

## DESPIDO NULO «POR SORPRESA» DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

(Comentario a la STS, Sala de lo Social,  
de 19 de julio de 2006, rec. núm. 387/2005) \*

**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*

### *Extracto:*

**DESPIDO** de trabajadora embarazada. Desconocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario e incluso por la propia trabajadora al tiempo del despido. Nulidad. El conocimiento por el empleador del estado de embarazo es requisito constitutivo del despido nulo de la mujer embarazada, dado que la Ley 39/1999 [que dio nueva redacción al art. 55.5 b) ET] concibió dicha calificación como un supuesto particular de despido discriminatorio. El móvil discriminatorio se presume legalmente *iuris et de iure* si el empresario conoce el hecho del embarazo. Nuestro ordenamiento no exige la comunicación al empresario del estado de embarazo, bastando con que tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista, bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo, para que corresponda automáticamente la calificación de nulidad. Voto particular. La protección que el legislador español ha dado a la mujer embarazada frente a cualquier tipo de despido lo ha hecho con independencia del conocimiento de aquella situación de gestación y sobre la mera circunstancia de constatar la existencia de un embarazo en la fecha del despido. Sala General.

**Palabras clave:** despido nulo, trabajadoras embarazadas y móvil discriminatorio.

---

\* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 284, noviembre 2006.

# Sumario

1. Los términos de la alternativa.
2. Una perspectiva estructural del debate.
3. Una perspectiva del tema en el derecho comunitario.
4. La facultad, que no obligación, de comunicar el embarazo y las consecuencias que de ello derivan.

**Despido nulo por razón de embarazo. Es preciso que la trabajadora haya comunicado al empresario su situación, o que este la conozca de otro modo.**

## 1. LOS TÉRMINOS DE LA ALTERNATIVA

Se trata de decidir, en el caso de la STS de 19-7-2006, **si es previa carga de la mujer embarazada, o no, hacer conocer al empresario su situación de gestación, para que se le aplique el beneficio de la calificación de su despido como nulo. O si es preciso que, de otro modo, por la evidencia de los hechos, o la comunicación fidedigna de un tercero al empresario, la trabajadora también se beneficie de la nulidad de su despido.**

La opinión más favorable estima que la protección dada por el legislador español a la mujer embarazada frente a cualquier despido ha de tener lugar con independencia del conocimiento que el empresario pudiera tener de aquella situación, y sobre la mera circunstancia de constatar la existencia de un embarazo en la fecha del despido, evitando con ello exigencias probatorias sobre el conocimiento empresarial de tal hecho, y tratando de conseguir que cualquier mujer trabajadora pueda conciliar su derecho personal a quedarse embarazada con el derecho a mantener su puesto de trabajo.

El argumento para este fin se apoya en afirmar que la exigencia de esta comunicación de la trabajadora acerca de su embarazo, podrá ser calificada de atentatoria a la dignidad de la mujer embarazada e incluso contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional que en ningún momento ha exigido esa comunicación.

Se añade que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa, exista o no acreditación de indicios de discriminación, o sea que se trata de una calificación de despido que es automática. Con ello se viene a proporcionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria, dispensándolas de la carga de acreditar los indicios de discriminación y singularmente el conocimiento por el empresario del embarazo, prueba muy difícil; de ahí que el legislador español ha querido que sea irrelevante el móvil del empresario en su decisión de despedir, que puede obedecer o no a causas discriminatorias cuando la mujer está embarazada. Se estima que el artículo 55.5 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) ofrece una calificación de nulidad

objetiva, derivada del hecho del embarazo, y no subjetiva, es decir, no teniendo en cuenta los motivos que han conducido a dicha decisión. Se trata de evitar con ello, en todo caso, la finalización del contrato de trabajo en conexión con un estado de gravidez.

Desde otra perspectiva, que es la de la sentencia, se estima que el conocimiento por el empleador del estado de embarazo es requisito constitutivo del despido nulo de la mujer embarazada, porque es un supuesto particular de despido discriminatorio, esto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares.

Ello resulta, entre otros motivos, por la consideración homogénea de los apartados a) y b) del artículo 55.5 de la LET, de la «definición» de «trabajadora embarazada» que incluye el artículo 2.º a) de la Directiva 92/85/CEE.

**Se estima que en artículo 55.5 b) de la LET, se establece una presunción que, como todas, ha de apoyarse en un «hecho indicio», puesto que, si no hay «hecho indicio», no puede haber presunción** [art. 385.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)]. En el caso de que se trata, el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque es una presunción legal *iuris et de iure*) del móvil discriminatorio. En todo caso, no se exige la «comunicación» al empresario del estado de embarazo, sin alternativas, pues basta con que este tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista, bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo, para que corresponda automáticamente la calificación de nulidad, siempre y cuando no concurran razones que justifiquen la calificación de improcedencia.

