CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED presentadas el 28 de septiembre de 2006 [1]

I. Introducción

1. Con arreglo a la Bundeserziehungsgeldgesetz (Ley federal relativa a la concesión de prestaciones y permisos de crianza) alemana (en lo sucesivo, «BErzGG»), la concesión de una prestación de crianza para el cuidado de los hijos depende, entre otras cosas, de que el beneficiario sea residente en Alemania. Sin embargo, esta ventaja social se concede también a los trabajadores fronterizos siempre que estén trabajando en Alemania en empleos que no sean menores o de escasa entidad. La principal cuestión que se suscita en el caso de autos, que ha sido remitida por el Bundessozialgericht, es si este requisito de un empleo que no sea menor, tal como lo define el Derecho nacional, es compatible con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1612/68, [2] que reconoce la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los trabajadores nacionales, en lo que se refiere al derecho a acceder a ventajas sociales en el Estado miembro de empleo. [3]

2. En paralelo con este asunto, el Bundessozialgericht ha planteado dos cuestiones al Tribunal de Justicia relativas a ese mismo requisito de residencia en relación con la esposa austriaca de un funcionario alemán, el cual, después de haber trasladado su residencia a Austria, había continuado trabajando con su empleador en Alemania, cuestiones que han dado lugar al asunto Hartmann (C-212/05). Dado que las consideraciones que he hecho en mis conclusiones en ese asunto [4] comprenden las cuestiones suscitadas en el caso de autos, me limitaré a referirme a los puntos pertinentes de dichas conclusiones con el fin de evitar repeticiones innecesarias.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Reglamento del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01 p. 77).

3 — La Comisión ha iniciado también un procedimiento de infracción contra la República Federal de Alemania con arreglo al artículo 226 CE, en relación con las mismas disposiciones de su derecho nacional. Véase el asunto Comisión/Alemania (C-307/06).

4 — Presentadas también hoy.

II. Disposiciones pertinentes

A. *Normativa comunitaria*

3. El artículo 7, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 1612/68 establece lo siguiente:

«1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.»

B. *Normativa nacional*

4. Con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la BErzGG, en su redacción de 31 de enero de 1994, [5] podrá solicitar una prestación de crianza quien: 1) tenga su domicilio o su residencia habitual en Alemania; 2) tenga en su familia un hijo a su cargo; 3) se ocupe él mismo del cuidado y de la educación de este hijo, y 4) no ejerza actividad profesional, o no la ejerza a jornada completa.

5. El artículo 1, apartado 4, de la BErzGG concede también este derecho a los ciudadanos de la CE y a los trabajadores fronterizos de los países vecinos de Alemania siempre que éstos tengan en Alemania un empleo que no pueda considerarse menor.

6. Con arreglo al artículo 8, apartado 1, del Libro IV del Sozialgesetzbuch (la Ley de asuntos sociales; en lo sucesivo, «SGB») en su versión de 13 de junio de 1994, [6] en vigor en aquel momento, el empleo es menor si se desempeña regularmente durante menos de 15 horas semanales y su remuneración mensual no excede habitualmente de una séptima parte de la cantidad mensual señalada en el artículo 18 del Libro IV del SGB. Esta cantidad ascendía a 610 DEM en 1997 y a 620 DEM en 1998.

7. Con arreglo al artículo 27, apartado 2, del Libro III del SGB, las personas con un

5 — BGBl. I, p. 180.
6 — BGBl. I, p. 1229.

empleo considerado menor no están aseguradas con carácter obligatorio contra el riesgo de desempleo.

III. Hechos y procedimiento

8. La Sra. Geven es de nacionalidad neerlandesa. Cuando su hijo nació, el 18 de diciembre de 1997, ella estaba viviendo en los Países Bajos con su marido, de nacionalidad alemana, que trabajaba también en el mismo país. Hasta el comienzo del período de protección de la maternidad anterior al nacimiento, la Sra. Geven desempeñó varios trabajos secundarios, tanto en los Países Bajos como en Alemania. Después del período de protección de la maternidad estuvo empleada exclusivamente en Alemania. Durante el primer año de vida de su hijo, su jornada laboral osciló entre tres y catorce horas semanales, y sus rendimientos entre 40 DEM y 168,87 DEM semanales.

