiente, "a la gravedad de los hechos y reiteradas vejaciones sexuales a las que fueron sometidas las perjudicadas", para justificar la pena resultante. Es cierto que toda agresión sexual conlleva la vejación del sujeto pasivo pero aquélla es susceptible de distintos grados e intensidades que es lo que cabalmente refleja la sentencia y determina la individualización de la pena en los términos a que se refiere el artículo 66.1 C.P. cuando obliga a tener en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho.

El motivo, igualmente, debe ser desestimado.

TERCERO.- Ex artículo 901.2 LECrim. las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

#### FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Juan Andrés frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda, en fecha 16/2/01, en causa seguida al mismo por delito de agresión sexual, con imposición al referido de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Martín Pallín.- José Antonio Marañón Chavarri.- Juan Saavedra Ruiz.- Julián Sánchez Melgar.- José Jiménez Villarejo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Saavedra Ruiz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2001. DELITO DE VIOLACIÓN. EFICACIA DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA PROVOCAR LA CONDENA.

### TEXTO DE LA SENTENCIA

STS DE 12 DE DICIEMBRE DE 2001. SALA DE LO PENAL  
PONENTE: EXCMO. SR. D. CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de violación, con la concurrencia de las atenuantes de minoría de edad penal y análoga de embriaguez. Frente a la misma se articulan cuatro motivos de recurso, por error en la valoración de la prueba, vulneración de la presunción de inocencia, infracción de ley e incongruencia omisiva.

Comenzando por el análisis de este último, dada su naturaleza de quebrantamiento de forma, su desestimación se impone pues la cuestión que se menciona como irresuelta -las razones de la víctima para haber quedado con el acusado- es meramente fáctica y no constituye una pretensión

jurídica formalmente planteada por la parte recurrente, como se exige jurisprudencialmente de modo reiterado, dada la naturaleza de este motivo casacional.

El motivo por error de hecho en la valoración de la prueba carece manifiestamente de fundamento, pues la parte no alega ninguna prueba documental, en sentido propio, en el que fundamentarlo.

La alegación de vulneración de la presunción de inocencia no está justificada, pues el Tribunal sentenciador dispuso como prueba relevante de la declaración de la propia víctima o perjudicada, y la analiza razonadamente, conforme a los parámetros reiteradamente establecidos por esta Sala. Así resulta que dicho testimonio no está afectado por ninguna razón espuria que pueda afectar a su credibilidad subjetiva, aparece avalado por elementos objetivos de corroboración y es reiterado, concreto y plenamente convincente, como razona el Tribunal sentenciador.

El ponderado análisis del testimonio de Lorena que realiza el Tribunal

## JURISPRUDENCIA · TS ·

sentenciador en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia de instancia, al que nos remitimos para evitar innecesarias reiteraciones, resulta plenamente convincente, y acredita que el Tribunal dispuso de una prueba de cargo suficiente, que cumple adecuadamente los requisitos para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, sin que este cauce casacional permita suplantar la razonable valoración probatoria del Tribunal "a quo", que gozó de las ventajas y garantías que proporciona la inmediación.

Por último la alegación de infracción de ley se fundamenta en la previa estimación de los anteriores motivos. Desestimados éstos pierde su efectividad, pues respetando los hechos probados es claro que constituyen el delito objeto de condena.

SEGUNDO.- La desestimación del recurso impone la remisión por el Tribunal sentenciador de la ejecutoria a la Jurisdicción de Menores para la sustitución retroactiva de las penas legalmente prevenidas conforme a la Legislación anterior por las medidas primordialmente educadoras establecidas por la LORRPM, (Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor) dada la minoría de edad penal del acusado cuando cometió el hecho enjuiciado, y conforme a lo establecido en la disposición transitoria única de la referida Ley.

Reservándose la Audiencia Provincial la competencia para la ejecución de los pronunciamientos civiles, como ha señalado esta Sala en los autos desestimatorios de los recursos de súplica interpuestos por el Ministerio Fiscal en relación con la regulación transitoria de los recursos de casación pendientes que afecten a menores, dado que en materia de responsabilidades civiles no es aplicable la retroactividad, de acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala, y en consecuencia los derechos de naturaleza civil adquiridos de modo definitivo por la víctima conforme a la sentencia firme de condena no pueden ser perjudicados por la legislación posterior al hecho del que derivan.

## FALLO

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de casación por INFRACCIÓN DE LEY, INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA interpuesto por José Luis, contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, imponiéndose las costas a dicho recurrente del presente recurso.

El Tribunal sentenciador remitirá la ejecutoria a la Jurisdicción de Menores para la sustitución retroactiva de las penas impuestas conforme a la legislación anterior por las medidas primordialmente educadoras establecidas por la LORRPM, reservándose la Audiencia Provincial la competencia para la ejecución de los pronunciamientos civiles.

Notifíquese la presente resolución al recurrente, Ministerio Fiscal, parte recurrida y Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Juan Saavedra Ruiz.- Diego Ramos Gancedo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 30 DE NOVIEMBRE Y 12 DE DICIEMBRE DE 2001.

Debido a la conexión entre las SSTs de 30 de noviembre y 12 de diciembre de 2001, estas se comentarán de forma conjunta. En la STS de 30 de noviembre de 2001, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante de 16-2-2001 que condenó a Juan Andrés como autor de dos delitos de violación del art. 179 CP a la pena de ocho años de prisión por cada uno de ellos, con las accesorias de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En los hechos probados de la sentencia se relata como en la madrugada del 28 de mayo de 1994 las ciudadanas británicas Helen y Elizabeth fueron recogidas por el condenado en su vehículo, ofreciéndose este a desplazarlas hasta las proximidades del domicilio de aquellas. En vez de esto, el condenado intentó mantener relaciones sexuales con ellas en el interior del vehículo, y ante la negativa de las víctimas, golpeando a una de ellas en la cara y bajo la amenaza de golpearlas con el puño, las llevó a una playa donde las obligó a mantener relaciones sexuales con él, dejándolas abandonadas una vez hubo acabado.

