

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTONIO TIZZANO
presentadas el 18 de enero de 2005¹

1. Mediante recurso de 12 de diciembre de 2003, la Comisión de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «Comisión») ha solicitado al Tribunal de Justicia que determine, con arreglo al artículo 226 CE, si el Gran Ducado de Luxemburgo (en lo sucesivo, «Luxemburgo») ha adaptado correctamente su Derecho interno a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (en lo sucesivo, «Directiva 96/34» o simplemente «Directiva»).²

2. En particular, la Comisión cuestiona la legislación luxemburguesa que ha adaptado el Derecho interno a la Directiva por haber previsto la sustitución del permiso parental por el permiso de maternidad en caso de solapamiento entre ambos, así como la concesión del primero únicamente a los progenitores de hijos nacidos siete meses después del vencimiento del plazo establecido para la adaptación del Derecho interno a la Directiva.

I. Marco jurídico

A. Derecho comunitario

3. Mediante la Directiva 96/34, el legislador comunitario ha dado aplicación al Acuerdo marco sobre el permiso parental concluido el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES) (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»).³ Con arreglo al artículo 2 de la Directiva, los Estados miembros tenían la obligación de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adaptar el Derecho interno a dicha Directiva y, de este modo, al acuerdo incorporado a la misma, antes del 3 de junio de 1998.

4. A los efectos del presente asunto, son especialmente relevantes el punto 9 de las consideraciones generales del Acuerdo marco, según el cual el permiso parental es «distinto del permiso de maternidad», y sobre todo la cláusula 2, apartado 1, con arreglo a la cual el «presente Acuerdo [...] concede un derecho individual de permiso

1 — Lengua original: italiano.

2 — DO L 145, p. 4.

3 — El texto de dicho acuerdo figura como anexo a la Directiva.

parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales».

B. Derecho nacional

5. Mediante la Ley de 12 de febrero de 1999, relativa al establecimiento de un permiso parental y un permiso por razones familiares (en lo sucesivo, «Ley de 12 de febrero de 1999»),⁴ Luxemburgo se propuso ejecutar la Directiva 96/34.

6. De los artículos 2 y 8 de dicha Ley se desprende que cualquier progenitor puede beneficiarse de un permiso parental de seis meses (que pueden extenderse hasta doce en caso de permiso a tiempo parcial), durante los cuales el mismo percibe una prestación mensual de 272,68 euros (reducida a la mitad en caso de permiso a tiempo parcial).

7. El artículo 7, apartado 2, de la misma Ley prevé que, en caso de que un embarazo (o adopción de un niño), que confiere el derecho a un permiso de maternidad (o adopción), sobrevenga durante el período de permiso parental, este último finaliza y queda sustituido por el otro.

8. A su vez, el artículo 19, párrafo quinto, dispone que únicamente pueden beneficiarse de las normas sobre permiso parental los progenitores de niños nacidos con posterioridad al 31 de diciembre de 1998, o para los cuales se haya iniciado el procedimiento de adopción ante el tribunal competente tras dicha fecha.

9. Aunque la Comisión no lo haya cuestionado directamente, es conveniente recordar asimismo, por las razones que se expondrán más adelante, el artículo 3, apartado 4, de la Ley en cuestión, el cual prevé que el primer permiso parental ha de ser solicitado obligatoriamente por uno de los dos progenitores al finalizar el permiso de maternidad (o adopción), so pena de perder dicho derecho. Con arreglo al artículo 3, apartado 5, el otro progenitor puede disfrutar del segundo permiso parental hasta que el niño haya cumplido la edad de cinco años.

10. Cabe mencionar, por último, que la Ley de 12 de febrero de 1999 ha sido modificada

⁴ — *Mémorial A*, n° 13, de 23 de febrero de 1999, p. 209.

por la Ley de 21 de noviembre de 2002,⁵ la cual, en lo que aquí importa, introdujo en ella el artículo 10, párrafo sexto, que dispone:

«La denegación definitiva, por parte [de la administración competente], de la solicitud de la prestación prevista [para el permiso parental] no excluye la concesión eventual por parte del empleador de un permiso parental en las condiciones previstas por la [Directiva 96/34]».⁶

11. En sus alegaciones escritas, Luxemburgo se refirió asimismo a un proyecto de Ley de 2003 dirigido a introducir nuevos cambios en la legislación en cuestión, cambios, con todo, a los que considero que no debo referirme, dada su incontestada irrelevancia *ratione temporis* a efectos del presente asunto.

II. Hechos y procedimiento

12. Mediante escrito de requerimiento de 16 de mayo de 2001, la Comisión comunicaba al Gobierno luxemburgués que, en su opinión, los artículos 7, apartado 2, y 19,

párrafo quinto, de la Ley de 12 de febrero de 1999 no eran conformes a la Directiva 96/34.

