CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 29 de noviembre de 2007 [1]

I. Introducción

1. Mediante resolución de 10 de agosto de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 25 de agosto siguiente, el Finanzgericht Köln (Alemania) planteó cuatro cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE. Dichas cuestiones tienen por objeto la interpretación del artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005 [2] (en lo sucesivo, «Reglamento nº 1408/71» [3]), y del artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº1408/71, en su versión modificada por el Reglamento nº 647/2005 (en lo sucesivo, «Reglamento nº 574/72» [4]).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco del recurso interpuesto por la Sra. Brigitte Bosmann, una ciudadana belga residente en Alemania y que ejerce una actividad en los Países Bajos, contra la Bundesagentur für Arbeit (Agencia federal de empleo; en lo sucesivo, «Bundesagentur»), en el que impugnaba la negativa de ésta a concederle la prestación familiar por hijos alemana por sus dos hijos a cargo debido a que su derecho a la prestación familiar por hijos se regula exclusivamente por la legislación del Estado de empleo, en este caso los Países Bajos.

3. El órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si, en una situación en la que el trabajador por cuenta ajena no tiene derecho a la prestación familiar por hijos en

1 — Lengua original: inglés.

2 — Reglamento por el que se modifican el Reglamento nº 1408/71 y el Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71 (DO L 117, p. 1).

3 — DO 1971, L 149, EE 05/01, p. 98.

4 — DO 1972, L 74, EE 05/01, p. 156.

el Estado de empleo debido a la edad de los hijos, puede aplicarse la normativa del Estado de residencia conforme a la cual dicho trabajador puede tener derecho a la prestación familiar por hijos.

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

1. Reglamento nº 1408/71

4. El artículo 13 del Reglamento nº 1408/71, titulado «Normas generales», dispone, en la medida en que es relevante en el presente asunto, lo siguiente con respecto a la determinación de la legislación aplicable:

«1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 14 *quater* y 14 *septies*, las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo a las disposiciones del presente título.

2. Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 14 a 17:

a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro;

[…]»

5. El artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, titulado «Trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia cuyos miembros de familia residan en un Estado miembro distinto del Estado competente», establece:

«El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia sometido a la legislación de un Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieren en el territorio de éste, sin perjuicio de las disposiciones del Anexo VI.»

2. Reglamento nº 574/72

6. El artículo 10, apartado 1, del Reglamento nº 574/72, que establece las normas aplicables a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en caso de acumulación de derechos a prestaciones o subsidios familiares, establece:

«a) El derecho a las prestaciones o a los subsidios familiares debidos en virtud de la legislación de un Estado miembro donde la adquisición del derecho a dichas prestaciones o dichos subsidios no esté sujeta a condiciones de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia quedará suspendido cuando dentro del mismo período y por el mismo miembro de la familia, se deban prestaciones únicamente en virtud de la legislación nacional de otro Estado miembro o en aplicación de los artículos 73, 74, 77 o 78 del Reglamento, y ello hasta alcanzar la cuantía de dichas prestaciones.

b) No obstante, si hubiere ejercido una actividad profesional en el territorio del primer Estado miembro:

i) en el caso de las prestaciones debidas únicamente en virtud de la legislación nacional de otro Estado miembro o en virtud de los artículos 73 o 74 del Reglamento, por la persona que tenga derecho a las prestaciones familiares o por la persona a quien le hayan sido servidas, el derecho a las prestaciones familiares debidas en virtud únicamente de la legislación nacional de otro Estado miembro o en virtud de dichos artículos, se suspenderá hasta la cuantía del importe de las prestaciones familiares que señale la legislación del Estado miembro en que resida el familiar. Las prestaciones abonadas por el Estado miembro en cuyo territorio reside el familiar son a cargo de dicho Estado miembro;

[…]»

B. *Derecho nacional*

7. El derecho a la prestación familiar por hijos alemana está regulada por los artículos 62 y 63 de la Einkommensteuergesetz («EStG») (Ley del impuesto sobre la renta). En el caso de autos, son relevantes las siguientes disposiciones.

8. El artículo 62, apartado 1, número 1, establece:

«Las personas que tengan su domicilio o su residencia habitual en el territorio nacional tendrán derecho a una prestación familiar por hijos en el sentido del artículo 63.»

9. Con arreglo al artículo 63, apartado 1, número 1:

«Se consideran hijos: los hijos en el sentido del artículo 32, apartado 1.»

10. A tenor del artículo 32, apartado 1, número 1:

«Son hijos los descendientes en primer grado del contribuyente.»

El artículo 32, apartado 4, primera frase, número 2, letra a), dispone:

«Se tomarán en consideración los hijos que hayan cumplido los dieciocho años cuando aún no hayan cumplido los veintisiete años y estén realizando una formación profesional.»

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

11. La Sra. Bosmann tiene nacionalidad belga y reside desde hace muchos años en Alemania. Se hace cargo sola de sus dos hijos, Caroline y Thomas, que viven en su domicilio en Alemania. Ambos estudian actualmente en Alemania y sus propios ingresos no alcanzan la cuantía a partir de la cual no se percibe ninguna prestación por hijos en Alemania.