En la STS de 12 de diciembre de 2001, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander de 9-11-1999 que condenó a José Luis como autor de un delito de violación del art. 179 CP, concurriendo la atenuante de minoría de edad penal y analógica de embriaguez, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, además de la prohibición de acceder a la ciudad de Santander y permanecer en ella durante tres años. En los hechos probados de la sentencia se relata como antes de la 1.00 horas del 27 de junio de 1998 José Luis acudió a encontrarse con Lorena para hablar de una amiga común. Una vez cerca del domicilio de L., el condenado la invitó a mantener relaciones sexuales con él y al negarse esta, esgrimiendo una navaja la obligó a acompañarle y a saltar una verja de una zona próxima a la Catedral pero oculta a la vista y donde, colocándole la navaja en el cuello la obligó a mantener relaciones sexuales con él. Una vez hubo terminado y durante el camino de regreso J. L. la amenazó repetidamente con matarla si contaba algo.

En ambas sentencias se desestiman acertadamente los recursos interpuestos por los condenados, y se alega como uno de los motivos de casación, el de vulneración del derecho de presunción de inocencia, basándose en que las declaraciones de las víctimas no cumplen los parámetros que la doctrina del TS viene estableciendo como mínima garantía para que puedan desvirtuar, por sí solas, la presunción de inocencia.

En cuanto a la declaración de la víctima, el TS ha declarado que "cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por



el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa y que "las declaraciones de la víctima tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías procesales y son hábiles, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos contra la libertad sexual en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos", tal y como ha reconocido reiteradamente también el Tribunal Constitucional (SS.TC.201/1989; 173/1991 y 229/1991).

Los criterios de ponderación que se deben observar en la declaración de la víctima para dotarla de plena credibilidad como prueba de cargo, según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, son los siguientes:

- A) "Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad; que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes" (Sentencia de 11 de mayo de 1994). En ninguna de las sentencias comentadas aparecen este tipo de motivos, en uno de los casos por existir una previa relación de amistad, y en el otro por el hecho de no conocer las víctimas al condenado hasta el mismo día de autos.
- B) "Verosimilitud del testimonio, que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración" (Sentencia de 2 de octubre de 1999). Sin embargo, tal y como señala la sentencia del TS de 12 de julio de 1996 "el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes del hecho". En ambos casos el hecho de que las víctimas no denunciases inmediatamente lo acaecido se justifica razonablemen-

te, tanto por la amenaza de un perjuicio para la vida de la víctima y proferida por el condenado inmediatamente después de cometer el delito (STS 30-12-2001) o la inmediatez de un viaje de regreso a la ciudad de residencia habitual de las víctimas, lejos del lugar donde sufrieron la agresión sexual (STS 12-12-2001), circunstancias ambas que justifican suficientemente la inexistencia de un dato objetivo que añadir al testimonio de la víctima y en el que se apoye la existencia del delito.

- C) "Persistencia en la incriminación que "debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones" Las declaraciones de las víctimas en ambos casos se reiteran en el Juicio oral y sin contradicciones respecto a las declaraciones anteriores, según el Tribunal sentenciador acredita en los hechos probados. Una vez constatados en vía casacional estos criterios de ponderación de la declaración de la víctima, y que dicho testimonio fue prestado en Juicio oral con observancia de los principios y garantías procesales de oralidad, publicidad y contradicción, la valoración propiamente dicha de la declaración no puede más que corresponder al Tribunal de instancia ya que cuenta con la ventaja de la inmediación, es decir, puede percibir lo que la víctima dice y como lo dice y "tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el declarante en sus afirmaciones ante el Tribunal, por lo que su juicio valorativo y axiológico debe ser respetado íntegramente en el recurso casacional, incluida la faceta de la credibilidad del testigo" (STS de 17 de noviembre de 1993).

A partir de aquí se puede concluir que en ambos casos existió prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, tal y como el Tribunal de casación, muy acertadamente, concluye y resuelve acerca de la declaración de las víctimas en los casos de las sentencias comentadas, por lo que hay que valorar positivamente la desestimación de los recursos de casación por el tribunal en cuanto a este motivo casacional. (ROSA MARIA GONZÁLEZ MARTÍNEZ. LETRADA DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA).

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 4 DE MARZO DE 2002.

## TEXTO DE LA SENTENCIA

STSJ CATALUÑA DE 4 DE MARZO DE 2000, SALA DE LO CIVIL

PONENTE: EXCMO. SR. D. GUILLEM VIDAL I ANDREU.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En fecha 20 de octubre de 2001 el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona dictó sentencia en el procedimiento de Separación Matrimonial 656/99 en la que, por lo que ahora interesa, se decía: "Se establece la obligación del esposo de abonar en concepto de pensión compensatoria para la esposa la cantidad de 150.000 pesetas al mes, pagaderas dentro de los cinco primeros días de cada mes, por meses adelantados, en la cuenta corriente destinada por la esposa a tal efecto y que será actualizada anualmente conforme al I.P.C.". Apelada la resolución por el marido demandado, la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, el 19 de junio de 2001, revocatoria de la anterior "en el exclusivo particular de limitar el derecho de la esposa Sra. Navarro Machado al percibo de pensión compensatoria a un máximo de SIETE AÑOS a contar desde la fecha de la sentencia dictada en primera instancia".

En lo que también ahora y aquí interesa, la sentencia de la Audiencia contiene el siguiente razonamiento jurídico, verdadero núcleo, como se verá, del presente recurso:

"Ahora bien, el recurso debe ser parcialmente estimado pues, como viene entendiendo la más reciente doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria es un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración, ya que su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber existido el matrimonio.

Que la pensión compensatoria matrimonial o por desequilibrio económico tiene un alcance temporal limitado en el tiempo y no vitalicio, se infería incluso de su reglamentación legal pues el propio art. 101 del CC tenía previsto su extinción, entre otras causas, cuando aquel desequilibrio que la justifica haya desaparecido.

De forma expresa el art. 86 del vigente Código de Familia de Catalunya ha venido a clarificar la cuestión al decir que El dret

a la pensió compensatoria s'extingueix: d) Pel transcurs del termini pel qual es va establir.