9. El Land Nordrhein Westfalen rechazó la solicitud de una prestación de crianza de la demandante correspondiente al primer año de vida de su hijo basándose en que no tenía ni su domicilio ni su residencia habitual en la República Federal de Alemania, ni tenía tampoco una relación laboral de más de 15 horas semanales. En su condición de persona con un empleo menor no tenía tampoco la consideración de trabajador por cuenta ajena en el sentido del Reglamento (CEE) nº 1408/71. [7]

10. La Sra. Geven impugnó en vano esta resolución, primero ante el Sozialgericht Münster (Tribunal de lo social de Münster), y a continuación, en apelación, ante el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunal Superior de lo social de Renania del Norte-Westfalia). Posteriormente recurrió ante el Bundessozialgericht, que decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al Tribunal del Justicia para obtener una decisión con arreglo al artículo 234 CE.

11. En su resolución de remisión, el Bundessozialgericht estimó en primer lugar que la Sra. Geven no podía reclamar la prestación de crianza para sus hijos con arreglo al Reglamento nº 1408/71. En su condición de persona con un empleo menor no estaba asegurada contra el desempleo y, por consiguiente, no podía ser considerada un «trabajador por cuenta ajena» en el sentido del artículo 1, letra a), inciso ii), de dicho Reglamento en relación con el punto I, C [8] del anexo I de esa misma disposición. El

7 — Reglamento del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, por el que se modifica y actualiza el Reglamento nº 1408/71 y el Reglamento (CEE) nº 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71 (DO L 28, p. 1).

8 — Esta disposición restringe el ámbito del concepto de «trabajador» a los efectos de la aplicación del título III del Reglamento nº 1408/71 sobre prestaciones familiares a la persona asegurada con carácter obligatorio contra el riesgo de desempleo o a la persona que obtenga, como consecuencia de este seguro, prestaciones en metálico del reposo de enfermedad o prestaciones análogas.

órgano jurisdiccional nacional examinó a continuación si la Sra. Geven podría basar su solicitud en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68. En relación con su condición de trabajador, estimó que la Sra. Geven había tenido una verdadera relación laboral en el período pertinente, a la vista del carácter indefinido de su empleo. Sin embargo, se preguntaba si, en su condición de trabajador fronterizo, que seguía ejerciendo su empleo retribuido en Alemania desde su domicilio en los Países Bajos, podría invocar de pleno derecho el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 en relación con la prestación de crianza alemana. Suponiendo que la Sra. Geven podría efectivamente invocar la protección de esta disposición, el Bundessozialgericht manifestó a continuación sus dudas sobre si podría estar objetivamente justificado el trato desigual dado a los trabajadores fronterizos como consecuencia del requisito de tener que desempeñar un empleo que no sea menor o de escasa entidad. A la luz de estas consideraciones el Bundessozialgericht decidió remitir la siguiente cuestión al Tribunal de Justicia:

¿Se deduce del Derecho comunitario [en particular del artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad] que la República Federal de Alemania no puede denegar la prestación alemana de crianza a un nacional de otro Estado miembro, que reside en éste y que ejerce en Alemania un empleo menor (entre tres y catorce horas semanales), por el hecho de no tener su domicilio ni su residencia habitual en Alemania?

12. La Sra. Geven, los Gobiernos alemán y del Reino Unido y la Comisión presentaron observaciones escritas.

IV. Resumen de las alegaciones

13. En primer lugar hay que señalar que todas las partes que han presentado observaciones escritas están de acuerdo con la apreciación del Bundessozialgericht en el sentido de que la Sra. Geven no puede invocar el Reglamento nº 1408/71 para reclamar un derecho a la prestación de crianza alemana. De la interpretación del punto I, C, del anexo I de ese Reglamento en relación con el hecho de que, con arreglo al artículo 27, apartado 2, del Libro III del SGB, una persona con un empleo considerado menor no está asegurada contra el desempleo, se deduce que la interesada se encuentra fuera del ámbito *ratione personae* del Reglamento nº 1408/71.