12. Según la resolución de remisión, las partes del litigio principal no discuten que la Sra. Bosmann tendría derecho, en principio, a la prestación por hijos alemana con arreglo a la EStG, en virtud de la cual, de hecho, se le concedió inicialmente la prestación por hijo a cargo en relación con ambos hijos.

13. Sin embargo, el 1 de septiembre de 2005, la Sra. Bosmann aceptó un empleo en los Países Bajos; a raíz de ello la Bundesagentur, mediante resolución de 18 de octubre de 2005, revocó la prestación familiar por hijos con efecto a partir de octubre de 2005.

14. La reclamación de la Sra. Bosmann contra esa resolución fue desestimada por la Bundesagentur por infundada mediante resolución de 10 de noviembre de 2005 que afirmaba, en especial, que el derecho a la prestación queda excluido por el artículo 10 del Reglamento nº 574/72 y que la Sra. Bosmann, en su condición de trabajadora por cuenta ajena, está sujeta exclusivamente a este respecto a la normativa del Estado de empleo, que en el presente caso son los Países Bajos. A juicio de la Bundesagentur, el hecho de que dicho Estado no conceda una prestación familiar por hijos una vez que éstos hayan cumplido los dieciocho años de edad es irrelevante.

15. En su demanda en el litigio principal, la Sra. Bosmann argumenta que la denegación de la prestación familiar por hijos conculca claramente su derecho a la libre circulación y solicita que se anulen las resoluciones de 18 de octubre de 2005 y de 10 de noviembre de 2005.

16. En la resolución de remisión, el Finanzgericht Köln señala que, si se aplicara exclusivamente la EStG alemana, es decir, al margen de las disposiciones del Derecho comunitario, la demandante tendría derecho en Alemania a la prestación familiar por sus dos hijos. Ahora bien, el derecho de la Sra. Bosmann a la prestación familiar por hijos a cargo está excluido, en principio, por el Derecho comunitario, en particular, por el artículo 13, apartados 1 y 2, letra a), del Reglamento nº 1408/71 y el artículo 10 del Reglamento nº 574/72, conforme a los cuales, según la opinión expuesta por el órgano jurisdiccional remitente, [5] la Sra. Bosmann está sujeta exclusivamente a la legislación de los Países Bajos, donde, sin embargo, debido a la edad de los hijos, ésta no tiene derecho a la prestación familiar por hijos a cargo o a prestaciones sociales comparables.

17. El Finanzgericht Köln pregunta si esta situación legal es compatible con el derecho a la libre circulación establecido en el artículo 39 CE o con los principios generales del Derecho comunitario, en particular los principios de no discriminación y de prohibición de discriminación por razón de sexo. [6]

18. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente subraya, en particular, que, dado que la cuestión de si una disposición de armonización como el Reglamento nº 1408/71 es conforme con el Derecho comunitario

5 — Remite a este respecto a la sentencia del Bundesfinanzhof de 13 de agosto de 2002, (VIII R 61/00, BStBl-II 2002, p. 869), y a la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 2005, Dodl y Oberhollenzer (C-543/03, Rec. p. I-5049).

6 — El órgano jurisdiccional remitente analiza en este contexto las sentencias de 10 de julio de 1986, Luijten (60/85, Rec. p. 2365); de 20 de septiembre de 1988, España/Consejo (203/86, Rec. p. 4563); de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921); de 17 de abril de 1997, EARL de Kerlast (C-15/95, Rec. p. I-1961), y de 13 de diciembre de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897).

primario está, en principio, fuera del ámbito del procedimiento prejudicial, no solicita que se controle la legalidad del Reglamento nº 1408/71, sino que pregunta si puede interpretarse de manera restrictiva a la luz de las libertades fundamentales.

19. En estas circunstancias, el Finanzgericht Köln decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse de forma restrictiva el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en el sentido de que no se opone a que una madre que se hace cargo sola de sus hijos tenga derecho a la prestación familiar por hijos concedida en el Estado de residencia (la República Federal de Alemania), cuando en el Estado de empleo (el Reino de los Países Bajos) no percibe ninguna prestación debido a la edad de los hijos?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Debe interpretarse de forma restrictiva el artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, en el sentido de que no se opone a que una madre que se hace cargo sola de sus hijos tenga derecho a la prestación familiar por hijos concedida en el Estado de residencia (la República Federal de Alemania), cuando en el Estado de empleo (el Reino de los Países Bajos) no percibe ninguna prestación debido a la edad de los hijos?

3) En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda:

¿Se desprende directamente del Tratado CE o de los principios generales del Derecho que una trabajadora y madre que se hace cargo sola de sus hijos tiene derecho a la aplicación de la normativa más favorable de su Estado de residencia en relación con la concesión de una prestación familiar por hijos?

4) ¿Depende la respuesta a las anteriores cuestiones de si la trabajadora vuelve al domicilio familiar al término de cada jornada laboral?»

IV. Análisis jurídico

A. *Principales alegaciones de las partes*

20. En el presente procedimiento, han presentado observaciones escritas los Gobiernos de Alemania y España, la Comisión y la Sra. Bosmann.

21. El Gobierno alemán sostiene que debe interpretarse que el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 1408/71 excluye que se tenga derecho a la prestación familiar por hijos en una situación como la del caso de autos. La prestación familiar por hijos constituye una prestación familiar en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra h), del Reglamento nº 1408/71. Conforme a la clara redacción del artículo 13, apartado 1, de dicho Reglamento, las personas a las cuales sea aplicable dicho Reglamento sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro.