En consecuencia, deberá limitarse temporalmente el derecho al percibo de la pensión, tomando en consideración circunstancias, tales como la duración del matrimonio, edad del cónyuge más desfavorecido, cualificación académica o profesional y posibilidad de integración en el mundo laboral, para partiendo de que no se trata en ningún caso de una pensión vitalicia, determinar el límite temporal de la misma, que en el presente caso se fija en un período de siete años a contar desde la sentencia dictada en primera instancia".

SEGUNDO. El combate casacional de la anterior sentencia se produce en una doble vía; por la del recurso extraordinario por infracción procesal (ex arts. 468 y 469.2º de la Ley de Enjuiciamiento civil) y por la del recurso de casación propiamente dicho (es art. 477.3 del mismo texto legal), lo que es posible a tenor de lo establecido en el numeral 1 de la Disposición Final Decimosexta de la Ley, procediendo, en consecuencia, al examen primero del recurso procesal según lo que se expresa en la regla 6ª de la misma Disposición.

La parte recurrente funda su recurso en el motivo 2º del art. 469.1 de la Ley procesal, esto es, en la "infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia". La parte recurrida hace notar que, en la preparación del recurso, la recurrente alude al art. 469.1, apartado 1º de la Ley e incluso explícita que se deduce el recurso por "infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional", no siendo lícito, en casación, cambiar luego el motivo impugnatorio. Lo anterior es cierto. Ahora bien, una interpretación vigorosa de los preceptos constitucionales que consagran la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión conduce a salvar el error sufrido. Ciertamente, el escrito de preparación del recurso no es un modelo de claridad y método expositivo. En él se barajan, sin la adecuada separación sistemática, preceptos y argumentaciones jurídicas que se refieren a la admisibilidad del recurso y a los concretos motivos de casación. Pero, una lectura completa y desapasionada -más bien protectora del recurso- descubre que, fuera de las citadas alusiones a la falta de competencia y jurisdicción, que en cualquier caso no tendrían razón de ser en el presente contencioso, en ningún otro lugar del escrito de recurso se repiten o amplían. En cambio, sí se dice, como prelude a la interposición del recurso por infracción de las normas que rigen la sentencia, lo siguiente: "La sentencia de la Audiencia Provincial es incongruente con la causa de pedir pues nadie ha demandado en ninguna de las instancias que se ponga un lími-



## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

te temporal a la pensión compensatoria, ni nadie se ha opuesto en ninguno de los escritos de contestación a que la pensión compensatoria no tenga limitación temporal alguna. Infringe pues el principio de congruencia, por incongruencia extra petitum pues se prescinde de la causa de pedir y se falta conforme a otra distinta indefensión no amparada por el principio "iura novit curia". Debe y puede entenderse, en consecuencia y sin que se produzca en la otra parte efectiva indefensión, que la cita del precepto legal fue simplemente errónea y su mínima explicación fue inducida por aquel error de cita legal, salvado posteriormente en el trámite de interposición del recurso que fue debidamente impugnado por la contraparte.

Como se infiere de los anterior, las normas supuestamente quebrantadas en la sentencia se refieren a la congruencia y esta congruencia no se da en la resolución judicial, según el recurrente, por haber resuelto la temporalidad de la pensión compensatoria sin previa petición de parte.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decidir si una sentencia es incongruente o no ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita"), o si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidos por aquéllas ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita (sentencias, entre otras, de 14 de noviembre de 1998, 4 de mayo de 1999, 20 de marzo y 31 de mayo de 2000). Es decir, la congruencia se resuelve -como entiende nuestra mejor doctrina- en una comparación entre dos extremos: las pretensiones de las partes, tanto de la pretensión propiamente dicha de actos como de la oposición del demandado, y la resolución del juzgador, la congruencia ha de ser, pues, apreciada en función del binomio: pretensiones de las partes fallo de la sentencia.

Ahora bien, las pretensiones de las partes, primer elemento del juicio comparativo, se componen de un sustrato fáctico, de un entorno jurídico, y de un petitum, como la sentencia, segundo elemento del juicio comparativo, se componen igualmente de unos hechos probados, de su valoración, de los fundamentos de derechos aplicables y de la decisión. Lo anterior lleva a analizar lo que ha podido llamarse incongruencia jurídica.

En principio, la congruencia sólo impone un juicio de adecuación entre lo pedido y lo concedido, sobre unas bases fácticas inalterables establecidos por las partes. La valoración jurídica de la pretensión y sus consecuencias no le está vedada al Juzgador, de acuerdo con los principios "iura novit curia" y "da mihi factum dabo tibi ius", de suerte que puede éste aplicar normas jurídicas vigentes distintas y no alegadas por las partes, siempre y cuando respete el componente fáctico esencial de la acción y la causa petendi. Un razonamiento jurídico basado en

una interpretación legal no tiene porqué introducir hechos o elementos nuevos de valoración. Lo anterior ha sido objeto de múltiples pronunciamientos, entre ellos sentencias de 8 de julio de 1993, 26 de julio de 1994, 24 de enero y 30 de octubre de 1995, 16 de diciembre de 1996, 13 de abril de 1999, 5 y 22 de julio de 2000, 27 de marzo de 2001, etc.

En el caso de autos, deben señalarse los siguientes linderos: la parte actora solicitó en su demanda de separación conyugal el señalamiento a su favor de una pensión compensatoria en cuantía de 250.000 pesetas, revisable según las variaciones del I.P.C. Se señalaba entonces que la actora, casada desde el año 1972 (cuando contaba dieciséis años), había dedicado los 28 años de matrimonio al cuidado del hogar y de los hijos, de 26 y 21 años ahora, carece de formación, de experiencia profesional alguna y padece agorafobia. El esposo demandado percibía una remuneración profesional de 750.000 pesetas y era propietario de un inmueble y una plaza de aparcamiento privado. Los anteriores hechos (concretamente el salario del demandado a 9.017.932 pesetas anuales) se declaran probados en la sentencia combatida. Como se ha dicho, la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona concedió a la actora una pensión de 150.000 pesetas y la Audiencia, sobre el razonamiento que ha quedado transcrito, mantiene la pensión compensatoria, mantiene también su cuantía y variabilidad anual y la limita en el tiempo, estableciendo un tope máximo de siete años.