14. La Sra. Geven, por consiguiente, se basa en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 y en el artículo 39 CE para afirmar que tiene derecho a la igualdad de trato en relación con la concesión de una ventaja social como la prestación de crianza. Mantiene que, dado que el trabajo que ha desempeñado en el contexto de su relación laboral no puede considerarse marginal o accesorio, debe ser considerada un trabajador a efectos de la aplicación de estas disposiciones del Derecho comunitario. El requisito de residencia establecido en el

artículo 1, apartado 1, punto 1, de la BErzGG contiene una discriminación indirecta contra los trabajadores fronterizos. Además, si bien las personas con empleos menores que viven en Alemania reciben dicha ventaja, los trabajadores fronterizos, por el contrario, tienen que demostrar que sus actividades están por encima del umbral del empleo menor. Exigir a los beneficiarios que tengan una relación estrecha con el mercado laboral alemán contradice la finalidad para la que se otorga la prestación de crianza, a saber, hacer que sea posible dejar el trabajo durante un cierto tiempo.

15. El Gobierno alemán manifiesta que, con arreglo al artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 en relación con el artículo 39 CE, no está obligado a conceder la prestación de crianza a personas que, por una parte, sólo desempeñan actividades en empleos menores en Alemania y, por otra, son residentes en otros Estados miembros. Señala que si el Reglamento nº 1408/71 regula exclusivamente los casos en los que la prestación de crianza puede ser exportada y no prevé la exportación en el caso de personas con empleos menores, el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 no puede ser interpretado de forma tal que se impida este resultado. Se refiere, a este respecto, al artículo 42, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68. [9]

9 — «El presente Reglamento no afectará a las disposiciones adoptadas de conformidad con el artículo [42] del Tratado.»

16. El Gobierno alemán duda si el Reglamento nº 1612/68 es aplicable a la Sra. Geven, a la vista del carácter marginal y accesorio de su actividad profesional. A falta de una definición de actividad marginal y accesoria, alega que las opiniones vertidas sobre este tema por el órgano jurisdiccional remitente no pueden considerarse concluyentes. Reconoce que el requisito de residencia establecido en la BErzGG puede constituir una discriminación indirecta, pero considera que está justificada por la necesidad de garantizar la existencia de un vínculo efectivo entre el beneficiario y la sociedad alemana. Al contrario de lo que ocurre con las ventajas relacionadas con el ejercicio de una actividad profesional, las ventajas vinculadas a la residencia se basan en el concepto de solidaridad comunitaria. Si a un trabajador fronterizo en la situación de la Sra. Geven se le diera acceso a la prestación de crianza alemana, podría beneficiarse injustamente –a pesar de las disposiciones del Reglamento nº 1408/71– de las ventajas sociales por razón de residencia de ambos países y acumularlas.

17. El Gobierno del Reino Unido alega que el Tribunal de Justicia debería abordar con prudencia la posibilidad de que el Reglamento nº 1612/68 prevalezca sobre el Reglamento nº 1408/71 en lo que se refiere a la exportación de una ventaja social, dirigida a beneficiar tanto a los trabajadores domésticos como a los migrantes que viven en el Estado miembro de acogida, a un trabajador fronterizo que reside en otro Estado miembro. Si la Sra. Geven pretende basarse en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, es precisamente

porque las personas en su situación fueron expresamente excluidas por el legislador comunitario del derecho a esa ventaja con arreglo al Reglamento nº 1408/71.

18. El Gobierno del Reino Unido observa que el artículo 7 del Reglamento nº 1612/68 no prevé que habitualmente se exporten las ventajas sociales. Lo que pretende, por el contrario, es fundamentalmente ayudar al trabajador migrante y a su familia a establecerse en el país de empleo del trabajador. Sostiene que es evidente que la prestación de crianza no tiene relación con la actividad laboral de la Sra. Geven, y que no se basa en la relación laboral en sí misma. El objetivo principal del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 es dar acceso a las mismas ventajas sociales a los trabajadores nacionales y migrantes, dentro del territorio del Estado miembro de acogida. No es obligar a los Estados miembros a que justifiquen objetivamente por qué no permiten el acceso a dichas ventajas a personas residentes en el territorio de otros Estados miembros. Está de acuerdo con el órgano jurisdiccional remitente en que la ausencia de reglas de coordinación en el Reglamento nº 1612/68 podría ser una razón para defender una aplicación limitada del artículo 7, apartado 2, de dicho Reglamento en relación con la exportación de ventajas sociales, en particular en el caso de trabajadores fronterizos que, por lo general, tienen también acceso a ventajas sociales equivalentes en su Estado miembro de residencia.