22. En opinión del Gobierno alemán, una interpretación diferente sería contraria al objetivo del Reglamento nº 1408/71, tal como se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,[7] que es someter a las personas destinatarias al régimen de seguridad social de un único Estado miembro. Además, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de que la aplicación del Reglamento nº 1408/71 no puede conllevar la pérdida de derechos adquiridos únicamente al amparo de una legislación nacional no se aplica a las normas de determinación de la legislación aplicable establecidas en el título II de este Reglamento.[8]

23. Habida cuenta de la clara redacción del artículo 10 del Reglamento nº 574/72, la segunda cuestión también debería contestarse negativamente. A juicio del Gobierno alemán, dicho artículo no se aplica en el presente asunto: dado que el trabajador sólo desempeña un empleo en un Estado miembro y vive en otro Estado miembro, no puede haber una acumulación de prestaciones familiares.

24. Respecto a la tercera cuestión, el Gobierno alemán afirma que, contrariamente a la opinión manifestada por el Finanzgericht Köln en la resolución de remisión, es perfectamente posible, en el ámbito de un procedimiento prejudicial, determinar si un acto como el Reglamento nº 1408/71 es conforme con el Derecho comunitario primario. El Gobierno alemán sostiene, no obstante, que el artículo 13 de este Reglamento no infringe ni la libertad de circulación recogida en el

7 — Se refiere, en particular, a la sentencia de 12 de junio de 1986, Ten Holder (302/84, Rec. p. 1821), apartados 19 a 21.

8 — Sentencia Luijten, citada en la nota 6, apartado 15.

artículo 39 CE ni los principios generales de igualdad de trato o de prohibición de discriminación por razón de sexo, como se manifiesta en la resolución de remisión.

25. Por último, en relación con la cuarta cuestión, el Gobierno alemán considera que es irrelevante, a la luz del artículo 13 del Reglamento nº 1408/71, que se remite al Estado de empleo, que el trabajador regrese a la residencia familiar al término de cada jornada laboral.

26. El Gobierno español alega que el punto esencial controvertido no es la interpretación del artículo 13 del Reglamento nº 1408/71, sino la cuestión de si dicho artículo es contrario al artículo 39 CE y a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de sexo.

27. Afirma que las disposiciones de la legislación alemana sobre el derecho a prestaciones familiares, que se basan en una interpretación literal del Reglamento nº 1408/71 y conforme a las cuales la Sra. Bosmann perdió las prestaciones familiares por sus hijos, la colocan claramente en una situación de desventaja que puede disuadirla de ejercer su derecho a la libre circulación. Dichas disposiciones no están justificadas y no son adecuadas para asegurar la consecución de los objetivos que persiguen.

28. Por ello, el Gobierno español considera, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación de las personas, [9] que, en la medida en que las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 1408/71 y del Reglamento nº 574/72 hacen que el trabajador por cuenta ajena, en circunstancias como las del caso de autos, pierda las prestaciones familiares, son contrarias al artículo 39 CE.

29. Según la Comisión, la respuesta a las cuestiones primera y segunda debería ser que el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 1408/71, en relación con el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72, en un caso como el del litigio principal, no se opone al derecho a la prestación familiar por hijos en el Estado de residencia.

30. Invocando sobre todo la sentencia McMenamin y las conclusiones del Abogado General Darmon en dicho asunto, [10] la Comisión alega que en este asunto no sólo es de aplicación el artículo 13 del Reglamento nº 1408/71, sino también el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72. El artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 únicamente establece que es de aplicación la

9 — Cita, a este respecto, en particular, las sentencias de 30 de marzo de 2006, Cynthia Mattern (C-10/05, Rec. p. I-3145); de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04, Rec. p. I-2421), y de 16 de febrero de 2006, Öberg (C-185/04, Rec. p. I-1453).

10 — Sentencia de 9 de diciembre de 1992 (C-119/91, Rec. p. I-6393) y conclusiones del Abogado General Darmon presentadas en dicho procedimiento.

legislación del Estado de empleo: no establece si debe pagarse la prestación y, de serlo, por quién. Desde esta perspectiva, el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72 debe entenderse en el sentido de que, aunque el Estado de empleo sea competente, el derecho a la prestación conforme a la legislación del Estado de residencia puede seguir existiendo. Dado que, en el caso del litigio principal, la «prestación debida» en el Estado de empleo es cero, la prestación familiar por hijos alemana se hace *de facto* operativa e íntegramente debida. Asimismo, la Comisión señala que, si el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72 no fuera aplicable a una situación como de la que se trata en los autos por no existir acumulación de prestaciones, lo mismo cabría decir de los artículos 13 y 73 del Reglamento nº 1408/71.

31. Si se apoyase, el enfoque defendido por el Gobierno alemán iría contra el principio de que la aplicación del Reglamento nº 1408/71 no puede conllevar la pérdida de derechos adquiridos únicamente al amparo de una legislación nacional y conduciría a contradicciones injustificables.

32. A este respecto, la Comisión está de acuerdo con los argumentos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente en la resolución de remisión según los cuales un progenitor que críe solo a sus hijos y que resida en un Estado miembro y trabaje en otro sería tratado menos favorablemente que uno que trabaje tanto en su Estado de residencia como en otro Estado miembro, y de modo más general, se trataría a una madre soltera de forma menos favorable que a una madre que forme parte de una pareja.