No existe, pues incongruencia alguna. Podrá -de hecho así lo hace la recurrente- discutirse la bondad y corrección jurídica de los argumentos que conducen al establecimiento del indicado límite temporal de la pensión, pero, indudablemente, dar menos -en el tiempo- de lo pedido no es incongruente. El señalamiento de una pensión periódica siempre tiene dos límites: su cuantía y el tiempo durante el que debe abonarse, a veces interconectados de forma inversamente proporcional. Pues bien, la actora solicitó una pensión de cuantía determinada y por tiempo indefinido; la Magistrada de Instancia le concedió la pensión por cuantía inferior y por tiempo indefinido; la Audiencia fija la pensión en la misma cuantía que la Juez y por tiempo determinado. La Audiencia no incurre en ultra, citra o extra petita, concede menos de lo que se pide en razón a una interpretación de la Ley.

Podría todavía pensarse -porque así lo aduce la recurrente- que la argumentación jurídica de la Sala de instancia ha sido sorpresiva y ha dejado a la parte en indefensión. La recurrente, en efecto, razona que nunca la contraparte solicitó la fijación de un límite temporal a la pensión compensatoria y ello no es totalmente cierto, aunque tampoco tenga importancia. Basta examinar, como ha hecho esta Sala, el Acta de la Vista del recurso de apelación para percatarse de que la parte apelante adujo en el acto que: "la pensió compensatoria ha de ser temporal, perquè l'apellada pot entrar perfectament, at mercat laboral". Pero, en cualquier caso, lo cierto es que la interpretación diferente de

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

una norma jurídica - cuya aplicación es precisamente la convenida por las partes - no puede generar indefensión, sí, en cambio, como se ha hecho, abrir la vía de recurso por infracción legal.

El recurso extraordinario por infracción procesal no puede, pues, acogerse.

TERCERO. El motivo casacional es también, como el recurso extraordinario analizado, un compuesto de motivos varios, que se reconducen por la parte a explicar el interés casacional y, por ende, la admisibilidad del recurso, invocándose así: la aplicación de normas que no llevan más de cinco años en vigor (Codi de Família de Catalunya), la ausencia de doctrina de este Tribunal Superior de Justicia sobre la cuestión suscitada (temporalidad de la pensión compensatoria) y la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales (que, en el caso, se limita a doctrina contraria de la misma Sección de la Audiencia y contradictoria con la de la Sección Duodécima, también especializada en materia de Derecho de Familia). El recurso carece de la más mínima técnica casacional y reclama su desestimación, que no consigue por el interés de esta Sala en resolver la cuestión de fonda, sobre la que, efectivamente, nunca se ha pronunciado y sobre la que existen pronunciamientos contradictorios que la Audiencia Provincial de Barcelona no ha conseguido unificar, por un extraordinario respeto de esta Sala al principio pro actione y al derecho de todo ciudadano a ver cumplida su demanda de tutela judicial sobre sus derechos e intereses legítimos; y porque, finalmente, puede encontrarse el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC en el interior del recurso, bien que colocado en el encaje general de los motivos del mismo, diciendo así el apartado b): "En el expresado Codi de Família, destacan en el supuesto que nos ocupa, los artículos 84, 85 y 86, los cuales se hayan vulnerados en el sentido que ninguno de ellos indica que el derecho a percibir una pensión compensatoria deba estar limitado en el tiempo. En el mismo sentido, tampoco existen preceptos del Código Civil, en concreto los artículos 97, 99, 100 y 101, que contemplan el límite temporal al derecho a percibir una pensión compensatoria".

El núcleo fundamental de la cuestión litigiosa se sitúa, pues, como al principio se adelantaba, en la doctrina que sienta la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en orden a la necesidad de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria. No se trata, consiguientemente, de que se entre en discutir si, en el caso concreto, el límite temporal de siete años fijado por la Audiencia es coherente con las condiciones concurrentes en los litigantes y que se dan como probadas en autos. Se trata, por el contrario, de que la Audiencia ha fijado este límite de siete años porque entiende que siempre debe fijarse un límite temporal a la pensión compensatoria.

Pues bien, la Sección de la Audiencia, para fundamentar su pos-

tura, alude a "la más reciente doctrina jurisprudencial" y bascula sobre tres ejes: la finalidad de la pensión compensatoria, que no es otra -dice- que colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura matrimonial en situación de potencial igualdad de oportunidades respecto a las que habría tenido de no haber contraído matrimonio; el art. 101 del Código Civil en cuanto prevé la extinción de la pensión en el momento en que se produzca la desaparición del desequilibrio; y el art. 86 del Codi de Família en tanto prevé la extinción por el transcurso del plazo por la que se estableció.

El criterio no puede mantenerse.

Ciertamente, la finalidad de la pensión compensatoria, tal como viene hoy regulada en el Codi de Família de Catalunya, es reequilibradora. Se trata de compensar al cónyuge que se ve perjudicado por la separación o el divorcio, manteniendo el principio de solidaridad económica existente constante la situación conyugal. Los términos comparativos que generan el derecho a pensión son, pues, dos: la situación de la que se gozaba durante el matrimonio y la situación previsible después de la crisis, atendida la situación personal y profesional del beneficiario de la pensión. Con palabras de la Audiencia Provincial de Lleida (sentencia de 6 de febrero de 1.998: " es una institución cuya finalidad es evitar que las consecuencias negativas desde el punto de vista patrimonial que se derivan normalmente de la quiebra de la vida en común, graviten de forma desproporcionada y desequilibrada sobre uno de los miembros de la pareja, como consecuencia de la diferente situación en que se encuentran a raíz de las diferentes posiciones ostentadas durante el tiempo que duró la vida en común, tanto en el desempeño de trabajos subordinados al bienestar de la familia como a la formación de un patrimonio privativo, así como evitar situaciones contrarias a principios de equidad o a criterios de una mínima solidaridad postconyugal".