19. La Comisión alega que el hecho de que una persona no esté comprendida en el ámbito *ratione personae* del Reglamento nº 1408/71, no quiere decir que el Reglamento nº 1612/68 no sea aplicable. Mantiene que del artículo 42, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 no puede deducirse que este Reglamento no sea aplicable a las ventajas contempladas en el Reglamento nº 1408/71. Señala también, a continuación, que el concepto de trabajador posee un alcance comunitario y que si una persona cumple los requisitos establecidos en la jurisprudencia: 1) que una persona realice determinadas prestaciones, en favor de otra y bajo la dirección de ésta; 2) durante un cierto tiempo; 3) a cambio de las cuales percibe una retribución, [10] la única circunstancia que le puede privar de la condición de trabajador es que las actividades en cuestión sean meramente marginales o accesorias. El Gobierno alemán no ha explicado por qué un empleo menor tiene que ser considerado marginal y accesorio.

20. La Comisión recuerda que el Tribunal de Justicia ya ha determinado que los Estados miembros no pueden supeditar una ventaja social en el sentido del artículo 7, apartado 2, al requisito de que los beneficiarios sean residentes en su territorio. [11] Considera que las ventajas sociales no son sólo las que están vinculadas a un contrato de trabajo, sino también aquéllas que los Estados miembros conceden a uno de sus nacionales bien por su condición objetiva de trabajador o bien

10 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), apartado 17; de 8 de junio de 1999, Meeusen (C-337/97, Rec. p. I-3289), apartado 13; y de 6 de noviembre de 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Rec. p. I-13187), apartado 24.

11 — Sentencia Meeusen, citada en la nota anterior, apartado 21.

por residir en su territorio. Los trabajadores fronterizos pueden invocar el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 del mismo modo que los trabajadores migrantes que se han trasladado al Estado miembro de empleo.

V. Apreciación

A. *Observaciones introductorias*

21. Como observación preliminar hay que hacer notar que, por los motivos alegados por el Bundessozialgericht y aceptados por todas las partes que han presentado observaciones escritas, [12] la Sra. Geven no puede acogerse al Reglamento nº 1408/71 para tener acceso a la prestación de crianza en Alemania. Es pacífico que se encuentra fuera del ámbito *ratione personae* de este Reglamento a efectos de poder tener derecho a recibir ayudas familiares en ese Estado miembro. No hay, por consiguiente, ninguna razón para discutir este asunto desde el punto de vista de la eventual aplicabilidad del Reglamento nº 1408/71.

22. A continuación, hay que tener en cuenta que la Sra. Geven debe ser considerada como un trabajador a efectos de la aplicación del artículo 39 CE y del Reglamento nº 1612/68. Se acepta generalmente que para estar comprendida en la definición de trabajador, una persona debe ejercer actividades reales y efectivas, excepto aquellas actividades de tan poca entidad que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. [13] Aplicando estos criterios el Bundessozialgericht estimó que la Sra. Geven había tenido, de hecho, una relación laboral genuina en el período pertinente, y que ello se deducía en particular del carácter indefinido de su trabajo.

23. Hay que destacar que este hecho distingue el caso de la Sra. Geven del de la Sra. Hartmann [14] en un aspecto esencial. A diferencia de la Sra. Hartmann, que reclamaba el derecho a la prestación de crianza alemana indirectamente, a través de la condición de trabajador fronterizo de su marido, la pretensión de la Sra. Geven se basa directamente en su propia condición personal de trabajador comunitario.

24. La prestación de crianza solicitada por la Sra. Geven fue denegada por el Land Nordrhein-Westfalen sobre la base de que ésta no era residente en Alemania ni ejercía

12 — Véanse los puntos 11 y 13 *supra*.

13 — Véanse la jurisprudencia citada en la nota 10.