Se debate en la sentencia, con significado diverso, la ratio de la Ley 39/1999, que se apoyaba en la Directiva 92/85/CEE, y mientras la sentencia, en su consideración mayoritaria, llega al acuerdo de que se ha de mantener el significado y función de ambas, el parecer discrepante estima que aquellas no son limitativas de un mejor trato ofrecido por el texto final de la de la LET.

## 2. UNA PERSPECTIVA ESTRUCTURAL DEL DEBATE

2.1. Un diverso sentido del significado del artículo 55.5 de la LET se encuentra en la consideración homogénea o heterogénea de sus párrafos a) y b).

El adverbio «**también**» del párrafo 2 de dicho artículo, viene a decir que los apartados sobre los que incide resultan tratados con alguna semejanza, o que son supuestos dotados de alguna proximidad o parecido con los del apartado 1, y a los que se asigna el mismo efecto, en sus apartados a) y b), esto es, que se trata de supuestos que, bien por su semejanza o por su identidad, van a obtener el mismo trato jurídico.

En efecto, la palabra «**también**» se usa para afirmar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada [Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)].

2.2. Es decir, si los términos que se utilizan en los textos legales sirven para algo, el párrafo 2, que incluye los supuestos de la suspensión de contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, y los relativos al lapso temporal desde el embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato por la causa anterior, los de los permisos por lactancia, o por hijos hospitalizados después del parto, el tiempo de reducción de jornada por guarda legal de menor de seis años o minusválido, o cuidado de ciertos familiares que no pueden valerse por sí mismos, la situación de quienes se encuentren en excedencia para atender a hijo menor de tres años y la de trabajadoras víctimas de violencia de género, en ciertos casos, **tienen alguna dosis de similitud.**

Pero, **¿qué tiene que ver la protección a la mujer agredida por su esposo, que ha pedido la movilidad geográfica, con la de la mujer que reclama protección por razón de su embarazo, desde que este se inicia, aunque no tenga el contrato en suspenso?**

Pues –algunos de ellos– tiene muy poca proximidad, desde el punto de vista de las situaciones protegidas. Si todos tienen algo que ver, algo en común, ha de ser en la perspectiva del **instrumento o medio de protección.**

Pero, por otra parte, no siempre se van a poder separar, en su naturaleza jurídica, los supuestos relacionados.

En efecto, **aunque se recojan en apartados distintos, el a) y el b), resulta que la situación de la trabajadora desde el inicio de su embarazo hasta que comienza el período de suspensión por esta causa, no se diferencia sustancialmente en nada de la situación de la trabajadora durante este tiempo de suspensión,** y ello porque con la suspensión del contrato de trabajo se trata de que la trabajadora cuide su situación de embarazo o maternidad, que es lo que se busca, en ambos casos, frente al despido, de igual modo que en el caso de embarazo con prestación de trabajo.

Ya se ha reparado en que la situación de embarazo o de maternidad no puede ser considerada homogénea con la de violencia de género, por lo que el propio apartado 55.5.2 b) de la LET engloba supuestos heterogéneos.

**¿Dónde está, pues, esa identidad que, en el parecer de los discrepantes, aporta el adverbio «también» del artículo 55.5.2 de la LET? Pues no puede ser otra que en el régimen o sistema configurado para la protección, o en esta misma.**

2.3. Vayamos a otros enfoques o perspectivas detectables en el sistema normativo.

Se acogen en el mismo artículo 55.5.2 b) de la LET, supuestos en que teóricamente es posible la consideración de la protección «objetiva» y del efecto de la «nulidad automática», con otros en que no lo es.

Se podría pensar que si la fecha en que el despido se produce, resulta, *a posteriori*, solapada con tiempo de embarazo, lo supiera o no el empresario e, incluso, lo supiera o no la trabajadora, la decisión empresarial es nula.