Nos encontramos, pues, ante una actuación ilegal que no se produce nunca de forma automática, sí siempre atemperada a las circunstancias de todo orden concurrentes: status o posición social y económica del matrimonio, duración del periodo conyugal, dedicación primordial o exclusiva de uno de los cónyuges al sostenimiento del consorcio y de los hijos comunes, situación de los consortes después de la crisis matrimonial, preparación personal y profesional ante el mercado laboral, etc, etc.

Siendo ello así, no se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar ex ante la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la Ley ofrece, como vertemos mecanismos suficientes para modular una situación que se fija rebus sic stantibus.

Pero sucede, además, que tampoco se atisba razón jurídica alguna.



## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

De una parte, la mejor doctrina catalana no determina la necesidad de fijar un plazo al conceder al Juez la pensión compensatoria, aunque se admita -como es lógico- la posibilidad de hacerlo.

Tampoco es unánime la doctrina que fluye de las decisiones de las Audiencias Provinciales (ni siquiera, como se ha adelantado, la de Barcelona), pese a la rotunda afirmación que se contiene en la sentencia objeto de análisis. Así, sin ir más lejos, deniegan la fijación de un plazo las sentencias de 6 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, la de 14 de marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de Alicante y la de 6 de junio de 2000 de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona; conceden la pensión sin límite temporal las sentencias de 22 de mayo y 13 de febrero de 2001 de la citada Sección Duodécima de Barcelona; y, es más, igualmente la conceden sin plazo la de 16 de mayo de 2000 de la propia Sección Decimoctava de Barcelona.

Finalmente, tampoco son definitivos los argumentos jurídicos utilizados en la sentencia.

No lo son en sede de Derecho Común, no ya sólo porque la temporalidad de la pensión no se establece como requisito específico de la misma, sino, además, porque, como es sabido, el art. 99 del Código civil permite, fijada la pensión judicialmente, convenir su sustitución por una renta vitalicia, argumentando que actúa -aunque sólo sea teleológicamente- a favor de la intemporalidad. Y no cabe invocar, como hace la sentencia de instancia, la disposición contenida en el art. 101, según el cual se extingue el derecho a la pensión cuando cesa la causa que lo motivó, porque tal precepto reafirma la esencia del rebus sic stantibus que caracteriza, como se ha dicho, aquel derecho a la pensión y contempla su extinción por variación de las circunstancias de constitución del derecho, lo que hace innecesaria la determinación ab initio de un dies ad quem.

Y tampoco el Derecho catalán opta definitivamente por la temporalidad esencial, sí, en cambio, por la temporalidad potestativa, al fijar legalmente las causas sobrevenidas de extinción: mejora de la situación económica del cónyuge creditor, matrimonio del cónyuge creditor, mort del cónyuge creditor i transcurs del termini pel qual es va establir. Deviene, pues, claro que el Codi de Família (art. 86) permite la fijación del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial.

Establecido cuanto antecede resulta claro el error en que incurre la sentencia ahora combatida, en la medida en que la fijación del plazo de siete años se contempla en la misma como imperativo legal. Si a lo anterior se le añaden -aunque no sea objeto de controversia- las circunstancias que concurren en el concreto caso: matrimonio cuando la esposa beneficiaria tenía dieciséis años;

matrimonio que dura veintisiete años; dedicación completa de la esposa al cuidado del hogar, esposo e hijos; nullos ingresos económicos de la misma; ausencia de capacidad profesional o laboral; padecimiento del síndrome de agorabia; hechos que quedan probados en la sentencia; ha de convenirse en la inadecuación del plazo fijado en la sentencia, ello sin perjuicio, como se decía, de que circunstancias sobrevenidas, como las contempladas en los arts. 84.3 y 86 del Codi de Família, puedan determinar en el futuro la reducción o extinción de la pensión concedida.

Ha de estimarse, en consecuencia, el recurso y anularse la sentencia de instancia en el punto combatido.

CUARTO. Según lo establecido en el art. 398.2 de la L.E.C., no se hará expresa condena en las costas de este recurso, manteniéndose los pronunciamientos de las dos instancias.

Así pues

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar como estimamos el de casación, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Josefa Manzaneres Corominas, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Francisca Navarro Machado, contra sentencia de fecha 19 de junio de 2001 dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona en Rollo de Apelación 1298/2000, proveniente del proceso de separación matrimonial 656/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona; en consecuencia anulamos dicha sentencia y declaramos firme la de Primera Instancia, dictada en fecha 20 de octubre de 2000, sin hacer expresa condena en costas.

Notifíquese la presente a las partes personadas y remítase testimonio a la Sección indicada juntamente con el Rollo de Apelación y los autos del Juzgado.

Así por ésta lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Esta Sentencia ha sido leída, firmada y publicada en el mismo día de su fecha por el magistrado de esta Sala II. Ilmo. Sr. GUILLEM VIDAL I ANDREU designado ponente de estas actuaciones. Doy fe.

### COMENTARIO A LA STSJ DE CATALUÑA DE 4 DE MARZO DE 2002

En esta sentencia, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima el recurso de casación, contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2001 dictada en grado de apelación por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que "se considera que debe limitarse el derecho al percibo de la pensión compensatoria, por cuanto no se trata

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

en ningún caso de una pensión vitalicia, fijando el límite temporal de la pensión, en el presente caso, en un periodo de siete años a contar desde la sentencia dictada en primera instancia". En consecuencia anula dicha sentencia y declara firme la de Primera Instancia en la que "Se establece la obligación del esposo de abonar en concepto de pensión compensatoria para la esposa la cantidad de 150.000 pesetas al mes, pagadera dentro de los cinco primeros días de cada mes, por meses adelantados, en la cuenta corriente destinada por la esposa al tal efecto y que será actualizada anualmente conforme al I.P.C."