33. La Sra. Bosmann coincide en lo esencial con la Comisión y afirma que la negativa de las autoridades alemanas a concederle la prestación familiar viola el artículo 39 CE y el principio de igualdad de trato.

B. *Apreciación*

1. Observaciones preliminares

34. Antes de comenzar el análisis, parece adecuado realizar algunas observaciones preliminares para aclarar los asuntos que se suscitan en las cuestiones prejudiciales.

35. En primer lugar, debe señalarse que no se discute en el presente caso que la situación en cuestión se incluye *ratione personae* y *ratione materiae* dentro del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71, es decir, más específicamente, que la Sra. Bosmann

puede ser considerada un «trabajador por cuenta ajena» en el sentido del artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento, en relación con su artículo 1, letra a), y que la prestación familiar por hijos alemana reúne los requisitos para ser considerada en la categoría de «prestaciones familiares» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra h), de dicho Reglamento.

36. A continuación, con respecto al contexto del presente asunto, hay que indicar que el objeto de litigio en el procedimiento principal es la negativa de las autoridades del Estado de residencia de la Sra. Bosmann —en este caso, la Bundesagentur— de concederle la prestación familiar por sus hijos, sobre la base de que, conforme a los Reglamentos nos 1408/71 y 574/72, la Sra. Bosmann está a ese respecto sujeta a la legislación de su Estado de empleo, es decir, los Países Bajos. La Sra. Bosmann rechaza esta opinión en el procedimiento principal alegando esencialmente que equivale a una violación de su derecho a la libre circulación y al principio de igualdad de trato.

37. Compartiendo aparentemente la opinión de la Sra. Bosmann, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la situación legal conforme a la cual la aplicación de los Reglamentos nos 1408/71 y 574/72 en una situación como la de que se trata excluye el derecho a la prestación familiar por hijos en Alemania, el Estado de residencia, es compatible con el derecho a la libre circulación así como con los principios generales del Derecho comunitario de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo. El órgano jurisdiccional remitente parte a este respecto, sin embargo, de la presunción errónea [11] de que la validez de un acto comunitario como el Reglamento nº 1408/71 no puede examinarse, en el marco de un procedimiento prejudicial, a la luz de las normas y principios del Derecho primario, y pregunta, por ello, si puede darse una «interpretación restrictiva» a los Reglamentos nos 1408/71 y 574/72, para no excluir el derecho a la prestación familiar por hijos en el Estado de residencia, o si tal derecho puede derivarse directamente del Tratado o de esos principios.

38. En estas circunstancias, resulta que las tres primeras cuestiones, que procede examinar conjuntamente, van dirigidas esencialmente a que se dilucide si, conforme a los Reglamentos nos 1408/71 y 574/72 y habida cuenta del derecho a la libre circulación y a la igualdad de trato, la legislación del Estado de residencia —conforme a la cual la persona interesada tendría derecho a la prestación familiar por hijos— puede aplicarse a una situación como la de autos.

39. A efectos de proponer una respuesta a esta cuestión, examinaré en primer lugar el derecho a la prestación familiar por hijos en un caso como el del procedimiento principal a la luz de las disposiciones del Reglamento nº 1408/71 y del Reglamento nº 574/72 tomadas, por expresarlo así, al pie de la letra. Es preciso señalar a este respecto que, conforme a reiterada jurisprudencia, para

11 — Véase, por ejemplo, con respecto al Reglamento nº 1408/71, la sentencia de 19 de marzo de 2002, Hervein y otros (C-393/99 y C-394/99, Rec. p. I-2829).

dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional remitente que ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, pueden tomarse en consideración normas de Derecho comunitario distintas a las citadas por el órgano jurisdiccional remitente en sus cuestiones —en este asunto el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 1408/71 y el artículo 10 del Reglamento nº 574/72—. [12]

40. Posteriormente, abordaré, más en concreto, las cuestiones suscitadas en el presente asunto en relación con el artículo 39 CE y los principios generales de igualdad de trato y no discriminación.

41. Por último, trataré la cuarta cuestión, relativa a la importancia de la vuelta al domicilio familiar al término de cada jornada laboral, que puede ser respondida por separado.

2. Legislación aplicable

42. Para empezar, debe recordarse que el título II del Reglamento nº 1408/71 —del que forma parte el artículo 13— contiene normas generales conforme a las cuales debe determinarse la legislación aplicable a un trabajador que hace uso, en diferentes circunstancias, de su derecho a la libre circulación. [13]

43. Estas normas pretenden, en particular, evitar la aplicación simultánea de disposiciones procedentes de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que de ello pueden resultar. [14] Por ello, el artículo 13, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71 establece el principio de que una persona sólo estará sometida a la legislación de un único Estado miembro, [15] que se determinará con arreglo a las disposiciones del título II de dicho Reglamento.

44. A este respecto, el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento expone claramente que en una situación en la que la persona interesada trabaja por cuenta ajena en un Estado miembro y reside en el territorio de otro Estado miembro, es aplicable la legislación del Estado en el que trabaja (regla de *lex loci laboris).*

45. No obstante, debe señalarse que determinadas prestaciones están reguladas por normas más específicas establecidas en el

12 — Véase, a este respecto, en particular, la sentencia de 7 de julio de 2005, Weide (C-153/03, Rec. p. I-6017), apartado 25.