Ahora bien, lo que **no cabe es que esa técnica objetiva, que se pretende para el apartado b) del artículo 55.5.2 de la LET ante el eventual desconocimiento del empresario de la situación protegida, se produzca o se pueda producir, también, en los casos de suspensión del contrato por embarazo/maternidad, permiso por lactancia, excedencia para cuidado de hijo menor de tres años, o ejercicio de los derechos de movilidad geográfica o de reordenación de jornada de la trabajadora por violencia de género.**

**Es técnicamente imposible porque el empresario tiene que conocer esas situaciones, al depender de su reconocimiento o concesión, sin perjuicio de que ante la negativa al ejercicio del derecho quepa accionar en los términos pertinentes [arts. 55.6.2 de la LET y 138 y 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)].**

Luego, **si es imposible que el empresario no pueda desconocer algunos de los supuestos del apartado 55.5.2 b) de la LET, no se puede generalizar que la protección de la nulidad del despido es «objetiva» o «automática», al margen del conocimiento que pueda tener el empresario.**

2.4. Si se acude a la legislación protectora de la maternidad, se detecta que **no cabe que el despido del marido-padre «sea objetivo», ante el caso de fallecimiento de la madre, por continuar aquel con el derecho a la prestación por maternidad por el tiempo de descanso restante** (arts. 4.º 1.5 y 7.º 2.4 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre), ya que no es derecho de ejercicio obligado, sino voluntario. **El empresario no sabe nada antes de que se le comunique, ni puede saberlo.**

Del mismo modo, en caso de que el padre que haya venido disfrutando de parte del período de descanso por maternidad, por opción al respecto de la madre, falleciera, la madre está facultada –sin que se trate de algo automático– a continuar en el disfrute del subsidio por el tiempo restante, aunque ya se hubiera incorporado al trabajo (art. 7.º 2.5 del RD 1251/2001).

O cuando, en caso de permiso por hijo con parto prematuro hospitalizado, se reanude por la madre la percepción del subsidio a partir del alta del menor, por el tiempo que quede por disfrutar (art. 7.º 4 del RD 1251/2001).

Algo parecido ocurre en caso de que el cónyuge beneficiario fallezca y, desde entonces, decida continuar con el disfrute del descanso el progenitor sobreviviente [art. 7.º 5 d) del RD 1251/2001].

En fin, no puede conocer el empresario si han sobrevenido hechos que hagan inviable la opción de la madre a favor de que el padre disfrute de parte del descanso por maternidad, y que la madre llegue a estimarlos suficientes para revocar dicha opción (art. 8.º del RD 1251/2001).

**En todos estos casos, el hecho que dé lugar al cambio de la situación existente será anterior al del disfrute del derecho, al del conocimiento imprescindible del empresario para el disfrute del derecho que se refleja, y en esa misma medida no tiene sentido hablar de una protección automática u objetiva.**

2.5. A ello se tiene que añadir **no se trata de un estatus de la trabajadora-madre o del trabajador-padre**, pues cabe la prueba en contrario a cargo del empresario, expresiva de que existen motivos en el despido no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia referidos (art. 55.5.3 de la LET). Ello quiere decir, sin discusión, que si se demuestra que el despido está motivado en causa ajena al embarazo o maternidad-paternidad, es cuando el efecto legal se produce, o sea, tiene lugar la ruptura de la presunción.

De ello tiene que derivarse la exigencia de una relación necesaria entre el despido y el embarazo/maternidad, que parece que es lo propio de la presunción *iuris tantum*, si bien la prueba de esa relación con el embarazo/maternidad es la que se facilita. Ese embarazo es el hecho indicio que o se admite o se prueba.

Por otra parte, en muchas ocasiones, por la dificultad de la prueba por parte de la trabajadora del conocimiento empresarial del embarazo, del estado de gestación, se deberá acudir a la **doctrina de la exigencia de la prueba a quien tenga la mayor disponibilidad o facilidad** (art. 217.6 de la LEC), como base de una presunción judicial, según el artículo 386.1 de la LEC.

### 3. UNA PERSPECTIVA DEL TEMA EN EL DERECHO COMUNITARIO

La **Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992**, contiene 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 que se encuentra en período de lactancia. Pues bien, en ella **se define a la trabajadora embarazada como cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales** [art. 2.º a)].

A estas trabajadoras, a las que han dado a luz y a las que están en período de lactancia, se les dedica la protección especial, en el sentido de **prohibir su despido**, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el ap. 1 del artículo 8.º, salvo en los casos excepcionales, no inherentes a su estado, admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. Cuando se despidan a una trabajadora, de las que se refiere el artículo 2.º, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Como garantía para las trabajadoras, a las que se refiere el artículo 2.º, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

- 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a las que se refiere el artículo 2.º, 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.º, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.
- 2) Cuando se despidan a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2.º, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.
- 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a las que se refiere el artículo 2.º, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1 (art. 10).