El núcleo fundamental de la cuestión litigiosa se sitúa, en la doctrina que sienta la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en orden a la necesidad de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria, por cuanto la Audiencia ha fijado este límite de siete años porque entiende que siempre deberá fijarse un límite temporal a la pensión compensatoria. Para fundamentar su postura alude, a la finalidad de la pensión compensatoria y a la regulación de las causas de extinción de la pensión tanto en Derecho común, art. 101 del Código civil, como en el art. 86 del Codi de Família. Analizaremos legal, doctrinal y jurisprudencialmente dichos argumentos para concluir como tales criterios no pueden mantenerse.

Uno de los efectos que se pueden derivar de la sentencia de separación o divorcio radica en la obligación, a cargo de uno de los esposos, de abonar una pensión al otro. Dicha pensión viene regulada en el art. 97 CC.<sup>10</sup> Sistemáticamente el precepto se compone de tres partes bien diferenciadas:

1. Una primera, que recoge la idea inicial que conforma el derecho a la pensión: el desequilibrio económico que, en relación a la posición del otro, puede producir a un cónyuge la separación o divorcio, implicando a su vez un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.
2. Una segunda fase, en la que se enuncian los criterios o módulos que se han de tener en cuenta por parte del Juez, de forma casuística, para la determinación de la pensión.
3. Una tercera, y última parte, en la que se dispone que en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. Al margen de este

contenido específico, cabe inducir otro posible significado no menos importante: confirma que se está ante una deuda duradera de cumplimiento periódico (corroborado asimismo por los arts. 99, 100 y 101 CC).

El dato más relevante de la regulación actual viene dado por el hecho de que la pensión se genera a favor del cónyuge más desfavorecido económicamente a consecuencia de la crisis matrimonial, sin que el art. 97 habilite al Juez para atender a la causa genética de la separación o el divorcio. Constituye pues, el presupuesto básico del derecho a la pensión el desequilibrio económico que para un cónyuge pueda significar la separación o el divorcio: con un punto de referencia: la posición del otro cónyuge; y una consecuencia: un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio<sup>11</sup>. El derecho a la pensión no es de carácter necesario, sino facultativo y su concesión solo tiene lugar a instancia del cónyuge que, reuniendo las circunstancias que señala el art. 97 CC, la demanda judicialmente<sup>12</sup>.

A la fijación determinativa del montante de la pensión compensatoria que corresponde al cónyuge que, por la separación o el divorcio, pasa a peor y desequilibrada posición económica en relación a la del otro se refiere la proposición segunda del art. 97, donde se establecen unos parámetros muy variados, en cuanto a su significación, en orden a la determinación graduada del montante económico de la pensión, de los cuales unos confieren a ésta el carácter de un salario diferido (dedicación a la familia, ayuda en la profesión o negocios del otro esposo) o incluso de un salario futuro (dedicación futura a la familia) y hasta, en último extremo, un cierto carácter alimentario (edad, salud, posibilidades del empleo).

El art. 100 CC establece de forma indiscutidamente imperativa que "Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge"<sup>13</sup>.

Respecto a la duración de la pensión y las causas de su extinción, nos encontramos con ordenamientos como el francés en el que la pensión compensatoria no es, como regla general, de duración indefinida: al contrario el juez suele asignarle una

10. Dispone dicho precepto que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

1º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2º La edad y estado de salud.

3º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4º La dedicación pasada y futura a la familia.

5º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7º La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8º El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad".

11. Con palabras de la SAP Lleida de 6 febrero de 1998: "Es una institución cuya finalidad es evitar que las consecuencias negativas desde el punto de vista patrimonial que se derivan normalmente de la quiebra de la vida en común, graviten de forma desproporcionada y desequilibrada sobre uno de los miembros de la pareja, como consecuencia de la diferente situación en que se encuentran a raíz de las diferentes posiciones ostentadas durante el tiempo que duró la vida en común, tanto en el desempeño de trabajos subordinados al bienestar familiar como a la formación de un patrimonio privativo, así como evitar situaciones contrarias a principios de equidad o a criterios de una mínima solidaridad postconyugal".

12. Así lo explica la STS de 2 de diciembre de 1987: "Hay, pues un derecho subjetivo, una situación de poder concreto entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que pueda intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio".

13. La pensión debida al cónyuge separado o divorciado que pasa a peor situación económica puede ser objeto de conmutación paccionada, tal posibilidad está expresamente prevista en el art. 99 CC al disponer que "En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero".



## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

duración temporal, incluso previendo sucesivas variaciones según la evolución probable de los recursos y las necesidades. En el régimen del Código civil en cambio, la pensión es, en principio vitalicia, y el juez no puede limitar su duración a un cierto número de años<sup>14</sup>. Así se deduce del art. 101 CC que señala las causas de extinción del derecho a la pensión, entre las que no se encuentra el transcurso del tiempo<sup>15</sup>. Dentro del propio precepto se aclara, además que el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. Solución ésta, por otra parte, consecuente con el significado de la prestación compensatoria de la pensión, que en principio se entiende como potencialmente vitalicia, por lo que su montante se calcula también en función de la edad del cónyuge acreedor. En el Derecho catalán, el art. 86 del Código de Familia al fijar legalmente las causas sobrevenidas de extinción, junto a la mejora de la situación económica del cónyuge acreedor, matrimonio del cónyuge acreedor, muerte del cónyuge acreedor, se cita "el transcurso del tiempo por el que fue establecida". Se admite la fijación de un término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial.

De todo cuanto antecede, resulta que tanto en sede de Derecho Común, como en Derecho Catalán no se contempla la temporalidad de la pensión como requisito específico de la misma. De otra parte, por la finalidad de la pensión compensatoria, que trata de compensar al cónyuge que se ve perjudicado por la separación o el divorcio; por el hecho de tratarse de una actuación legal que no se produce nunca de forma automática, y sí, siempre atemperada a las circunstancias de todo orden concurrente, no se atisba razón jurídica ni social alguna que conduzcan a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria.

