

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado

PAZ VIVES USANO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Centro Universitario Luis Vives. CEU

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2005, rec. núm. 24/2003) *

Contrato a tiempo parcial. El complemento de antigüedad se percibe en proporción a la jornada desarrollada. Incluso en el supuesto de que se tratara de reducción de jornada para atender hijos o familiares o minusválidos, y aunque no hubiera previsto nada el convenio colectivo aplicable.

1. INTRODUCCIÓN SOMERA

Es cierto que el salario se corresponde con una jornada laboral, que es la que se haya pactado en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo [art. 34 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobada por RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo], de manera que existe certeza entre las prestaciones de trabajar y de retribuir, entre el tiempo durante el que se tiene que trabajar en una cierta actividad y lugar, y el importe del salario que se va a obtener, lo que es propio del contrato conmutativo.

Y es cierto también que el salario mínimo interprofesional (SMI) se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, de modo que si se realizase jornada inferior se percibiría a prorrata (art. 1.º 1 del RD 2388/2004, de 30 de diciembre).

Y, finalmente, también ocurre que **el derecho a la reducción de la jornada de trabajo por razones de guarda legal para atender a menor de seis años o minusválido que no desempeñe actividad retribuida, viene reconocido en nuestra legislación, con reducción proporcional del salario** y que lo mismo ocurre en el caso de reducción de la jornada para encargarse de **un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no desempeñe actividad retribuida ni pueda valerse por sí mismo** (art. 37.5 de la Ley del ET).

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 265, abril 2005.

Es decir, que si se realiza jornada inferior a la legal, se ha de percibir el importe del SMI a prorrata [Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de abril de 1989].

Pero no es menos cierto que existe otra lógica, distinta de la meramente aritmética, que consiste en ver que cuando se realiza una jornada reducida, por causa de la necesidad de atender a un hijo menor o a un familiar incapacitado o enfermo, que no pueden atenderse por sí mismos, se está realizando una actividad que se debe estimar como un deber y que se integra en el conjunto de actos por la familia, que la Constitución Española dispone sean protegidos por el legislador y los demás poderes públicos (art. 39.1).

El presente trabajo se limita a exponer algunas observaciones sobre el **derecho de la madre o el padre a la retribución durante la jornada reducida en caso de guarda legal**.

2. LA JORNADA REDUCIDA Y LA RUPTURA DE LA PRORRATA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Una primera aproximación legal para resolver el tema se encuentra en lo dispuesto en el artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), a cuyo tenor, la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días.

La consecuencia sería el **desinteresamiento de lo que hubiera pasado en esos 180 días en la relación jurídico-laboral de base**.

Es cierto, como norma general, que el Régimen de la Seguridad Social contributiva se asienta sobre la relación triangular entre salario, base de cotización y base reguladora, pero, es sabido que, en determinadas ocasiones, la propia Ley trunca esta relación contributiva entre trabajo, salario, base de cotización y prestación, de modo que, sin ir más lejos, el límite de la prestación por desempleo contributiva se diferencia desde el 170% al 220% del SMI, según el trabajador tenga o no hijos a su cargo, conforme el artículo 211.3 de la LGSS y también existen determinadas situaciones que contemplan exenciones o disminuciones de cotización no obstante lo cual –«cotizaciones ficticias»– éstas se computan para establecer la cuantía de la prestación, como si realmente se hubieran producido.

Se trata ya de una expresión de interesamiento por ciertas circunstancias familiares en la base de esa relación laboral.

La protección por maternidad se ha incrementado recientemente, tanto en lo referente a los beneficiarios –su disfrute se ha extendido a los padres y ha cobijado, también, a la adopción y al acogimiento– como en lo relativo al reconocimiento de la situación específica que comporta y el incremento de la prestación la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, procedió a deslindar la incapacidad tem-

poral (IT) de la maternidad y a fijar la cuantía de la prestación en «un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora» (frente al 60%-75%) y en la incorporación de la prestación por riesgo en el trabajo, instaurada por la Ley 39/1999.

Otra manifestación más del interés del legislador de la Seguridad Social, a fin de conciliar la vida laboral y familiar, y evitar que la mujer trabajadora se aparte durante un período extenso del trabajo, es la regulación de la nueva figura del **permiso por maternidad** –parece que en la modalidad de trabajo a tiempo parcial–, en virtud de la cual se permite que el descanso y su correspondiente protección pueden alargarse durante más de las 16 semanas –que son las previstas para su disfrute regular ordinario– mediante la compatibilización entre el descanso y prestación y la realización de una jornada reducida del trabajo, sin que ello altere la modalidad contractual. Esta forma de disfrutar el descanso **alarga, cronológicamente, el período de maternidad, en cuanto la/el interesada/o puede, durante un tiempo más largo, compaginar su actividad laboral con el cuidado del hijo.**