13 — Véase a este respecto, en particular, la sentencia Hervein y otros, citada en la nota 11, apartado 52.

14 — Véase la sentencia de 20 de enero de 2005, Effing (C-302/02, Rec. p. I-553), apartado 38, y el auto de 20 de octubre de 2000, Vogler (C-242/99, Rec. p. I-9083), apartado 26.

15 — Véase a este respecto, en particular, el auto Vogler, citado en la nota 14, apartado 19.

título III del Reglamento nº 1408/71. En relación con las prestaciones familiares como de la que se trata en el presente asunto, que están recogidas en el capítulo 7 de dicho Reglamento, el artículo 73 dispone que el trabajador sometido a la legislación de un Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieran en el territorio de éste.

46. Por tanto, el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 confirma que, de acuerdo con la norma establecida en el artículo 13, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento, el derecho a la prestación familiar en relación con los miembros de la familia está regulado por el Derecho del Estado miembro de empleo del trabajador. [16]

47. En consecuencia, se deriva claramente del artículo 13 del Reglamento nº 1408/71, en relación con su artículo 73, que conforme al sistema de coordinación establecido por dicho Reglamento, en una situación como la de que se trata en el caso de autos, en el que un trabajador por cuenta ajena y los miembros de su familia residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro de empleo, la legislación aplicable en relación con el derecho a las prestaciones familiares es la legislación de este último Estado.

48. Es cierto, como señalaron la Comisión y la Sra. Bosmann, que el Reglamento nº 1408/71 no siempre impide la aplicación de la legislación de otro Estado miembro, en particular el Estado de residencia, dado que la norma establecida en el artículo 13 de dicho Reglamento —que un trabajador por cuenta ajena está sometido a la legislación del Estado miembro de empleo— no excluye que determinadas prestaciones se regulen por normas más específicas del mismo Reglamento. [17]

49. Por consiguiente, la aplicación de las disposiciones contra la acumulación, establecidas en el artículo 10 del Reglamento nº 574/72, citado en las cuestiones prejudiciales planteadas, o en el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71, pueden llevar a una inversión del orden de prioridad a favor de la competencia del Estado miembro de residencia *(lex loci domicilii),* con el resultado de que pueda haber derecho a prestaciones en dicho Estado, y de que las prestaciones pagadas por el Estado miembro de empleo puedan suspenderse. [18]

50. Éste fue el caso en la sentencia McMenamin, invocada por la Comisión. [19] Dicho asunto se refería a una situación en la que dos cónyuges trabajaban en dos Estados miembros diferentes, al amparo de cuyas legislaciones se preveía el pago de prestaciones similares. Por ello, el Tribunal de Justicia consideró dicho litigio a la luz de las disposiciones contra la acumulación, establecidas

16 — Véase, a ese respecto, la sentencia Dodl y Oberhollenzer, citada en la nota 5, apartados 47 y 48.

17 — Véase, por ejemplo, la sentencia McMenamin, citada en la nota 10, apartado 14. En relación con un razonamiento similar con respecto al artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, véase la sentencia Dodl y Oberhollenzer, citada en la nota 5, apartado 49.

18 — Véase, en este sentido, la sentencia Weide, citada en la nota 12, apartado 28.

19 — Citada en la nota 10.

en el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 y en el artículo 10 del Reglamento nº 574/72, y declaró que el ejercicio de una actividad profesional en el Estado miembro de residencia de los hijos por parte de quien tenga la custodia de los hijos, y, más particularmente, por parte del cónyuge del beneficiario mencionado en el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, suspende el derecho a las asignaciones previstas en el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 hasta alcanzar el importe de las asignaciones de igual naturaleza efectivamente abonadas por el Estado miembro de residencia. [20]

51. Sin embargo, hay que subrayar que, en tal caso, la inversión del orden de prioridad en favor de la competencia del Estado miembro de residencia sobre la base de la norma establecida en el artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 574/72 se desencadena por el hecho de que se ejerce una actividad profesional en el Estado miembro de residencia, en el asunto McMenamin por la esposa del beneficiario con arreglo al artículo 73 del Reglamento nº 1408/71. [21]

52. Lo mismo cabe decir de las sentencias Dodl y Oberhollenzer [22] y Weide. [23]

53. Por el contrario, a mi juicio, en la situación descrita por el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto no hay nada que pueda desencadenar la aplicación de la legislación del Estado de residencia sobre la base de las disposiciones contra la acumulación establecidas en el Reglamento nº 1408/71 y en el Reglamento nº 574/72.

54. En particular, ni la propia Sra. Bosmann [24] ni un cónyuge ejerce una actividad profesional en el Estado de residencia, y no hay ningún otro dato que permita considerar que su situación no deba regularse exclusivamente por el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71. En consecuencia, contrariamente a la posición algo forzada de la Comisión, no existe en mi opinión una acumulación de derechos a prestación en el sentido de los Reglamentos nºs 1408/71 y 574/72 que pueda llevar a la inversión del orden de prioridad en favor del Estado miembro de residencia y, con arreglo al artículo 10, apartado 1, letra a), de este último Reglamento, al pago total del importe de la prestación por hijos alemana. El argumento de la Comisión sobre este último punto es que la cuantía de las prestaciones pagadas en el Estado de empleo es cero en el presente caso y conforme a la citada disposición, las prestaciones deben suspenderse hasta alcanzar dicha cuantía.