Pretender por tanto fijar un plazo temporal como imperativo legal es un error, en el que incurre la sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, y que en consecuencia anula la Sala de lo Civil del TSJC en S. De 4 de marzo de 2002. (BLANCA SILLERO CROVETTO. PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

### SENTENCIA DE LA EXCMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN, SECCIÓN SEGUNDA, DE 18 DE ENERO DE 2002.

Ponente: Ilmo. D. José Requena Paredes

Acusación Particular: Lda. Estela Sánchez Benítez

La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, de fecha 18 de enero de 2002, confirma la sentencia dictada por el Ilmo. D. Rafael Morales Ortega, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 3 de Jaén, en la que se condenaba a R.P.L. como autor responsable de un DELITO DE MALOS TRATOS PSÍQUICOS HABITUALES, otro de AMENAZAS y tres faltas de INJURIAS LEVES, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de ocho meses de prisión por cada delito y prohibición de aproximación a la víctima por tiempo de dos años y por las faltas, a la pena de veinte días de multa por cada una, a razón de 500 ptas. cuota día, así como a indemnizar a D.L.M. en la cantidad de 500.00 ptas.

Manifiesta la Sentencia, en su Fundamento de Derecho Primero, que el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal del acusado, no puede prosperar, toda vez que,..."frente a la declaración probatoria que la sentencia establece, considerando acreditados los episodios de violencia psíquica ante los comportamientos difamatorios, intimidatorios, prepotentes y crueles que describe el Factum,

llenos de insultos, amenazas graves y de desprecio a la dignidad personal, dirigidos de forma persistente y contumaz hacia su ex esposa e hijos..., el recurrente lo único que opone son las declaraciones exculpatorias de otros allegados como prueba de descargo a las que la Sentencia no da credibilidad..." continuando la sentencia que los hechos probados en la sentencia de instancia van precedidos de un "sólido bagaje probatorio válidamente aportado y racionalmente valorado que va más allá de la prueba testifical, por lo demás minuciosamente analizada por el Juzgador controlando los presupuestos de credibilidad, verosimilitud objetiva, persistencia en la incriminación y ausencia de intereses egoístas o vengativos que la dotan de fiabilidad suficiente".

Abundando la sentencia de apelación en la prueba existente en los autos y tenida en cuenta en la sentencia de instancia, como la prueba documental aportada, "al menos seis procedimientos penales interpuestos por la ex esposa contra el acusado, ...desde la separación de ellos a mediados de Agosto de 1998, hasta la fecha de la última denuncia por los actos imputados y sancionados de Enero de 2000, con dos sentencias condenatorias para el apelante y una absolutoria, por hechos similares... y sobre todo por los tres informes periciales practicados y aportados que en una misma dirección aprecian de

<sup>14</sup>. No es procedente fijar un término final a la pensión compensatoria lo determinan: SAP Santander 25 septiembre 1998, SAP Guipúzcoa 18 febrero 1997, SAP Barcelona 3 diciembre 1996, SAP Granada 4 febrero 1995, SAP Valencia 20 septiembre 1994, aunque alguna AP lo admite en circunstancias determinadas como juventud del titular de la pensión, ausencia de hijos, corta duración del matrimonio, posibilidad de acceso a un puesto de trabajo, etc (SAP Murcia 5 diciembre 1996, SAP Las Palmas 19 febrero 1996, SAP Teruel 23 julio 1996, SAP Zaragoza 2 mayo 1996).

<sup>15</sup>. "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona".

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

forma categórica las secuelas emocionales que, por el clima de tensión, violencia y maltrato provocado durante este tiempo, padeció la ex esposa e hijos comunes...".

## COMENTARIO

La sentencia que comentamos, confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Jaén, basándose para ello en toda la prueba obrante en los autos, tanto en la documental, como la testifical y la pericial, y no únicamente en la testifical de la defensa, como pretendía el recurrente.

Para apreciar la valoración que realiza el Tribunal de Apelación de la sentencia de instancia, es necesario analizar la prueba que se aportó a los autos y se desarrolló en el plenario, y que fueron tenidas en cuenta por el Juzgador para dictar la sentencia.

Toda esta prueba llevó al Juez "a quo" a la convicción de que los hechos considerados probados constituían un delito de malos tratos psicológicos y otro de amenazas, tal y como habían sido calificados los hechos por la acusación particular y por el Ministerio Público, por considerar que la víctima vivía en un estado de agresión permanente, al crear la reiteración de la conducta violenta del acusado contra su ex esposa y sus hijos "una atmósfera irrespirable y un clima sistemático de maltrato".

En cuanto al delito de amenazas, considera la sentencia que las frases proferida por el acusado en varias ocasiones a su ex esposa de "te tengo que rociar con gasolina" "te tengo que quitar la vida", unida a la situación de malos tratos vividos por la ex esposa y a la personalidad agresiva del acusado descrita por los peritos son de entidad suficiente para crear en la víctima el temor a que se pudieran materializar dichas amenazas, y por tanto considerarlas como graves y constituir un delito de amenazas.

La sentencia, considera acreditada la autoría de las infracciones descritas, "fundamentalmente por la propia testifical de la víctima", ex esposa del acusado, "que reúne los presupuestos exigidos jurisprudencialmente para otorgarle credibilidad y validez en orden a constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia...". La ex esposa del acusado reiteró desde que interpuso la denuncia hasta la vista oral, sin ninguna contradicción ni ambigüedad, como el acusado, en los días 11, 14 y 18 de enero de 2000, la había abordado en la vía pública, profiriéndole frases como "zorra, puta", "te tengo que rociar con gasolina" "te tengo que quitar la vida" etc. Así mismo, manifestó, como el acusado durante el tiempo en que estuvieron casados, y posteriormente tras la separación, la maltrataba tanto física como psicológicamente de forma sistemática, siendo este el motivo de la

separación. Y posteriormente, una vez que se produce la separación matrimonial en 1.998, en fechas indeterminadas, pero en todo caso durante los años 1998, 1999 y principios de 2000, de manera habitual y con evidente desprecio hacia su dignidad, libertad y su integridad psíquica, la había seguido acosando, vejándola, injuriándola, amenazándola y persiguiéndola constantemente. Dando lugar estos hechos a varias denuncias por parte de D.M.M. contra el acusado, y a varias sentencias condenatorias, obrantes en los autos.