En el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, se estableció una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de los accidentes de trabajo, de los contratados como interinos, para sustituir a los trabajadores que disfrutaban del permiso de maternidad, con independencia de quién de los cónyuges ejerciera el derecho. La Ley 12/2001, de 9 de julio, extendió (disp. adic. 2.ª) la bonificación de las cotizaciones a la propia trabajadora sustituida. La Ley 12/2001 lleva a fomentar el empleo de la madre que haya tenido un hijo, a cuyo efecto se expresa que los contratos de trabajo, de carácter indefinido o de duración determinada o temporales, de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo, así como la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, darán derecho, cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto, a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100% durante los 12 meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el período de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo.

También se beneficia y favorece la **contratación de mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de parto, en cuyo caso el 100% referido lo será durante los 12 meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.**

Se añade en la **Ley 4/1995, de 23 de marzo, que la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo.** A efectos del cómputo para tener derecho a las **prestaciones por desempleo, se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 y 210 de la LGSS, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa (art. 4.º).**

En la misma línea se encuentra el **Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre**, en el que se dice que tendrán la **consideración de situación asimilada a la de alta, a efecto de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a las de IT y maternidad**, las siguientes situaciones:

- a) **El período de excedencia por cuidado de hijo, tanto lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento familiar, tanto permanente como pre-adoptivo, sin perjuicio de la consideración, como período cotizado a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo las de IT y maternidad, del primer año de dicha excedencia.**
- b) **El período de excedencia para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida (disp. adic. 3.^a).**

Pues bien de estas normas deduce la jurisprudencia ¹ que su interpretación finalista, en especial del artículo 4.º de la Ley 4/1995 –al que se refiere el ordinal 2 de la disp. adic. 3.^a del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, bajo el rótulo «Situación asimilada al alta en excedencia por cuidado de familiares»–, llega a la conclusión de que la madre que disfruta de excedencia por tres años, de los cuales, además, el primero se califica de excedencia forzosa (art. 46.3 del ET) tiene derecho a que **esta situación se conceptúe de paréntesis o período muerto a los efectos de protección por desempleo**, con mayor fundamento y lógica **debe conservar este derecho la madre que trabajó, aun con jornada disminuida**, durante el tiempo en que pudo permanecer en situación de excedencia forzosa, máxime cuando este período anual tiene la consideración de «cotización efectiva», según el artículo 180 b) de la LGSS.

La finalidad de la Directiva 96/34/CE, en la forma que proyecta su cláusula 2.6 y 6, es expresiva de que «los derechos conseguidos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental», de modo que manifiesta una modalidad de trato preferente a la madre trabajadora.

En el caso en que **la madre, a la finalización del permiso parental, mutara el contrato en lo relativo a la duración de la jornada y, consecuentemente, viera reducido el salario y cotización, esta alteración, que produce sus efectos en relación con el empresario, se expresa en la jurisprudencia, que no cabe predicarla respecto a la base reguladora de la prestación por desempleo de la Seguridad Social**, pues en tal contingencia **ha de partirse de la existencia de jornada completa que tendría la madre al finalizar el período temporal durante el que se le concedió la reducción de la jornada, no en su propio beneficio sino «por razones de guarda legal»** ².

¹ STS de 6 de abril de 2004.

² Véase nota anterior.

Los períodos de descanso y otros derechos que la Ley concede en los diferentes supuestos de «maternidad» y «guarda legal» no deben limitar, en principio, aquellas prestaciones económicas de la Seguridad Social, a las que los trabajadores tengan derecho cuando se produzca el hecho causante de las mismas. **La teoría del paréntesis** en el cómputo de cotizaciones reconocida, en ocasiones, respecto a aquellas situaciones en que no existe obligación de cotizar, **debe ser aplicable** al caso en el que habiéndose extinguido un contrato a tiempo completo, pero **durante la fase temporal en que la jornada se redujo para cuidar al recién nacido**, y consecuentemente el salario y su base de cotización, la base reguladora de la prestación –al igual que ocurre en situaciones de excedencia «para atender al cuidado de cada hijo»– debe fijarse en el período de seis meses a contar, hacia atrás, desde el día anterior a la fecha en que se disminuyó la jornada laboral.

En consecuencia: **la base reguladora de la prestación de desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado los últimos 180 días anteriores a la fecha en que se comenzó a cotizar conforme al salario de una jornada reducida** ³.