55. Por tanto, en el presente caso, la Sra. Bosmann está sometida exclusivamente al régimen de seguridad social establecido por la legislación de los Países Bajos.

20 — Véase a este respecto la sentencia McMenamin, citada en la nota 10, apartados 15 y 27.

21 — Véase la sentencia McMenamin, citada en la nota 10, apartados 18, 24 y 25.

22 — Véase la sentencia Dodl y Oberhollenzer, citada en la nota 5, apartado 60.

23 — Véase la sentencia Weide, citada en la nota 12, apartado 33.

24 — Como ejemplo de un caso en el que un trabajador por cuenta propia está sometido a la legislación del Estado miembro de residencia debido al hecho de que ejerce parte de su actividad en el territorio de dicho Estado, véase el auto Vogler, citado en la nota 14, apartado 19.

3. Aplicabilidad de la legislación de los Países Bajos — Cuestión de competencia

56. Además, considero que la clave para una correcta comprensión del presente caso es la distinción entre la cuestión de la competencia del Estado miembro en relación con una prestación concreta y la cuestión del derecho real a la prestación.

57. La cuestión de la competencia está regulada por el Reglamento nº 1408/71. Conforme a reiterada jurisprudencia, dicho Reglamento únicamente establece un sistema de coordinación, que meramente determina qué legislación es aplicable en varias situaciones. [25] Como el Tribunal de Justicia ha señalado en varias ocasiones, sus disposiciones, como tales, no confieren el derecho a las prestaciones. [26]

58. Dichas prestaciones se conceden en realidad sobre la base de las disposiciones relevantes del Derecho nacional. [27] Corresponde a los Estados miembros definir el contenido del sistema de seguridad social y, en particular, establecer los requisitos sustantivos para el derecho a las prestaciones. [28]

59. Una vez que se ha determinado con arreglo al Reglamento nº 1408/71 la normativa aplicable a un trabajador por cuenta ajena (la cuestión de la normativa aplicable precede lógicamente a la cuestión del derecho a la prestación), el derecho de ese trabajador a la prestación está sujeto a dicha normativa, que naturalmente puede variar de un Estado miembro a otro debido al hecho de que, conforme al Derecho comunitario, los regímenes de seguridad social sólo están coordinados, y no armonizados. [29]

60. Por supuesto, la determinación de la legislación aplicable con arreglo al Reglamento nº 1408/71 puede tener como consecuencia que un trabajador migrante no tenga derecho a una prestación concreta, porque no reúne los requisitos establecidos por dicho régimen. Debe señalarse a este respecto, no obstante, que el objetivo de este reglamento no es garantizar como norma general que los trabajadores por cuenta ajena a los que resulta de aplicación tengan derecho a prestaciones, sino garantizar que no se deje a los trabajadores sin cobertura de seguridad social «a falta de legislación aplicable». [30]

61. Habida cuenta de lo anterior, hay que indicar en relación con la situación controvertida en el asunto principal que, al examinarla con mayor atención, no hay un conflicto (negativo) de competencia.

25 — Véase a este respecto, por ejemplo, la sentencia Hervein y otros, citada en la nota 11, apartado 52.

26 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de junio de 1997, Merino García (C-266/95, Rec. p. I-3279), apartado 29, y de 11 de junio de 1998, Kuusijärvi (C-275/96, Rec. p. I-3419), apartado 29.

27 — Véase la sentencia Merino García, citada en la nota 26, apartado 29.

28 — Véanse a este respecto las sentencias Hervein y otros, citada en la nota 11, apartado 53, y Kuusijärvi, citada en la nota 26, apartado 29.

29 — Véase la sentencia Hervein y otros, citada en la nota 11, apartado 52.

30 — Véase la sentencia Kuusijärvi, citada en la nota 26, apartado 28.

62. En otras palabras, de conformidad con el artículo 13 y el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, no se ha denegado la aplicación de la normativa de los Países Bajos (la normativa del Estado de empleo) en el presente asunto, ni se ha hecho depender de un criterio de residencia.

63. Por tanto, está claro que el problema planteado en este asunto no consiste en que no haya legislación aplicable, ni en que pueda considerarse que es aplicable válida y simultáneamente la legislación de varios Estados miembros.

64. Por el contrario, la raíz del problema es una cuestión de Derecho sustantivo y de derecho a la prestación, por cuanto la Sra. Bosmann no reúne los requisitos para percibir la prestación familiar por hijos en el Estado miembro de empleo dado que no se cumple uno de los requisitos para su percepción conforme a la legislación de los Países Bajos (el requisito de la edad de los hijos), mientras que, a ese respecto, la legislación alemana sería más favorable en el sentido de que conforme a ésta puede abonarse la prestación por un hijo de 18 años o más.