13. Mediante escrito de 26 de julio de 2001, Luxemburgo contestó a las afirmaciones de la Comisión.

14. El 23 de octubre de 2001, mediante escrito de requerimiento adicional, la Comisión comunicaba a Luxemburgo que también consideraba contrario al Derecho comunitario el artículo 3, apartado 6, de la Ley de 12 de febrero de 1999, según el cual debía concederse prioridad a la madre en caso de que ambos progenitores solicitasen el permiso parental.

15. Luxemburgo replicó, con fecha de 8 de enero de 2002, que la disposición mencionada iba a ser modificada en el sentido de establecer la prioridad entre ambos progenitores con base en el orden alfabético de los apellidos respectivos. En efecto, dicha modificación fue introducida por la Ley de 21 de noviembre de 2002.

16. El 15 de noviembre siguiente la Comisión notificaba a Luxemburgo un dictamen motivado con arreglo al artículo 226 CE, apartado 1, en el cual hacía constar que al adoptar los artículos 3, apartado 6, 7, apartado 2, y 19 de la Ley de 12 de febrero

5 — *Mémorial A*, n° 135, de 10 de diciembre de 2002, p. 3098.

6 — Traducción no oficial.

de 1999 había violado las obligaciones de Derecho comunitario que le incumbían, por lo que se refiere, en particular: i) al criterio de atribución prioritaria del permiso parental a uno de los progenitores en caso de solicitud simultánea por parte de ambos; ii) a la sustitución del permiso parental por el permiso de maternidad en caso de solapamiento entre los dos; iii) a la concesión del permiso parental únicamente a los progenitores de hijos nacidos siete meses después de la fecha límite fijada para adaptar el Derecho interno a la Directiva.

17. El dictamen solicitaba a Luxemburgo que ajustara su legislación al Derecho comunitario en un plazo de dos meses a partir de la notificación, es decir, antes del 15 de enero de 2003.

18. En respuesta al dictamen motivado, Luxemburgo envió a la Comisión una carta de 19 de mayo de 2003, mediante la cual la informaba de las modificaciones efectuadas por la Ley de 21 de noviembre de 2002 a la Ley contestada de 1999. Aunque fue enviada antes de la presentación del recurso que dio origen al presente asunto (12 de diciembre de 2003), a causa de una serie de errores internos de la Comisión dicha contestación no había llegado aún al servicio jurídico de esta última en dicha fecha.

19. En cualquier caso, como tuvo noticia, aunque fuera parcial, de la modificación del artículo 3, apartado 6, de la Ley de 12 de febrero de 1999, en el recurso la Comisión desistió del motivo relativo a la atribución prioritaria del permiso parental a la madre en caso de solicitudes simultáneas, manteniendo en cambio inalterados los otros dos motivos.

20. Por otra parte, al desarrollar sus argumentos en apoyo de tales motivos, la Comisión afirmó que la Ley de 12 de febrero de 1999 también viola la Directiva a causa de la disposición según la cual uno de los dos progenitores está obligado a disfrutar del permiso parental tras la expiración del permiso de maternidad (o de adopción) (artículo 3, apartado 4). Con todo, la misma excluyó expresamente dicha cuestión del objeto del recurso, por no haber sido planteada en el marco del procedimiento administrativo previo.

21. Una vez concluido el doble intercambio de escritos de las partes conforme al procedimiento, se oyó a estas últimas en la vista de 24 de noviembre de 2004.

III. Análisis jurídico

Sobre la admisibilidad

22. En primer lugar, Luxemburgo invoca la inadmisibilidad del recurso, objetando que el

mismo no tendría objeto, dado que el eventual incumplimiento habría terminado con las modificaciones introducidas en la normativa nacional en cuestión por la Ley de 21 de noviembre de 2002. En efecto, aunque se le comunicaron a la Comisión intempestivamente, tales modificaciones habían sido efectuadas dentro del plazo (15 de enero de 2003) que el dictamen motivado le había fijado a Luxemburgo para dar cumplimiento a la Directiva.

23. En cualquier caso, prosigue el Gobierno luxemburgués, en el momento en que presentó el recurso, la Comisión ya no tenía motivo alguno para dirigirse al Tribunal de Justicia, porque de todos modos, y a pesar de no haber sido notificadas dentro del plazo, las modificaciones legislativas luxemburguesas posteriores habían puesto fin al incumplimiento en tiempo útil. Sin embargo, al haber extraviado la contestación al dictamen motivado, la Comisión se ha dirigido igualmente al Tribunal de Justicia, aunque en ese momento había desaparecido objetivamente su interés en presentar el recurso. De este modo, también por este motivo el recurso es, a juicio del Gobierno luxemburgués, inadmisibile.