Resumidamente, se puede decir que se adoptan varias consecuencias, de las que ahora cabe destacar que el tiempo dedicado a la excedencia para cuidar de un hijo menor tendrá la **consideración de situación asimilada a la de alta para prestaciones de la Seguridad Social** (excepto IT y maternidad), **dentro del que el primer año se estima tiempo cotizado**. Y que el tiempo dedicado a excedencia para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida, es considerado tiempo asimilado al de alta en Seguridad Social. Adicionalmente y es lo más relevante, **el tiempo de reducción de jornada por guarda legal no se computa para detectar la base reguladora de la prestación por desempleo, que tiene en cuenta los tiempos anteriores y posteriores**.

Este criterio, sin duda progresista en la interpretación de la legislación vigente, a la luz de la Constitución Española (art. 39.1) y de las Directivas de la Constitución Española, a que luego se hará referencia, así como de la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ha venido a ser modificado, si bien, en el momento presente es dudoso el criterio que se mantendrá de futuro.

Dice el TS, **en el momento actual** ⁴, que la determinación de la **base reguladora de la prestación contributiva de desempleo está regulada en el número 1 del artículo 211 de la LGSS, que establece que dicha base será el promedio de las bases por las que se haya cotizado a la contingencia de desempleo durante los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo o, en su caso, al momento en que se extinguió la obligación de cotizar**; norma que hace inviable la pretensión de la actora. También señalan estas sentencias que con este criterio de cálculo **no se infringe el artículo 37.5 del ET**, precepto que regula la reducción de jornada por guarda legal sin referencia alguna al cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo. En cuanto al artículo 14 de la Constitución, **es claro**

³ STS de 6 de abril de 2004.

⁴ STS de 21 de febrero de 2005, precedida de las 3 que cita de 2 de noviembre de 2004.

que no se produce un trato diferente peyorativo, pues no hay identidad entre quien trabaja a tiempo completo y quien lo hace con jornada reducida. La comparación correcta es la que debería establecerse entre quien trabaja con jornada reducida por guarda legal y quien lo hace también con jornada reducida, pero por otra causa, y es claro que el tratamiento legal es el mismo, por lo que **ni hay desigualdad de trato, ni discriminación alguna**. En realidad, lo que se pretende con este tipo de pretensiones no es denunciar un trato desigual peyorativo, sino pedir un trato diferente favorable o promocional, pues lo que se reprocha a los órganos judiciales es que hayan aplicado la norma general establecida para todos los beneficiarios en lugar de la regla especial que la parte reivindica, pero que no está prevista en la legislación vigente y de ahí la cita del artículo **39.1 de la Constitución**. Pero esta denuncia también tiene que rechazarse. El artículo 39.1, a tenor del cual los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, **es un principio rector de la política social y económica que está dirigido al legislador** y que, conforme al artículo 53.3 de la Constitución, sólo puede ser alegado ante la jurisdicción de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. Algo similar sucede con la cláusula de la igualdad material del artículo 9.º 2 de la Constitución, que es una directriz programática dirigida a los poderes públicos que cada uno de ellos debe cumplir de acuerdo con sus competencias, sin que puedan los órganos judiciales crear normas, cuyo establecimiento corresponde al legislador, ni obviamente sustituir con sus criterios las disposiciones que éste ha dictado en el ejercicio de su competencia. Los órganos judiciales están sometidos a la ley, como establece el artículo 117.1 de la Constitución, y no pueden sustituir la aplicación de normas vigentes en atención a criterios subjetivos de justicia o consideraciones de oportunidad. Por último, es obvio que del deber de asistencia de los padres a los hijos que consagra el artículo 39.3 de la Constitución no es deducible ninguna regla sobre la determinación de una prestación de la Seguridad Social, ni un principio universal de compensación pública de los costes que esa atención puede tener para los padres. Las sentencias mencionadas excluyen también la aplicación al supuesto debatido de los artículos 180 de la LGSS y 4.º de la Ley 4/1995, por las razones que han de darse por reproducidas, y señalan que la pretensión deducida tampoco tiene amparo en el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo, ni en la Directiva 96/34/CE, que recoge el acuerdo marco sobre el permiso parental.

En todo caso se ha de adelantar, como observación que luego se retomará, que la comparación que parece que se puede y debe hacer es entre la persona que se dedica a la guarda legal y quien trabaja como lo hubiera hecho la trabajadora que no hubiera sido madre ni hubiera debido atender a un hijo menor, más en concreto, con los hombres que no se dedican a cuidar a los hijos menores, porque la causa de la diferencia de trato está, justamente, en no haber podido trabajar por haber tenido que dedicarse a cumplir otro deber, que los demás no tienen y, todo ello, en beneficio de un tercero, que es el hijo y la propia sociedad.