65. No obstante, como resulta de las consideraciones anteriores, dicha situación, en principio, no es contraria al sistema de normas destinadas a evitar los conflictos de leyes [31] establecidas en el Reglamento nº 1408/71 ni lo priva de sus efectos prácticos. En particular, el sistema de coordinación del Reglamento nº 1408/71 no determina la ley aplicable sobre la base del principio de que las personas que residan o trabajen en dos o más países deben estar sometidos a la legislación más favorable para ellos. [32]

66. Por ello, parece que la negativa del Estado de residencia a conceder la prestación familiar por hijos en circunstancias como las del procedimiento principal es conforme tanto con el Reglamento nº 1408/71 como con el Reglamento nº 574/72. Queda por examinar, más en concreto, si dicha posición es, como alega la Sra. Bosmann, una violación del artículo 39 CE y del principio de igualdad de trato.

4. Libre circulación y no discriminación

67. Como ha subrayado, en particular, el Gobierno español en el presente asunto, una persona que, como la Sra. Bosmann, ha hecho uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores y que ha ejercido una actividad profesional en un Estado miembro distinto del de su residencia está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 39 CE. [33]

31 — Véase, por ejemplo, la sentencia Ten Holder, citada en la nota 7, apartado 21.

32 — Véase, en este sentido, la sentencia Hervein y otros, citada en la nota 11, apartado 51.

33 — Véase, entre otras, la sentencia Öberg, citada en la nota 9, apartado 11.

68. El artículo 39 CE —desarrollado, en lo que respecta a la seguridad social de los trabajadores migrantes, por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71— prohíbe, en primer lugar, las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de seguridad social, así como toda forma encubierta de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conduzca en la práctica al mismo resultado. [34]

69. En segundo lugar, resulta claramente de reiterada jurisprudencia que las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas tienen por objeto facilitar a los ciudadanos comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en todo el territorio de la Comunidad y se opone a las medidas que pudieran colocar a estos ciudadanos en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro. [35]

70. Debe señalarse a ese respecto que la finalidad del Reglamento nº 1408/71, como se afirma en sus considerandos segundo y cuarto, es garantizar la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Comunidad Europea, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social. A tal efecto, con arreglo a sus considerandos quinto, sexto y décimo, el mencionado Reglamento acoge el principio de igualdad de trato de los trabajadores bajo las legislaciones nacionales de los distintos Estado miembros y pretende garantizar lo mejor posible la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en el territorio de un Estado miembro, así como no penalizar a los trabajadores que ejerciten su derecho a la libre circulación. [36]

71. No obstante, como ya he señalado anteriormente, el Reglamento nº 1408/71 contribuye a facilitar el ejercicio de la libre circulación de las personas y a garantizar la igualdad de trato únicamente con el establecimiento, en los términos previstos por el artículo 42 CE, de un sistema de coordinación. [37] Las diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes de seguridad social de cada Estado miembro y, por consiguiente, entre los derechos de las personas que trabajan en ellos no se ven afectadas por el Tratado. [38]

72. Por tanto, como ha mantenido reiteradamente el Tribunal de Justicia, el Tratado no ofrece garantías a un trabajador de que extender sus actividades o su traslado a otro Estado miembro sea neutro en materia de seguridad social. Habida cuenta de las

34 — Véanse, entre otras, las sentencias de 21 de septiembre de 2000, Borawitz (C-124/99 Rec. p. I-7293), apartado 24, y de 18 de enero de 2007, Celozzi (C-332/05, Rec. p. I-569), apartado 23.

35 — Véanse, en particular, la sentencia de 11 de septiembre de 2007, Comisión/Alemania (C-318/05, Rec. p. I-6957), apartado 114, y las sentencias Öberg, citada en la nota 9, apartado 14, y Bosman, citada en la nota 6, apartado 94.

36 — Véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 2006, Piatkowski (C-493/04 Rec. p. I-2369), apartado 19 y la jurisprudencia allí citada.

37 — Véase la sentencia de 8 de marzo de 2001, Comisión/Alemania (C-68/99, Rec. p. I-1865), apartados 22 y 23.

38 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 20.

disparidades entre los regímenes de seguridad social de los diversos Estados miembros, tal extensión o traslado puede, según los casos, ser más o menos favorable o desfavorable para el trabajador en el ámbito de la protección social. [39]

73. De lo anterior se desprende que, a falta de armonización de las legislaciones de seguridad social, las disposiciones sobre la libre circulación de las personas del Tratado CE no excluyen algunas restricciones de la libertad de circulación, a saber, las restricciones que resultan de las disparidades que existen entre los regímenes de seguridad social de los Estados miembros y que son inherentes a un sistema que pretende exclusivamente una coordinación. [40]

74. Las mismas consideraciones deben aplicarse, de hecho, a las diferencias de trato que se derivan meramente de las diferencias permisibles entre las legislaciones de seguridad social de los Estados miembros, y, en consecuencia, no pueden considerarse contrarias al principio de igualdad. [41]

75. En esta perspectiva hay que señalar, en primer lugar, que aceptar un empleo en los Países Bajos tuvo efectos desfavorables para la Sra. Bosmann en la medida en que conllevó, de acuerdo con el principio del Estado de empleo consagrado en el Reglamento nº 1408/71, la aplicación de la normativa de los Países Bajos, que no ofrece una prestación familiar por hijos con respecto a los hijos de las edades en cuestión, mientras que habría tenido derecho a la prestación familiar por hijos alemana si trabajara en dicho Estado.