24. Por último, Luxemburgo ha añadido en la réplica, en apoyo de la excepción de inadmisibilidad, que los dos meses que le había concedido el dictamen motivado no constituían un plazo razonable, siendo imposible proceder a las modificaciones legislativas requeridas por la Comisión en un plazo tan breve.

25. Considero, sin embargo, que la Comisión ha contestado tales objeciones con razón sobre la base de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia.

26. En efecto, en primer lugar el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que «la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia».⁷ En el presente asunto, como es cierto que la nueva legislación luxemburguesa había sido adoptada pero no notificada a la Comisión en tiempo útil, debe considerarse que al final del plazo la «situación del Estado miembro [...] se presentaba» para la misma, a justo título, como no conforme al dictamen motivado.

27. Por otro lado, también es jurisprudencia reiterada que el interés de la Comisión para presentar un recurso *ex* artículo 226 CE sigue existiendo incluso cuando la infracción invocada ha sido eliminada en una fecha posterior al plazo establecido por el dictamen motivado⁸ (*a fortiori*, obviamente, cuando, como en el presente asunto, la Comisión considere que la infracción no ha sido eliminada en modo alguno).

7 — Véase, entre muchas otras, la sentencia de 12 de septiembre de 2002, Comisión/Francia (C-152/00, Rec. p. I-6973), apartado 15.

8 — Véase, por todas, la sentencia de 13 de junio de 2002, Comisión/España (C-474/99, Rec. p. I-5293), apartado 25.

28. Ciertamente es que en el presente asunto, entre retrasos y errores en la transmisión de la contestación de Luxemburgo al dictamen motivado, la situación parece aún más complicada. Sin embargo, como recuerda la Comisión, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de aclarar que el hecho de no haber tenido en cuenta la contestación a un dictamen motivado es irrelevante por lo que se refiere a la admisibilidad de un recurso por incumplimiento.⁹ En efecto, en la sentencia *Comisión/Paises Bajos* puede leerse que «aun suponiendo que el procedimiento contencioso se haya iniciado mediante un recurso de la Comisión, sin tener en cuenta posibles elementos nuevos, de hecho o de Derecho, aducidos por el Estado miembro en su respuesta al dictamen motivado, ello no ha vulnerado los derechos de defensa de ese Estado. En efecto, en el procedimiento contencioso, éste puede hacer valer plenamente dichos elementos desde su primer acto de oposición. Corresponderá al Tribunal de Justicia examinar su pertinencia a efectos de la ulterior tramitación del recurso por incumplimiento».¹⁰

29. Considero, pues, que la excepción de Luxemburgo sobre la cuestión de la admisibilidad del recurso no puede estimarse.

30. Por último, en cuanto a las observaciones del propio Luxemburgo sobre el supuesto carácter inapropiado del plazo que le

había sido concedido en el dictamen motivado, podría limitarme a observar que este motivo no ha sido invocado hasta que se presentó el escrito de duplica, de manera que no debería tenerse en cuenta por intempestivo.

31. En cualquier caso debo observar, en cuanto al fondo, que ante el silencio del Tratado en este particular, el plazo de dos meses es el que la Comisión suele conceder con más frecuencia a los Estados miembros en el dictamen motivado.¹¹ Aunque pueda parecer en sí mismo insuficiente, hay que recordar que «dar al Estado miembro la ocasión de [...] ponerse en regla antes de que se interponga un recurso ante el Tribunal de Justicia» es la finalidad del conjunto del procedimiento administrativo previo, no sólo del dictamen motivado.¹² En efecto, este último representa únicamente el acto final de un procedimiento que, como es sabido, suele tener una duración lo bastante larga como para permitir que el Estado miembro cumpla las exigencias de la Comisión.

32. En cuanto al presente asunto, puede añadirse que si Luxemburgo pudo modificar la normativa controvertida en el plazo concedido por el dictamen motivado, es evidente que tal plazo era menos inapropiado de lo que ahora afirma dicho Gobierno. La posibilidad de que las modificaciones efectuadas dejen realmente el pre-

9 — Sentencia de 19 de mayo de 1998, *Comisión/Paises Bajos* (C-31/96, Rec. p. I-3031), apartado 21.

10 — *Ibidem*, apartado 20.

11 — Sentencia de 2 de julio de 1996, *Comisión/Luxemburgo* (C-473/93, Rec. p. I-3207), apartado 21.

12 — Sentencia de 31 de enero de 1984, *Comisión/Irlanda* (74/82, Rec. p. 317), apartado 13.

sente recurso sin objeto es precisamente la cuestión a la que el Tribunal de Justicia habrá de responder al pronunciarse sobre el fondo del mismo.