Un punto medular de la doctrina jurisprudencial se encuentra en la expresión de que la comparación correcta ha de hacerse entre quien trabaja con jornada reducida por guarda legal y quien lo hace también con jornada reducida, pero por otra causa. Pero justamente esa comparación no se puede hacer porque **la reducción de jornada del artículo 37.5 de la Ley del ET es causal** y las otras no y, además, **la causa de esa reducción de jornada es el elemento diferenciador del trato que se da, por razón de la maternidad, a los sexos**.

El artículo 14 exige que **no exista una discriminación por el sexo**.

El artículo 39.1 de la Constitución Española se dirige al legislador y a todos los «poderes públicos», esto es, incluye al poder judicial, desde el momento en que se haya de interpretar una norma de forma o en clave sistemática, o sea, siempre.

3. LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES Y EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Se ha de plantear la naturaleza jurídica que tiene la reducción de la jornada para atender a un hijo menor o a un familiar incapacitado, en el sentido del artículo 37.5 de la Ley del ET.

Dice el **Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre**, que el disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad lleva a que **no le sean de aplicación las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 de la Ley del ET** y sus normas de desarrollo.

Tal vez se trate de **un exceso**, que a un reglamento le esté impedido afirmar, sin más, tal exclusión.

No obstante ello, se ha de decir que en el tenor del referido artículo, **encaja la figura de la persona que reduce un tercio o hasta la mitad de la jornada de trabajo a los referidos fines (art. 37.5 de la Ley del ET)**, pues se tiene por concertada la prestación de los servicios laborales durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, esto es, un trabajador de la misma empresa y centro de trabajo, mismo tipo de contrato y similar o idéntico trabajo o, en su defecto, la duración de la jornada prevista en el convenio colectivo (art. 12.1 de la Ley del ET).

Pues bien, si se trata de un trabajo a tiempo parcial en un contrato de trabajo a jornada completa, **resulta de aplicación el principio legal de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo** (disp. adic. 7.ª de la LGSS, a partir del RD-L 15/1998, de 27 de noviembre).

Una expresión de tal principio se encuentra en que los **períodos de cotización** se computarán exclusivamente por las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, si bien se calculará su equivalencia en **días teóricos de cotización que resultan de dividir su cantidad por 5**. Para las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente ese número de días teóricos **se multiplica por 1,5**, de lo que resulta el número de días de cotización para el cómputo de los períodos mínimos de cotización. Ello vale también para fijar el porcentaje de la pensión de jubilación.

Ahora bien, en cuanto a las **bases reguladoras, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente**, derivadas de enfermedad común, los períodos durante los que no ha habido obligación de cotizar, **se integrarán con la base mínima de cotización aplicable** [disp. adic. 7.ª 3.ª b) de la LGSS].

Se puede discutir que sea aplicable el Real Decreto 2064/1995, pero al menos para lo que no es jubilación o desempleo, parece que debe concluirse afirmativamente.

La base diaria de cotización para las personas que atienden la **guarda legal a que se refiere el referido artículo 37.5 de la Ley del ET**, será igual a **dividir las sumas de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante** entre el número de días efectivamente trabajados y cotizados en dicho período, si bien se aplicará exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en la situación referida, en iguales condiciones a lo que ocurre con la maternidad, la IT y el riesgo durante el embarazo (arts. 65.4 y 66 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

Una consecuencia se ha de obtener y es el **trato especial, privilegiado, en materia de Seguridad Social, de la situación contractual de la persona que reduce la jornada laboral por razones de guarda legal**.

4. UNA PERSPECTIVA DESDE OTROS GRUPOS SOCIALES

Es cierto que en el artículo 37.5 de la Ley del ET se expresa que en los supuestos de guarda legal el trabajador afectado por/y titular del derecho ha de ver limitado proporcionalmente su salario. Pero ocurre que **en casos menos graves y, si se quiere, más «voluntarios» o desentendidos del significado inmediato del efecto para otra u otras personas, se mantiene el derecho a alguna parte de la retribución, aunque no preste trabajo**.

Véase el **personal estatutario de los servicios de salud**, al que su Estatuto Marco (L 55/2003, de 16 de diciembre) prevé la retribución total o parcial en caso de **licencias para la realización de estudios** o para la asistencia a cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud (art. 61.3).

No es un caso aislado, como se ve con la cita, por ejemplo de **los Jueces y Magistrados**, a quienes se les reconoce el derecho a **licencia, sin limitación de sus haberes, para realizar estudios relacionados con la función judicial**. En caso de que la memoria justificativa de los trabajos realizados no fuera aceptable, se le compensaría con algún tiempo de vacaciones [arts. 373.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio y 250 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) 1/1995 de la Carrera Judicial de 7-6-1995], pero no se prevé la devolución de todo o parte de la retribución percibida.