Es cierto que este derecho, que define a la trabajadora embarazada como la que ha comunicado al empresario su estado, en el bien entendido de que con arreglo a la práctica nacional debe darse por comunicado al empresario cuando se ha hecho saber a los trabajadores en general, o cuando son concluyentes los hechos, puede ser mejorado por la legislación nacional, pero entonces la legislación nacional no dirá expresamente que se basa en dicha legislación internacional, a menos que se trate de una **advertencia-trampa** <sup>2</sup>.

En la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, que contiene el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, se expresa que con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para **proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado o cogido un permiso parental**, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales (cláusula 2.<sup>a</sup> 4).

Es incontestable que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha declarado <sup>3</sup> que durante el permiso de maternidad la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia <sup>4</sup>.

En este ámbito, o quizás excediéndolo, no puede dejar de traerse una conclusión relevante de una sentencia del TJCE, en la que se dice que el artículo 2.<sup>º</sup>, 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone** a que una trabajadora que, con el consentimiento de su empresario, desea reincorporarse a su puesto de trabajo antes de finalizar su permiso parental para crianza, **esté obligada a informar a este de su embarazo cuando, a causa de determinadas prohibiciones legales de trabajo, no pueda ejercer algunas de sus funciones** <sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Dice la Exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre: «Por su parte, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Mediante la presente Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas» (apdo. 5).

<sup>3</sup> STJCE de Luxemburgo (Sala Segunda), de 8 de septiembre de 2005, McKenna, donde se añade que habida cuenta de los perjudiciales efectos que podría tener el riesgo de despido para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en período de lactancia, 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 estén en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apdo. 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, pág. 1), ha establecido la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.

<sup>4</sup> Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund, C-179/88, Rec. pág. I-3979, apartado 15.

<sup>5</sup> STJCE de Luxemburgo (Sala Quinta), de 27 de febrero de 2003, Busch.

#### 4. LA FACULTAD, QUE NO OBLIGACIÓN, DE COMUNICAR EL EMBARAZO Y LAS CONSECUENCIAS QUE DE ELLO DERIVAN

Nuestro Ordenamiento Jurídico **no obliga a la trabajadora a que comunique su situación de embarazo al empresario.**

De existir esa obligación será para los servicios médicos de la Seguridad Social, para que extiendan la baja pertinente, omitiendo la causa que lo motiva, por el derecho a la privacidad.

**No existe ninguna perspectiva del deber de buena fe [arts. 5.º a) y 20.2 de la LET] que lleve a la conclusión contraria, pues la trabajadora no tiene que abandonar el ejercicio de su privacidad, de la reserva de los datos afectantes a su persona que no necesite conocer el empresario en orden a la ejecución de su contrato de trabajo.**

Tan solo **cuando el trabajo que desempeña sea incompatible con el buen ejercicio empresarial del deber de protección** [art. 4.º 2 d) LET, en relación con el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) 31/1995, de 8 de noviembre] **es cuando surge el deber de la trabajadora de colaborar para que el empresario cumpla su deber de prevención de riesgos laborales** (art. 29.2.2.º, 5.º y 6.º de la LPRL).

Cuando ese riesgo se produzca, la trabajadora viene obligada a comunicar su situación de embarazo. Ello no significa que se exija de la trabajadora una conducta atentatoria de la dignidad de la mujer embarazada, sino una colaboración en defensa de derechos que protegen bienes superiores de su hijo y de ella misma.

Pero **mientras ese riesgo no tenga lugar, la trabajadora no viene obligada a notificar su embarazo al empresario**, como ocurre con tantas otras situaciones, tales como el fallecimiento de un familiar, el ejercicio del derecho de voto en elecciones municipales y otros. **En tales casos, no obtendrá los derechos que se derivan de tales situaciones**, tales como las pertinentes licencias (art. 37.3 de la LET). **Del mismo modo ocurre con la presunción *iuris tantum* de nulidad del despido. Es ella la que debe valorar, en concreto, sus derechos para ejercer el que estime más adecuado.**

*Anexo: Aspectos más destacables de la Directiva 96/34/CE y de la Sentencia del TJCE de Luxemburgo (Sala Tercera), de 14 de abril de 2005*

Directiva 96/34/CE, de 3 junio de 1996.

Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

## ACUERDO MARCO SOBRE EL PERMISO PARENTAL

Cláusula 2.<sup>a</sup> *Permiso parental.*

1. En virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.<sup>a</sup> 2, se concede un derecho individual de permiso 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.

2. Para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente Acuerdo consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.<sup>a</sup> 1 debe concederse, en principio, de manera no transferible.