33. Sobre la base de cuanto antecede propongo, pues, declarar el recurso admisible.

Sobre el primer motivo del recurso

34. Con el primer motivo, la Comisión invoca la no conformidad a la Directiva del artículo 7, apartado 2, de la Ley de 12 de febrero de 1999, según el cual si un embarazo (o la adopción de un niño), que concede el derecho a un permiso de maternidad (o de adopción), sobreviene durante el período de permiso parental, este último finaliza y queda sustituido por el otro.

35. En particular, en opinión de la Comisión, dicha disposición estaría en contradicción con el principio, consagrado en el punto 9 de las consideraciones generales del Acuerdo marco incorporado a la Directiva (véanse, *supra*, los puntos 3 y 4), según el cual el permiso parental es diferente del permiso de maternidad.

36. En efecto, con arreglo a la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo, el primero es un derecho de ambos progenitores trabajadores y permite que uno de los dos se ausente del trabajo por un período de al menos tres meses, hasta que el niño no haya cumplido una edad fijada por cada Estado miembro pero que no puede ser superior a los 8 años.

37. En cambio, el permiso de maternidad protege «la condición biológica de la mujer y [...] 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».¹³

38. Dado que ambos permisos obedecen a exigencias no coincidentes, prosigue la Comisión, la legislación luxemburguesa se equivoca al prever que la concesión del permiso de maternidad ponga fin al permiso parental. Ello porque la mujer cuyo permiso parental se ve interrumpido por el inicio del permiso de maternidad (prenatal), debido a un nuevo embarazo, debería poder recuperar a continuación la parte de permiso parental de la cual no ha disfrutado.

13 — Sentencia de 29 de noviembre 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383), apartado 43 y la que allí se cita.

39. Luxemburgo objeta que la supuesta violación del derecho a un permiso parental sólo podría darse en casos extremadamente raros. En efecto, en su opinión, el artículo 3, apartado 4, de la Ley de 12 de febrero de 1999 obliga a que uno de los dos progenitores disfrute del permiso parental inmediatamente después del permiso de maternidad. Dado que en una abrumadora mayoría de los casos será la madre quien lo haga, no sería biológicamente posible que su permiso parental se vea interrumpido por un permiso de maternidad derivado de un embarazo sucesivo. En efecto, aun en la hipótesis de que se produzca un nuevo embarazo inmediatamente después del puerperio, el permiso de maternidad prenatal debido a este nuevo embarazo empezaría con posterioridad al período resultante de la suma del permiso de maternidad postnatal correspondiente al primer embarazo con el permiso parental iniciado al terminarse éste.

40. En cambio, Luxemburgo admite que si fuera el padre quien solicitara el permiso parental al finalizar el permiso de maternidad, no podría excluirse que se produjera un embarazo durante el permiso parental de que disfrutara a su vez la madre con posterioridad, y de este modo un permiso de maternidad, que pondría fin al permiso parental antes de lo debido.

41. Aunque se trata de una eventualidad remota, en cualquier caso Luxemburgo habría puesto remedio a la misma, adop-

tando precisamente la Ley de 21 de noviembre de 2002 antes del vencimiento del plazo que le había concedido el dictamen motivado.

42. Según se ha visto, dicha Ley introdujo en la normativa anterior el artículo 10, párrafo sexto, a tenor del cual «la denegación definitiva, por parte [de la administración competente], de la solicitud de la prestación prevista [por el permiso parental] no excluye la concesión eventual por parte del empleador de un permiso parental según las condiciones previstas por la [Directiva 96/34]».

43. De este modo, a la madre cuyo permiso parental haya finalizado antes de lo debido por haber sobrevenido un permiso de maternidad se le permitiría en cualquier caso recuperar con posterioridad el período restante para alcanzar la duración mínima de tres meses que la Directiva prevé para el permiso parental.

44. Luxemburgo añade que además, antes incluso de la modificación legislativa mencionada, dio instrucciones precisas a las autoridades competentes a fin de que a una madre que se encuentre en la situación descrita por la Comisión se le reconozca un complemento del permiso parental no disfrutado que alcance una duración conjunta igual, no ya al mínimo de tres meses

establecido por la Directiva, sino incluso a los seis meses fijados por el artículo 2 de la Ley de 12 de febrero de 1999 (doce en caso de permiso a tiempo parcial). Además, en casos semejantes Luxemburgo concedería la prestación prevista por el artículo 8 de la mencionada Ley, aunque no lo imponga la Directiva.

45. Por mi parte, aun reconociendo que la legislación luxemburguesa en la materia de que se trata es bastante generosa en su conjunto, no puedo compartir los argumentos de dicho Estado.

46. No me convencen, en primer lugar, por lo que se refiere a los motivos expuestos por la Comisión relativos a la conformidad de la legislación anterior a las modificaciones de 2002 con la Directiva 96/34, y concretamente del artículo 7, apartado 2, de la Ley de 12 de febrero de 1999.