Si la licencia fuera **para realizar estudios en general, sólo dará derecho a percibir las retribuciones básicas y por razón de familia** (art. 25.1 del Rgto. 1/1995 del CGPJ). Destaca que entre las percepciones básicas se incluyen la «cuantía por antigüedad» que es del 5% por cada tres años de servicios y dos pagas extraordinarias (art. 519.1 del Rgto. 1/1995 del CGPJ).

Se quiere llegar tan sólo a una conclusión y es la relativa a que **en otros grupos socio-profesionales, licencias menos comprometidas con la atención de otras personas generan la comprensión y tutela retributiva de los legisladores.**

5. ¿ES TRANSPORTABLE LA PROTECCIÓN ECONÓMICA DESCRITA AL ÁMBITO PRIVADO?

Es conocido el criterio jurisprudencial, sobradamente expresado, según el cual lo que se reconoce a unos profesionales o integrantes de un cuerpo o grupo no es transpolable a cualesquiera otros o, dicho con más sencillez, para el caso que nos afecta, lo que puede llegar a valer para el sector público, puede no estimarse trasladable a las relaciones privadas, en que resulta ser responsable quien nada tiene que ver con los gestores de la salud o del poder judicial.

Para ir rápidamente al tema, se ha de preguntar en qué medida los atisbos de generalización de los beneficios reconocibles por el legislador en la Seguridad Social, para quien ejercita un derecho a licencia por guarda legal, son propios de una trabajadora o trabajador en el ámbito de su relación con el empresario. En concreto, **¿qué salario se ha de tener en cuenta para precisar el importe de la indemnización por despido, el de la fecha del despido, reducido, o el anterior, correspondiente a jornada normal, o un importe intermedio?**

Según el criterio jurisprudencial ⁵ la reducción de la jornada laboral, consecuyente al derecho ejercitado por unas demandantes y que llevaba aparejada la de los salarios, en proporción, **no supone sino una alteración transitoria de la relación que, antes y después del plazo temporal, tuvo y tendría las consecuencias inherentes a la prestación de jornada completa. De ahí se sigue que el cálculo de las indemnizaciones que ha realizado el juzgador (según salario de jornada normal) y que determina su pronunciamiento en cuanto al monto de las indemnizaciones por despido no infringe, en manera alguna, la normativa jurídica.**

Tal argumentación, por el contrario, no es aplicable en cuanto a la percepción económica que corresponde pagar a la empresa por los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, a tenor del artículo 56.1 b) de la Ley del ET; porque éstos han de ser los que, de no haberse producido el despido, hubieran devengado las demandantes, es decir, los que corresponden a la jornada reducida.

Una de las excepciones a la regla, según la cual el salario regulador de la indemnización por despido es el salario percibido por el trabajador en el momento del despido es, cabalmente, la que concierne a los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el artículo 154.1 del Código Civil (CC), sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. De ahí que el TS haya

⁵ STS de 15 de octubre de 1990.

señalado que en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 de la Ley del ET, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la CE) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa ⁶.

Resulta, pues, palmario que **del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, con la única contrapartida para el empresario –dice el TS– de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja** ⁷.

En resumen, y en definitiva, **no existe ningún inconveniente para que las consecuencias del criterio interpretativo integrativo del derecho a la licencia por guardia legal se lleven al ámbito privado**, sin que se trate de una extralimitación, antes bien, se ha de estimar que constituye una zona entre otras, de la eficacia de la interpretación funcional del derecho.

A ello, que, en definitiva, llama al criterio a la igualdad de trato, se ha de volver, para traer la perspectiva de la discriminación por razón de sexo.

6. EL REFLEJO DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESTA MATERIA

Existen dos Directivas sobre el tema que deben ser citadas: la 76/207/CEE, de 9 de febrero, y la 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que sustituye y deroga en buena parte la anterior.

¿Qué es la igualdad de trato en su versión de lucha contra las desigualdades generadas o generables a causa de la diversidad de sexos?

Según la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, **el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar** (art. 2.º 1 de la Directiva 76/207/CEE, reformada por la 2002/73/CE).

Pues bien, ¿qué es una discriminación indirecta? De conformidad con la misma Directiva, se ha de entender por «**discriminación indirecta**»: **la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios** (art. 2.º 2 de la Directiva 76/207/CEE, reformada por la 2002/73/CE).

⁶ STS de 20 de julio de 2000 (rec. 3799/1999).

⁷ STS de 11 de diciembre de 2001.

Se trata ahora de saber **si existe una finalidad legítima que impida que la madre o el padre que atiende al hijo menor tenga derecho a algo, en concepto de retribución**, por lo menos básica (ya se ha visto que en situaciones menos comprometidas familiar y socialmente, se ha concedido por el legislador a otras personas) durante el tiempo en que ejerce su derecho a la jornada reducida y precisamente respecto de ese tiempo de inactividad laboral.