3. Las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental se definirán por Ley y/o Convenios Colectivos en los Estados miembros de conformidad con las disposiciones mínimas del presente Acuerdo. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

- a) Decidir si el permiso parental se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo;
- b) Subordinar el derecho de permiso parental a un período de trabajo y/o a una antigüedad que no podrá ser superior a un año;
- c) Ajustar las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental a las circunstancias particulares de la adopción;
- d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;
- e) Definir las circunstancias en **que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del preaviso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica)**. Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales;
- f) Además de la letra e), autorizar acuerdos particulares para responder a las necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas.

4. Con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para **prote-**

**ger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado o cogido un permiso parental,** conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales.

5. Al final del permiso parental el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral.

6. Los derechos adquiridos 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. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales.

7. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán el régimen del contrato o de la situación laboral para el período de permiso parental.

### **STJCE de Luxemburgo (Sala Tercera), de 14 de abril de 2005 Comisión/Luxemburgo.**

31. La cláusula 2.<sup>a</sup>, punto 1, del Acuerdo marco (LCEur. 1996\1756) concede un derecho individual a un permiso parental de una duración mínima de tres meses, a los trabajadores, hombres o mujeres.

32. En virtud del punto 9 de las consideraciones generales de este Acuerdo marco (LCEur. 1996\1756), el permiso parental es distinto del permiso de maternidad. El permiso parental se concede a los progenitores para que puedan ocuparse de su hijo. A este permiso puede accederse hasta una edad determinada del hijo, que puede ser de hasta ocho años. El permiso de maternidad, por su parte, persigue un objetivo diferente. Su finalidad consiste en 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 [véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001 (TJCE 2001\336), Griesmar, C-366/99, Rec. pág. I-9383, apdo. 43].

33. De ello se deduce que ambos progenitores tienen derecho a un permiso parental de una duración mínima de tres meses y que este no puede reducirse cuando se ha interrumpido a consecuencia de otro permiso que persigue un objetivo distinto al del permiso parental, como un permiso de maternidad. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho. Así, en la sentencia de 18 de mayo de 2004 (TJCE 2004\69), Merino Gómez (C-342/01, Rec. pág. I-0000), apartado 41, el Tribunal de Justicia declaró que el disfrute de un permiso de maternidad no podía menoscabar el derecho a disfrutar de las vacaciones anuales completas.

34. Debe señalarse que, al exigir que el permiso parental finalice obligatoriamente el día en el que queda interrumpido por un permiso de maternidad o un permiso de adopción, sin permitir al

progenitor aplazar la parte de dicho permiso parental que aún no ha disfrutado, el Gran Ducado de Luxemburgo no ha garantizado a todos los progenitores un permiso parental de una duración mínima de tres meses. Por tanto, este Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/34 (LCEur. 1996\1756).

**35.** Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que haya pocas probabilidades de que el permiso de maternidad o de adopción pueda poner fin prematuramente a un permiso parental. En efecto, tal circunstancia no incide en absoluto en la existencia del incumplimiento imputado, sino solo en el alcance de este. A tal respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 14 de la sentencia de 27 de noviembre de 1990 (TJCE 1991\88), Comisión/Italia (C-209/88, Rec. pág. I-4313), que la inobservancia de una obligación impuesta por una norma de Derecho comunitario es en sí misma constitutiva de incumplimiento y que la consideración de que esa inobservancia no ha producido consecuencias negativas carece de pertinencia.

**36.** No obstante, procede examinar si las modificaciones de la Ley de 1999 resultantes de la Ley de 2002 pusieron fin a dicho incumplimiento.

**37.** Estas modificaciones introdujeron una versión nueva del artículo 10 de la Ley de 1999, añadiéndole, en particular, el párrafo sexto. Ahora bien, esta disposición no concede un derecho al permiso parental, sino que se limita a prever la posibilidad de que el empresario conceda tal permiso, siempre a discreción suya.

**38.** Por consiguiente, procede declarar que el artículo 10, párrafo sexto, de la Ley de 1999 no ha puesto fin al incumplimiento imputado que resulta del artículo 7.º, apartado 2, de esa misma Ley.

**39.** Por tanto, el primer motivo invocado por la Comisión en apoyo de su recurso es fundado.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

**1.º** 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 (LCEur 1996\1756), relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, al establecer que el derecho a un permiso de maternidad o a un permiso de adopción que surge durante el permiso parental sustituya a este último, que finaliza en ese momento, sin posibilidad de que el progenitor aplase la parte del permiso parental que aún no ha podido disfrutar, y al limitar la concesión del derecho al permiso parental a los progenitores de hijos que hayan nacido después del 31 de diciembre de 1998 o para los que se haya iniciado el procedimiento de adopción después de esta fecha.