Estas declaraciones, como así lo pone de manifiesto el Juzgador de instancia, se encuentran corroboradas tanto por las audiencias reproducidas en el acto del juicio realizadas a los hijos menores de la pareja, como por los testimonios de los testigos de la acusación que declararon en la vista oral. No concediéndole, por otra parte, ninguna credibilidad a los testigos aportados por la defensa del acusado, que manifestaron que los días que sucedieron los hechos, el acusado se encontraba con ellos.

Por otra parte, tanto la sentencia de instancia como la de la Audiencia Provincial, consideran de un gran valor probatorio los informes periciales aportados a las actuaciones y ratificados en el plenario, que acreditan la existencia de la agresividad del acusado hacia su ex esposa y sus hijos, siendo los informes coincidentes en que la ex esposa del acusado, "padece el Síndrome de la Mujer Maltratada, consistente en sensación de angustia, ansiedad, miedo, trastornos del sueño, entre otros, apuntando como único origen de los mismos los malos tratos físicos y psíquicos provocados por el marido".

También en estos informes se acredita el carácter agresivo del acusado, manifestando que el acusado es una persona que puede llegar a ser cruel, inhumano e insensible, así como la posibilidad de que el acusado pudiera materializar sus amenazas hacia su ex esposa.

Por último, resaltar, que en los hechos que dieron lugar al procedimiento enjuiciado y que terminaron con la condena de R.P.L., entre otros, por un delito de malos tratos psicológicos, se contemplan todas las modificaciones que contiene la Ley 14/99, de 6 de junio. Así el sujeto pasivo del delito es la ex esposa del acusado, por lo tanto la convivencia había desaparecido cuando se produjeron los hechos. La acción típica del delito no es la violencia física, si no la violencia psíquica, y por último, se han tenido en cuenta en orden a determinar la habitualidad, los hechos objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, como las numerosas sentencias que obraban a las actuaciones. (ESTELA SÁNCHEZ BENITEZ, LETRADA DEL SERVICIO DE DEFENSA LEGAL-ASOCIACION DERECHO Y DEMOCRACIA).



## REFERENCIAS JURISDICCIONALES

**\* SENTENCIA DEL TS, SALA PRIMERA, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2001. PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y NEGATIVA A PRACTICAR LA PRUEBA BIOLÓGICA**

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que desestimó la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, ejercitada por la madre recurrente. Afirma la Sala que habiéndose negado el demandado a la práctica de la prueba biológica, si bien dicha negativa no implica la declaración de paternidad, en el presente caso existían además pruebas que conducían a la estimación de la demanda, tales como la clandestinidad de la relación adulterina de los litigantes y el despido por parte del recurrido de la madre de la niña, al poco de nacer la misma, por lo que se ha infringido el art. 127 CC al no haberse valorado adecuadamente dicha negativa.

**\* SENTENCIA DEL TS, SALA PRIMERA, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2001. RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.**

Solicita la parte recurrente en casación que se declare la nulidad del reconocimiento de paternidad que realizó sobre la hija menor de la que se convirtió en su esposa por error en el consentimiento. La Sala lo rechaza y señala que ha quedado acreditado que la menor en cuestión no es hija biológica del actor, pero que la reconoció mediante el llamado reconocimiento de complacencia el mismo día del matrimonio con la madre de la niña por lo que la filiación tiene carácter matrimonial y no puede destruirse con base en las presunciones previstas por la ley para la no matrimonial.

**\* SENTENCIA DE LA AP DE ELCHE, DE 31 DE JULIO DE 2001. DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA CONSISTENTE EN EL IMPAGO REITERADO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA A FAVOR DE CÓNYUGE O HIJOS, ESTABLECIDA EN SENTENCIA JUDICIAL DE SEPARACIÓN O DIVORCIO**

No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por el acusado como autor de un delito de abandono de familia. Considera la Audiencia que este delito se configura como un delito de omisión que exige como elementos esenciales, la existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos; sin que sea preciso que a tal derecho de crédito acompañe una situación de necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación; la conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, conducta ésta de omisión cuya realización consume el delito por serlo de mera actividad sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida; la necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa, del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago, voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida.

## NOTICIAS

El Parlamento Europeo aprobó el 20 de septiembre de 2001 una resolución sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035 (INI)) donde las condena enérgicamente por ser una violación de los derechos humanos y pide a los estados miembros que las consideren como delito y que persigan y castiguen a cualquier residente que haya cometido dicho delito aunque los hechos se cometieran fuera de sus fronteras (extraterritorialidad del delito); que adopten medidas legislativas para permitir que jueces y fiscales puedan adoptar medidas preventivas y cautelares; adopten protocolos para que los profesionales sanitarios, de centros educativos y los asistentes sociales denuncien los casos de que tengan conocimiento; adopten medidas preventivas de acción social para proteger a los menores; difundan información precisa para una población no alfabetizada; y se organicen cursos de información sexual en colegios. Al Consejo que adopte medidas para combatir esta fenómeno dentro de las estrategias de lucha contra la discriminación por razón de sexo y contra la violencia contra las mujeres y las niñas y a la Comisión, al Consejo y a los estados miembros que adopten medidas para favorecer el asilo de mujeres en riesgo de mutilación genital.

El Pleno del Parlamento Europeo ha solicitado a la Comisión Europea que presente, antes de marzo de 2002, un Libro Verde sobre el estado actual del «acoso moral» en el trabajo, una discriminación que padece el 8 por 100 de los trabajadores en la UE, en su mayoría mujeres. En este sentido, la conferencia de ministras y ministros de Igualdad de Oportunidades de la Unión Europea, celebrada en Santiago de Compostela, durante los días 18 y 19 de febrero de 2002, con el objetivo de consensuar posturas en torno a la lucha contra la violencia de género, ha adoptado el acuerdo de seguir profundizando en el estudio del acoso moral como una forma más de violencia de género.

El BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002 publica la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

La Asamblea de Extremadura ha aprobado la Ley 11/2001, de 10 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer de Extremadura (BOE núm. 291, de 5 de diciembre).

**Instituto Andaluz de la Mujer**

<http://www.iam.juntadeandalucia.es>

**Teléfono de Información a la Mujer**

**900 200 999**