Es evidente que los caracteres del contrato de trabajo parecen impedirlo, en especial que es un contrato oneroso, en el sentido de que existe equivalencia entre las prestaciones fundamentales que se deducen del consentimiento contractual.

El mismo argumento se ha dado para negar las prestaciones en el ámbito de la Seguridad Social, en concreto que el sistema es contributivo, al menos, fundamentalmente, de manera que existe una correlación entre salarios, cotizaciones y prestaciones. Y se ha vencido ese obstáculo.

Se ha vencido, mediante una **estupenda Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), la 253/2004, de 22 de diciembre** ⁸, **que ha anulado la disposición que tuvo el artículo 12.4.2 de la Ley del ET versión de 1995**, en el que se decía que «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas».

Recuerda esta STC 253/2004 que para que la diferenciación legislativa resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que **es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos** ⁹.

Recoge el TC los criterios del Derecho Europeo y dice que la prohibición de la **discriminación por razón de sexo** se encuentra en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea

⁸ Que contiene una estupenda recesión sobre la evolución legislativa relativa al contrato a tiempo parcial.

⁹ Con cita de las SSTC 76/1990, de 26 de abril, y 181/2000, de 29 de junio. Añade la STC 253/2004 que **en los términos estrictos en que el artículo 12.4.2 de la Ley del ET se establece, para determinar los períodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones cuando existen períodos trabajados a tiempo parcial**, conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial.

Si bien añade que no resulta contrario al artículo 14 de la Constitución Española, en aras del principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. **En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas**, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, **al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora**.

(actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el TJCE en múltiples de sus fallos ¹⁰ cuando dice que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que **el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo**».

Añade ahora el TC ¹¹ que «una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha **descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación** ¹² **exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior**».

La **discriminación por razón de sexo** comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la **indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo** ¹³.

Para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española **debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho** ¹⁴.

Dice el TJCE que **se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo** ¹⁵.

Se trata ahora de **saber si hay alguna finalidad legítima en la supresión de las retribuciones –al menos las básicas– a la trabajadora** que se dedique a la guarda legal. Se adelanta que no existe tal finalidad, pues sería la de retribuir en menor medida, o cantidad, a la trabajadora que al

¹⁰ Entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*.

¹¹ STC 253/2004 con cita de la STC 22/1994, de 27 de enero.

¹² Con cita de las SSTJCE de 13 de mayo de 1986, asunto *Bilka Kaufhaus*; y de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*.

¹³ SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, 240/1999, de 20 de diciembre, 198/1996, 145/1991, 286/1994 y 147/1995.

¹⁴ STC 253/2004.

¹⁵ SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen vs. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*; y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*, en STC 253/2004.

trabajador, por causa diferenciadora injusta. La causa positiva que está en la versión positiva se encuentra no sólo en el derecho de la trabajadora, de toda trabajadora, a la promoción económica, sino también en el derecho de la madre trabajadora a que se le facilite cumplir con la obligación de cuidar de sus hijos (art. 39.1 de la CE), directamente, de modo conjunto con su marido, y **cumplir la obligación de guarda legal del artículo 154.1.º del CC**.

Dice de nuevo la Directiva 2002/73/CE que la **mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia** (art. 2.º 7 de la Directiva 76/207/CEE, reformada por la 2002/73/CE).

No cabe interpretación posible, una vez finalizado el período de permiso, tenga o no la jornada de trabajo completa, o sea, disfrute o no de la licencia para guarda legal, que decir que **si la disfruta para beneficio del menor o del familiar incapacitado, las condiciones laborales, entre ellas las salariales, no pueden ser menos favorables que las de los hombres que no piden ese tipo de permisos** o de las mujeres que no las estén disfrutando.

No dice la Directiva que han de disfrutar de las ventajas y mejoras proporcionales a su colaboración laboral, sino que tales condiciones no han de ser menos favorables que las de las personas que se mantienen sin afectarles un parto y sus reflejos inmediatos y directos, las cuales se concretan, en este caso, en la licencia respecto de una parte de la jornada, para la guarda legal.

El Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente la legitimidad, en virtud del principio de igualdad de trato, de proteger la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo. Ha establecido reiteradamente, además, que **todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación sexual directa** (Fundamento 12 de la Directiva 2002/73/CE).

Siendo **discriminación por el sexo**, indirecta, la reducción del tiempo que dura la licencia por guardia legal, derivada de la maternidad, **un trato desfavorable consiste en reducir el salario a causa de la reducción de la jornada para ejercer la obligación de la guarda legal, porque tal trato deriva inexorablemente de la maternidad de la mujer**.