47. En efecto, como se ha visto, dicha disposición prevé que si un permiso de maternidad derivado de un nuevo embarazo sobreviene durante el período de permiso parental debido a un hijo ya nacido, este último permiso finaliza y queda sustituido por el otro.

48. Ello significa que, como reconoce el propio Luxemburgo, aunque sólo sea en el número limitado de casos en los que el artículo en cuestión entra en juego, su aplicación hace que una madre disfrute de un permiso parental de duración inferior a los seis meses normalmente previstos por la normativa luxemburguesa que ha adaptado el Derecho interno a la Directiva.

49. Ahora bien, como la Comisión subrayó en la vista, en el momento de adaptar el Derecho interno a la Directiva un Estado miembro es libre de conceder un permiso parental de duración superior al mínimo de tres meses impuesto por la Directiva. Pero una vez se ha decidido conceder un permiso más largo, el Estado debe concederlo en los mismos términos a todas las personas comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione personae* de la Directiva y no es, pues, libre, a falta de justificación objetiva, para establecer un tratamiento diferenciado de los mismos a este respecto.

50. Considero que tal conclusión se impone por el hecho de que el principio de no discriminación forma parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia¹⁴ y que dichos principios «vinculan [...] a los Estados

14 — Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915), apartado 32. Véanse asimismo las sentencias de 12 de julio de 2001, Jippes y otros (C-189/01, Rec. p. I-5689), apartado 129, y de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo (C-149/96, Rec. p. I-8395), apartado 91.

miembros cuando aplican la normativa comunitaria». ¹⁵ Por tanto, sólo puede decirse que se ha adaptado correctamente el Derecho interno a la Directiva si al utilizar el margen de discrecionalidad que la misma le ha concedido el legislador nacional también ha respetado el mencionado principio.

51. De ello se desprende que, a falta de justificación objetiva, que en cualquier caso no se ha ofrecido, Luxemburgo no podía conceder a determinadas madres un permiso parental que, aun siendo superior a tres meses, era de todos modos más breve que los seis que concede como norma en dichos casos.

52. Además, en cuanto a las instrucciones administrativas mencionadas hace poco (punto 44), es cierto que son útiles para los objetivos que nos ocupan, pero no pueden constituir, por sí mismas, un elemento decisivo para excluir la discriminación señalada. Ello porque, como el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones, «las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publi-

cidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado». ¹⁶

53. Dicho esto, aún es necesario determinar si Luxemburgo ha introducido posteriormente en la legislación controvertida modificaciones que hayan podido poner fin al incumplimiento dentro del plazo concedido por el dictamen motivado (15 de enero de 2003). Y ello por seguir en la lógica de la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, y permitir, de este modo, que se tengan en cuenta medidas adoptadas dentro del plazo fijado en el dictamen motivado pero notificadas fuera de plazo.

54. Ahora bien, es cierto que la Ley de 21 de noviembre de 2002 introdujo en la Ley de 12 de febrero de 1999 una disposición (artículo 10, párrafo sexto) que permite que una madre cuyo permiso parental finaliza antes de lo debido, por haber sobrevenido un permiso de maternidad, disfrute con posterioridad de un nuevo período de permiso parental, de modo que se alcance la duración mínima impuesta por la Directiva.

55. Sin embargo, también en estos términos la normativa luxemburguesa sigue sin ser completamente conforme a la Directiva y a los principios del Derecho comunitario, dado

15 — Sentencia Rodríguez Caballero, antes citada, apartado 30. Véanse asimismo las sentencias de 13 de abril de 2000, Karlsson y otros (C-292/97, Rec. p. I-2737), apartado 37; y de 24 de marzo de 1994, Bostock (C-2/92, Rec. p. I-955), apartado 16.

16 — Véanse, entre otras muchas, sentencias de 17 de enero de 2002, Comisión/Irlanda (C-394/00, Rec. p. I-581), apartado 11 y de 11 de noviembre 1999, Comisión/Italia (C-315/98, Rec. p. I-8001), apartado 10.

que también puede hacer surgir situaciones discriminatorias entre las personas afectadas.

maternidad sobrevenido ponga fin a un permiso parental antes de lo debido.

56. En efecto, según la nueva legislación se beneficiarían de los seis meses de permiso parental y de la prestación correspondiente la totalidad de los padres y aquellas madres cuyo permiso parental no finalice antes de tiempo a causa de un permiso de maternidad debido a un nuevo embarazo. En cambio, aquellas madres cuyo permiso parental quede interrumpido antes de lo debido por un permiso de maternidad debido a un nuevo embarazo únicamente podrían beneficiarse de un período más breve y no enteramente cubierto por la prestación. En efecto, éstas sólo tendrían derecho a recuperar la parte del permiso parental no disfrutado que resta para alcanzar la duración mínima de tres meses prevista por la Directiva, sin percibir prestación alguna durante dicha recuperación.