76. A mi juicio, no obstante, esta desventaja se debe a las diferencias de fondo en materia de prestación por hijos entre los regímenes de seguridad social de Alemania y de los Países Bajos en relación, en particular, con la edad de los hijos como requisito del derecho. Por tanto, no constituye una infracción de la libertad de circulación con arreglo al Tratado.

77. En segundo lugar, en cuanto a la cuestión de la discriminación suscitada por la Sra. Bosmann y por el órgano jurisdiccional remitente, también resulta claro que el sistema de coordinación establecido por el Reglamento nº 1408/71 no garantiza —y no puede garantizar— igualdad de trato en todos los aspectos. Como señaló la Abogado General Sharpston en las conclusiones presentadas en el asunto C-212/06, en la medida en que el artículo 13, apartado 2,

39 — Véanse, a este respecto, las sentencias Piatkowski, citada en la nota 36, apartado 34, y Hervein y otros, citada en la nota 11, apartado 51.

40 — No obstante, de la jurisprudencia resulta que esto sólo es cierto en la medida en que las normas comunitarias adoptadas conforme al artículo 42 CE no incrementen las disparidades ya existentes derivadas de la falta de armonización de las legislaciones nacionales: véase, a este respecto, en particular, la sentencia Pinna, citada en la nota 38, apartados 20 y 21.

41 — En relación con un razonamiento similar del Tribunal de Justicia con respecto a los impuestos directos, véase la sentencia de 25 de octubre de 2007, Porto Antico di Genova (C-427/05, Rec. p. I-9303), apartado 20.

letra a), establece que, como norma general, la legislación aplicable es la de la *lex loci laboris*, el Estado miembro en cuyo territorio debe conseguirse la igualdad será normalmente el Estado de empleo. [42]

78. Por ello, cuando se aplica esta norma, como en el presente asunto, el trabajador migrante debe ser tratado de manera igual a los demás trabajadores empleados en el territorio de dicho Estado.

79. En el presente caso, ocurre así, ya que la normativa de los Países Bajos no reconoce en general el derecho a la prestación familiar por hijos en relación con hijos de la edad en cuestión, de modo que se trata a la Sra. Bosmann a ese respecto de la misma forma que a los trabajadores por cuenta ajena que residen en los Países Bajos.

80. La Sra. Bosmann no puede afirmar que una persona en su situación, que reside en un Estado miembro y sólo desempeña un puesto en otro Estado miembro, es discriminada en relación con las personas que ejercen una actividad profesional en el Estado miembro de residencia o en relación con las personas cuyo cónyuge trabaja por cuenta ajena en dicho Estado. A mi juicio, en un sistema de coordinación basado en el principio de *lex loci laboris* y en el criterio de empleo, las situaciones comparadas en dicha afirmación son objetivamente diferentes, [43] por lo que también pueden llevar a diferentes resultados respecto a la aplicación del Derecho del Estado de residencia y, por tanto, en relación con la prestación familiar por hijos en dicho Estado.

81. De lo anterior se desprende que la aplicación del artículo 13 del Reglamento nº 1408/71 y, en particular, de los principios recogidos en éste *(lex loci laboris* y aplicación de la legislación de un único Estado miembro), con el resultado de que un trabajador por cuenta ajena en una situación como de la que se trata en el litigio principal no tiene derecho a percibir la prestación familiar por hijos en el Estado miembro de residencia y no puede recibir la prestación familiar por hijos en el Estado de empleo a causa de la edad de los hijos, es compatible con la libertad de circulación y el principio de igualdad.

82. Habida cuenta de todo lo anterior, está claro que con arreglo al Reglamento nº 1408/71 y al Reglamento nº 574/72, y tomando en consideración el derecho a la libre circulación y a la igualdad de trato, una persona en una situación como de la que se trata en el litigio principal no tiene derecho a la aplicación de la legislación del Estado de residencia para recibir la prestación familiar por hijos prevista por dicha legislación.

42 — Conclusiones presentadas el 28 de junio de 2007, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, punto 77.

43 — El principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente *situaciones comparables* y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica. Véase en este sentido, en particular, la sentencia de 17 de julio de 1997 National Farmers' Union y otros (C-354/95, Rec. p. I-4559), apartado 61, y de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613), apartado 31.

5. Relevancia del regreso diario del trabajador al domicilio familiar

83. En relación con la cuarta cuestión, basta indicar, como ha alegado el Gobierno alemán, que el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 1408/71 dispone que resultará de aplicación la legislación del Estado de empleo cuando una persona resida en un Estado miembro y ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro. El principio *lex loci laboris* se aplica con independencia de que el trabajador por cuenta ajena de que se trate regrese al domicilio familiar al término de la jornada laboral, que es, en realidad, una circunstancia aleatoria carente de relevancia jurídica en el presente contexto.

V. Conclusión

84. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Finanzgericht Köln (Alemania) del modo siguiente:

«Con arreglo al Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, y al Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento nº 647/2005, y habida cuenta del derecho a la libre circulación y a la igualdad de trato, una persona en una situación como la examinada por el órgano jurisdiccional remitente no tiene derecho a que se le aplique la legislación del Estado de residencia para recibir la prestación familiar por hijos conforme a dicha legislación, con independencia del hecho de que dicha persona regrese al domicilio familiar al término de cada jornada laboral.»