No cabe alegar que el menor salario deriva de la existencia de una jornada menor, porque **en la causa originaria de esa reducida jornada se encuentra la maternidad y sus consecuencias, que es lo que la Directiva quiere proteger**, hasta el punto de estimar que un trato desfavorable debido a tal causa constituye discriminación por razón de sexo.

Se puede volver a la doctrina del TC en conexión con la del TJCE. Se dice en la STC que **no aparece justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial** en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y **que, además, conduce a un resultado desproporcionado**, al dificultar el acceso a la protección de

la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, **situación esta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del artículo 12.4 de la Ley del ET de 1995 lesiona el artículo 14 de la Constitución Española, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.**

Pues bien, ante esto, dice la Directiva 2002/73/CE que los **Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:** a) **se derogue cualquier disposición legal**, reglamentaria o administrativa, contraria al principio de igualdad de trato; b) **se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales** (art. 3.º 2 de la Directiva 76/207/CEE, reformada por la 2002/73/CE).

No hay duda de que el Estado miembro de la Comunidad Europea, España, tiene que modificar su legislación y sus Tribunales tienen que declarar nulas las disposiciones reglamentarias y convencionales contrarias ¹⁶.

Los Estados tienen de plazo hasta el 5 de octubre de 2005 ¹⁷.

7. LO QUE DICEN ALGUNOS NÚMEROS

Dice el apartado 10 de los fundamentos de la Directiva 2002/73/CE que la apreciación de los hechos de los que pueda deducirse la existencia de una discriminación directa o indirecta corres-

¹⁶ Dice la Directiva 2002/73/CE que los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para **garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3.º, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido.** Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo (art. 6.º 2 de la Directiva 76/207/CEE, reformada por la 2002/73/CE). Y que **las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.** Los Estados miembros notificarán a la Comisión las disposiciones adoptadas a más tardar el 5 de octubre de 2005 y comunicarán lo antes posible cualesquiera modificaciones ulteriores (art. 8.º quinto 2 de la Directiva 76/207/CEE, reformada por la 2002/73/CE).

¹⁷ Los **Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 5 de octubre de 2005** (art. 2.º de la Directiva 2002/73/CE).

La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge en los **artículos 4.º 2 c) y 17.1 de la Ley del ET, redactados conforme a lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.**

Según el TC, el **órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución Española (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (SSTC 253/2004, de 22 de diciembre y 128/1987, de 14 de julio).**

ponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes, de conformidad con las normas del Derecho o las prácticas nacionales. **Estas normas podrán determinar, en particular, que la existencia de una discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas.** De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la discriminación implica la aplicación de reglas diferentes a situaciones comparables o la aplicación de la misma regla a situaciones diferentes.

Pues hay que aportar estadísticas para fundamentar lo que se pretende decir.

TABLA 1. Población clasificada por relación con actividad económica, por sexos.

	Ambos sexos	Mujeres	Hombres	% Mujeres
Total	34.474.300	17.738.300	16.736.000	51,45
Activos	19.330.400	7.997.300	11.333.100	41,37
Ocupados	17.323.300	6.846.400	10.477.000	39,52
Parados	2.007.100	1.150.900	856.100	57,34
Buscan 1.º empleo	278.400	175.000	103.300	62,86
Inactivos	15.143.900	9.741.000	5.403.000	64,32

FUENTE: INE. Cuatro trimestre de 2004

TABLA 2. Distribución de trabajadores ocupados, clasificados por sexos.

Total	Varones	Porcentaje del total	Mujeres	Porcentaje del total
17.323.300	10.477.000	60,48%	6.846.400	39,52%

FUENTE: EPA. Cuatro trimestre de 2004

TABLA 3. Salario medio anual por sexos.

	Importe salario medio anual	Porcentaje del total
Ambos sexos	14.370	100
Varones	16.588	115,43
Mujeres	11.175	77,78

FUENTE: AEAT. Año 2002

TABLA 4. Tasa de paro, por estado civil y sexo.

Total	Ambos sexos	Mujeres	Hombres
Porcentaje	10,38	14,39	7,55
Casados	7,92	13,16	4,49
No casados	13,97	16,00	12,37

FUENTE: EPA. Cuatro trimestre de 2004. INE.

TABLA 5. Abandonos del mercado de trabajo por razones familiares y sexos.

Ambos sexos	Totales		% respecto de abandonos por esta causa		% respecto de de abandono por cualquier otro motivo
	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
119.200	111.100	8.200	93,20	0,49	5,78

FUENTE: INE. Cuatro trimestre de 2004.

TABLA 6. Permisos de Maternidad.