57. De este modo, incluso si se quiere tener en cuenta la legislación más reciente, considero inevitable constatar que, a la luz de las consideraciones sobre el principio de no discriminación formuladas con anterioridad (puntos 49 y siguientes), la normativa luxemburguesa no adapta correctamente el Derecho interno a la Directiva.

58. Tampoco puede eludirse dicha conclusión invocando, como hace Luxemburgo, la reducida probabilidad de que un permiso de

59. Es cierto, sin duda, que las eventuales hipótesis no son frecuentes, y aún lo es más si se considera que con arreglo al artículo 3, apartado 4, de la Ley de 12 de febrero de 1999 uno de los progenitores tiene la obligación de iniciar el permiso parental cuando finaliza el permiso de maternidad. De hecho, si es la madre la que lo hace, como sucede muy frecuentemente, la finalización de su permiso parental antes de tiempo a causa de un permiso de maternidad prenatal sobrevenido debido a un nuevo embarazo se daría únicamente en la eventualidad poco probable de que el embarazo haya comenzado a continuación del parto precedente.

60. Pero aparte de que la compatibilidad de dicha disposición con la Directiva es dudosa y de que no se cuestiona en el presente procedimiento únicamente porque no fue negada durante la fase del procedimiento administrativo previo (véase, *supra*, el punto 20), he de observar que todo ello no tendría incidencia sobre la existencia de la infracción que la Comisión invoca, sino únicamente sobre su alcance.

61. Ahora bien, como el Tribunal de Justicia ya ha aclarado, la intensidad de los efectos de un incumplimiento no es relevante a efectos de su existencia: «aún suponiendo que no se

haya producido un perjuicio, [...] la inobservancia por parte de un Estado miembro de una obligación impuesta por una norma de Derecho comunitario es en sí misma constitutiva de incumplimiento, y [...] no es pertinente la consideración de que esa inobservancia no ha producido consecuencias negativas». ¹⁷

62. Considero, pues, que se puede concluir la cuestión en el sentido de que el artículo 7, apartado 2, de la Ley de 12 de febrero de 1999 no adapta correctamente el Derecho interno a la Directiva y que la Ley de 21 de noviembre de 2002 no lo ha remediado. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia estimar el primer motivo del recurso.

Sobre el segundo motivo del recurso

63. Mediante el segundo motivo, la Comisión argumenta que el artículo 19, párrafo quinto, de la Ley de 12 de febrero de 1999, según el cual el permiso parental corresponde únicamente a los progenitores de los niños nacidos después del 31 de diciembre de 1998 (o para los cuales el procedimiento

de adopción se hubiera iniciado ante un tribunal competente después de dicha fecha), es contrario al artículo 2, apartado 1, de la Directiva, que establece el 3 de junio de 1998 como plazo para adaptar el Derecho interno a la misma.

64. He de aclarar cuanto antes que el motivo de la Comisión no se refiere al hecho de que Luxemburgo haya elegido una fecha de inicio del derecho al permiso parental diferente de la prevista por la Directiva (el 31 de diciembre de 1998 en lugar del 3 de junio de 1998). La Comisión cuestiona más bien, a título principal, el criterio elegido a efectos de la adquisición de dicho derecho, es decir, el hecho de que Luxemburgo conceda el permiso parental únicamente a los progenitores de los niños nacidos después de dicha fecha.

65. En efecto, la Comisión argumenta que la Directiva obliga a reconocer el mencionado derecho a los progenitores de todos los menores de una cierta edad (que los Estados miembros podían determinar libremente hasta un máximo de ocho años y que Luxemburgo fijó en cinco años), *con independencia del hecho de que hayan nacido antes o después de la fecha prevista para la adaptación del Derecho interno a la misma*. De este modo, Luxemburgo también debería conceder el permiso parental a todos los progenitores de niños que hayan nacido antes del 3 de junio de 1998 pero que no hayan cumplido cinco años en el momento de la solicitud del permiso.

66. Luxemburgo replica, en primer lugar, que el fundamento del derecho al permiso

¹⁷ — Sentencia de 27 de noviembre de 1990, Comisión/Italia (209/88, Rec. p. I-4313), apartado 14. Ello porque «la declaración de incumplimiento por un Estado miembro no está vinculada a la de un perjuicio derivado de él» (sentencia de 18 de diciembre de 1997, Comisión/Bélgica (C-263/96, Rec. p. I-7453), apartado 30. En conclusión, «un Estado miembro no puede alegar que el hecho de no tomar medidas para adaptar su ordenamiento a una Directiva no produzca ninguna consecuencia negativa sobre el funcionamiento [...] de [la misma]» (*ibidem*).

parental no es la edad del niño, sino precisamente el hecho de su nacimiento, lo que, según afirma, resultaría claramente de las versiones inglesa y alemana de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco.¹⁸

67. Por otra parte, prosigue Luxemburgo, la tesis de la Comisión haría que la Directiva se aplicase a los progenitores de niños nacidos antes de la fecha prevista para la adaptación del Derecho interno a la Directiva, atribuyendo pues efecto retroactivo a ésta. Ello sería contrario a Derecho porque la jurisprudencia ha establecido que las normas comunitarias no poseen tal efecto, salvo en los casos excepcionales en los que resulte claramente de los términos de la norma que ésa era la intención del legislador.¹⁹

68. En el presente asunto, la intención del legislador habría sido otra, como lo demostrarían diversos elementos textuales del Acuerdo marco y de la Directiva, y en particular el «considerando» décimo de esta última, según el cual el «acuerdo marco [establece] disposiciones mínimas sobre el permiso parental y [...] [remite] a los Estados miembros [...] la definición de las condiciones de aplicación del permiso parental, a fin de tener en cuenta la situación incluida la

situación de la política familiar existente en cada Estado miembro, en particular por lo que se refiere a las condiciones de concesión del permiso parental y de ejercicio del derecho al permiso parental».

69. Ello justificaría asimismo la introducción «progresiva» del permiso parental realizada por Luxemburgo. En efecto, si se hubiera concedido también el permiso parental a los progenitores de niños nacidos antes del 31 de diciembre de 1998 (en realidad, como se ha visto en los puntos 63 y 64, antes del 3 de junio de 1998), habrían surgido problemas serios de orden práctico para ejecutar la Directiva, porque habría sido necesario determinar en cada caso particular si dichos progenitores se habían beneficiado con anterioridad, por el mismo hijo, de otros tipos de permiso previstos con anterioridad.

70. Por mi parte, he de señalar que no puedo compartir el argumento de Luxemburgo sobre esta última cuestión. En efecto, como es sabido, las «dificultades de aplicación surgidas en la fase de ejecución de un acto comunitario no pueden permitir que un Estado miembro se exonere unilateralmente del cumplimiento de sus obligaciones».²⁰ Por tanto, incluso si fuera real, la compleji-

18 — Respectivamente, «on the grounds of the birth» e «im Fall der Geburt».

19 — Luxemburgo invoca, entre otras muchas, la sentencia de 11 de julio de 1991, Crispoltoni (C-368/89, Rec. p. I-3695), apartados 17 y 20.

20 — Sentencia de 9 de marzo de 2004, Comisión/Luxemburgo (C-314/03, Rec. p. I-2257), apartado 5. Véanse, asimismo, las sentencias de 7 de febrero de 1979, Comisión/Reino Unido (128/78, Rec. p. 419), apartado 10; de 19 de febrero de 1991, Comisión/Bélgica (C-374/89, Rec. p. I-367), apartado 10, y de 23 de marzo de 2000, Comisión/Francia (C-327/98, Rec. p. I-1851), apartado 21.

dad invocada de las verificaciones necesarias para ejecutar la Directiva (véase el punto anterior) no podría eximir a Luxemburgo de sus responsabilidades.

71. Aclarado esto, examinaré el punto central de la controversia entre las partes, es decir, si el fundamento del derecho al permiso parental se debe al hecho del nacimiento o bien a la corta edad del niño y a la correspondiente necesidad de asistencia.

72. Ahora bien, como subraya Luxemburgo, es cierto que la letra del Acuerdo marco incorporado a la Directiva afirma que el derecho al permiso parental se atribuye «por motivo de nacimiento» de un niño. Sería difícil, por lo demás, imaginar lo opuesto, visto que aquel derecho existe en la medida en que un niño ha venido al mundo. Sin embargo, ello no significa, en mi opinión, que el fundamento del derecho resida en el hecho mismo del nacimiento, considerado como suceso puntual. Al contrario, me parece evidente, y se desprende además con claridad de la propia cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco incorporado a la Directiva, que dicho fundamento descansa en la necesidad de asegurar una asistencia a los hijos de corta edad y, de este modo, con la intención de permitir, obviamente una vez que el niño haya nacido y durante el período necesario, que los progenitores puedan dedicarse a él.

73. Si ello es así, con todo, se desprende asimismo que la tesis de la Comisión no confiere en absoluto efecto retroactivo a la Directiva, sino que la aplica de forma enteramente conforme al principio, consagrado por una conocida jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según el cual «una norma nueva se aplica inmediatamente a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la antigua norma»,²¹ es decir, se aplica «a las situaciones en curso»,²² que en el presente asunto son las debidas a la corta edad del niño y, por ello, a la constante necesidad de asistencia.