Año	Total	Evolución	Madres	Padres	% Madres
2000	192.422	151	190.547	1.875	99,03
2001	208.695	163	205.966	2.729	98,69
2002	224.419	176	221.107	3.312	98,52
2003	243.620	191	239.858	3.762	98,46

FUENTE: Datos del INSS

TABLA 7. Excedencias por cuidado de hijos

Año	Total	Evolución	Madres	Padres	% Madres
2000	8.339	100	8.007	332	96,02
2001	10.163	122	9.800	363	96,43
2002	12.694	152	12.206	488	96,16
2003	13.879	166	13.377	502	96,38

FUENTE: Datos del INSS

Las observaciones que se han de hacer ya están hechas ante la lectura de los datos, pero se puede destacar que ya **empieza la diversidad de trato en la retribución, pues el salario medio de la mujer respecto del que percibe el varón es del 67,37%**.

Sigue que el paro de mujeres es casi el doble que el de los hombres.

Las **mujeres que abandonan el empleo por razones familiares es rigurosamente no compartido por los padres, ya que es el 93,20%**. Es la causa fundamental del abandono de las mujeres (siendo por otras causas el 0,49%).

Desde el año 2000 los **permisos que se han pedido por maternidad han sido masivamente atendidos por madres, del 98% al 99%**, sin que por los padres, pese a existir esa facultad legal, casi se haya ejercitado.

El número de **excedencias disfrutadas para atender al cuidado de hijos menores de 3 años, es desde 2000 a 2004 superior al 96% ejercitadas por las madres**, casi de modo invariable.

No se han podido obtener datos de licencias para guarda legal, pero los datos, obviamente, tienen que estar en la misma línea que los permisos por maternidad y las excedencias para cuidado de hijos menores de 3 años.

Estas tablas son manifiestamente elocuentes de que **se discrimina a las mujeres cuando se deja de retribuir a quienes ejercen el derecho de reducción de jornada para atender a un hijo menor y seguramente también cuando se pide para atender a otros familiares**.

8. EL JUEZ NACIONAL TIENE COMPETENCIA PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR SEXO, FRENTE A LAS DISPOSICIONES NACIONALES CONTRARIAS

Se ha de plantear como colofón quién sea el órgano jurisdiccional competente para decidir, en caso de colisión entre la norma nacional, convencional o legal, y el principio de no discriminación por sexo, que se ha comentado.

La duda se centra en si el Juez nacional debe plantear ante el TJCE una cuestión prejudicial o si él mismo debe decidir.

Según la jurisprudencia del TJCE la segunda de las opciones es la que se debe aceptar.

Dice el TJCE, respecto del artículo 5.º, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las

condiciones de despido, que es lo suficientemente **preciso para ser invocado por un justiciable contra el Estado miembro y aplicado por un Juez nacional para impedir la aplicación de cualquier disposición nacional que no sea conforme a él** ¹⁸.

También dice que **el órgano jurisdiccional nacional** encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las normas del Derecho comunitario **tiene la obligación de garantizar la eficacia plena de estas medidas, dejando inaplicada, en caso de necesidad, en ejercicio de las competencias de decisión que le corresponden, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, sin que haya de solicitar o esperar la supresión previa de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional** ¹⁹.

Y para concluir baste la última cita del TJCE, que dice que análogas consideraciones se imponen **también en el caso de que la disposición contraria al Derecho comunitario sea consecuencia de un convenio colectivo**. En efecto, sería incompatible con la propia naturaleza del Derecho comunitario que el Juez nacional competente para aplicar este Derecho no tuviera la posibilidad de hacer, en el mismo momento de esta aplicación, todo lo necesario para **dejar de aplicar las disposiciones de un convenio colectivo que pudieran constituir un obstáculo para la plena eficacia de las normas comunitarias** ²⁰.

En definitiva, **corresponde a los órganos sociales de la jurisdicción decidir si el artículo 37.5 de la Ley del ET es conforme o no al principio de no discriminación por razón de sexo**.

¹⁸ STJCE Luxemburgo (Sala Sexta), de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*. Cuestión prejudicial. Asunto C-187/2000, apartado 70. Con cita de las SSTJCE de 26 de febrero de 1986, Marshall, denominada «Marshall I»; 152/1984, Rec. pág. 723, apartados 52 y 56; y *Seymour-Smith y Pérez*, apartado 40.

¹⁹ STJCE Luxemburgo (Sala Sexta), de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*. Cuestión prejudicial. Asunto C-187/2000, apartado 73. Con cita de la STJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/1977, Rec. pág. 629, apartado 24.

²⁰ STJCE Luxemburgo (Sala Sexta), de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*. Cuestión prejudicial. Asunto C-187/2000, apartado 74. Con cita de la STJCE de 7 de febrero de 1991, *Nimz* (C-184/1989), apartado 20.