74. Considero, por tanto, que entre ambas tesis en presencia, la de la Comisión es la que respeta de forma más correcta los objetivos de la Directiva. Y ésa parece ser también la opinión de los demás Estados miembros, si es cierto, como señala la propia Comisión, que éstos han coincidido en seguir dicha tesis.

75. Sin embargo, Luxemburgo formula otras objeciones contra el recurso. En primer lugar, trata de recurrir al artículo 3, apartado 4, de la Ley de 12 de febrero de 1999 (que, lo recuerdo, no es objeto del presente procedimiento; véanse, *supra*, los puntos 20 y 60), el cual prevé que uno de los progenitores tiene la obligación –so pena

21 — Sentencia de 29 de enero de 2002, *Pokrzęptowicz-Meyer* (C-162/00, Rec. p. I-1049), apartado 50.

22 — *Ibidem*, apartado 51.

de perder el derecho— de solicitar el permiso parental inmediatamente después de haber finalizado el permiso de maternidad.

76. Ahora bien, según el Gobierno luxemburgués, esta disposición supondría la imposibilidad de conceder el permiso parental a progenitores de niños nacidos antes del 31 de diciembre de 1998 (es decir, antes de la fecha fijada por el artículo 19, párrafo quinto, de la Ley de 12 de febrero de 1999). En efecto, en aplicación de dicha disposición uno de los progenitores de un niño nacido, por ejemplo, el 1 de enero de 1998, habría debido solicitar el permiso parental en la primavera de ese mismo año, es decir, al expirar el permiso de maternidad. Si no lo hubiera hecho, habría perdido el derecho de forma definitiva.

77. Sin embargo, debo observar que como consecuencia de la decisión tomada por el legislador luxemburgués, también debería negarse el permiso parental al progenitor que lo solicita en segundo lugar, y que por ello podría solicitarlo en cualquier momento, a condición de que el hijo no haya cumplido 5 años. De ello se desprende que, incluso dejando de lado la también dudosa conformidad con la Directiva del artículo 3, apartado 4, de la Ley de 12 de febrero de 1999, al menos en este respecto Luxemburgo ha incumplido igualmente, dado que, si el hijo nació antes del 31 de diciembre de 1998 (*rectius* del 3 de junio de 1998), ni siquiera reconoce el permiso parental al progenitor no vinculado por aquella disposición.

78. Por último, Luxemburgo objeta que con la introducción del artículo 10, párrafo sexto, en la Ley de 12 de febrero de 1999 (que tuvo lugar mediante la Ley de 21 de noviembre de 2002 y, de ese modo, dentro del plazo concedido por el dictamen motivado), se habría puesto fin al incumplimiento gracias a que dicha disposición extiende el permiso parental mínimo previsto por la Directiva a los progenitores de los niños nacidos antes del plazo para adaptar el Derecho interno a la misma.

79. Sin embargo, señalo que la disposición en cuestión se limita a establecer que «la denegación definitiva, por parte [de la administración competente], de la solicitud de la prestación prevista [por el permiso parental] no excluye la concesión eventual por parte del empleador de un permiso parental según las condiciones previstas por la [Directiva 96/34]».

80. De ello se desprende que a los progenitores de los niños menores de cinco años nacidos antes del 31 de diciembre de 1998 se les reconocería un permiso parental sin prestación y de sólo tres meses de duración, correspondiente al mínimo previsto por la Directiva, mientras que los progenitores de otros niños menores de cinco años, pero nacidos posteriormente, disfrutan de un permiso parental de seis meses con prestación.

81. Pueden aplicarse al respecto, pues, las mismas consideraciones sobre el principio de no discriminación formuladas anteriormente en relación con el primer motivo del recurso (véanse, *supra*, los puntos 49 y siguientes) y

que, como se recordará, me han llevado a concluir que la mencionada disposición luxemburguesa no era idónea para completar correctamente la adaptación del Derecho interno a la Directiva (véase, *supra*, el punto 57).

IV. Sobre las costas

82. Considero pues que también el segundo motivo del recurso es fundado.

83. Por tanto, a la luz de cuanto antecede, propongo estimar el presente recurso.

84. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Puesto que la Comisión ha pedido que se condene en costas al Gran Ducado de Luxemburgo y al haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

V. Conclusión

85. A la luz de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia:

- 1) Declarar que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, al haber establecido que un permiso de maternidad pone fin a un permiso parental en caso de solapamiento entre ambos, y al haber limitado el reconocimiento del derecho al permiso parental únicamente a los progenitores de hijos nacidos después del 31 de diciembre de 1998.
- 2) Condenar en costas al Gran Ducado de Luxemburgo.