14 — Véase el punto 2 *supra*.

en ese Estado miembro un empleo que no fuera menor. A pesar de que la cuestión remitida por el Bundessozialgericht está redactada de forma tal que se centra sobre si la República Federal de Alemania puede o no aplicar el requisito de residencia a personas que ejerzan en Alemania un empleo considerado menor, de las consideraciones realizadas por el órgano jurisdiccional en su resolución de remisión se desprende que duda también si es justificable el requisito mismo del empleo menor. De hecho, dado que los trabajadores fronterizos no pueden, por definición, cumplir un requisito de residencia en el Estado miembro de empleo, la cuestión fundamental es si el criterio que utiliza el legislador nacional para aplicar este requisito, incluyendo a determinados trabajadores fronterizos y excluyendo a otros, es compatible con el Derecho comunitario.

25. Además de responder a la cuestión relativa a la compatibilidad del requisito de residencia contenido en el artículo 1, apartado 1, de la BErzGG con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, hay que examinar también, por tanto, si es compatible con el Derecho comunitario que el artículo 1, apartado 4, de la BErzGG conceda a los trabajadores fronterizos un derecho a la prestación de crianza alemana en función de que ejerzan o no en Alemania un empleo que no sea menor; lo cual, de acuerdo con la Ley nacional, implica que la concesión de ese derecho depende de que éstos trabajen más de quince horas semanales y ganen más que el salario mínimo semanal de 610 DEM (en 1997) o 620 DEM (en 1998).

B. *El requisito de residencia*

26. En mis conclusiones en el asunto Hartmann, presentadas a la vez que estas conclusiones, he examinado la cuestión relativa a la compatibilidad del requisito de residencia contenido en el artículo 1, apartado 1, del BErzGG con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 en el contexto de una solicitud de prestación de crianza por la esposa austriaca de un nacional alemán que se había trasladado a vivir a Austria, pero continuaba trabajando en Alemania. Solo traté este tema de forma subsidiaria después de concluir:

— que en el contexto del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, los trabajadores fronterizos tienen derecho a la igualdad de trato en el Estado miembro de empleo en relación con la concesión de ventajas sociales, pero sólo si dichas ventajas están directa y exclusivamente relacionadas con el empleo, [15]

y

— que la prestación de crianza no está lo suficientemente vinculada al empleo o a

15 — Punto 55 de las conclusiones.

la condición objetiva de trabajador como para que pueda ser considerada una ventaja social en relación con la cual los trabajadores fronterizos pueden reclamar igualdad de trato con arreglo al artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68. [16]

27. Sobre la base de estas dos afirmaciones a las que he llegado en el asunto Hartmann, no parece que la Sra. Geven pueda invocar el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 para reclamar el derecho a la prestación de crianza en Alemania, dado que esta ventaja social no está comprendida en el ámbito de protección de dicha disposición por lo que se refiere a los trabajadores fronterizos.

28. Sin embargo, partiendo de la base de que el ámbito material del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 podría considerarse más amplio, y que esta disposición es aplicable a los trabajadores fronterizos en la situación de la Sra. Hartmann y de la Sra. Geven, en las conclusiones en el asunto Hartmann he examinado también si el requisito de residencia que determina el derecho a la prestación de crianza en Alemania puede estar objetivamente justificado a la vista del hecho reconocido de que este requisito discrimina indirectamente a los trabajadores no residentes en Alemania.

29. Teniendo en cuenta que el Bundessozialgericht ha descrito la prestación de crianza como un instrumento de política familiar dirigido a estimular la tasa de natalidad en Alemania, he considerado que ello, en cuanto tal, es un objetivo político legítimo y que, por su propia naturaleza, dicha política tiene que asegurarse de que las medidas adoptadas se dirijan a las personas que residen en su territorio nacional. Sería absurdo suponer que los Estados miembros tuvieran que contribuir en alguna medida al desarrollo demográfico de otros Estados miembros, extendiendo sus instrumentos de política familiar a personas que no residen en su territorio. Llegué a la conclusión, por lo tanto, de que un requisito de residencia garantiza adecuadamente que la prestación de crianza se concede a personas que pertenecen a la población nacional del Estado miembro, la cual incluye, por supuesto, no sólo a nacionales alemanes, sino a todas las personas que residen legalmente en Alemania, con independencia de su nacionalidad. [17]

30. Debo añadir que, si bien el Tribunal de Justicia ha sostenido que el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 puede ser aplicable a ventajas sociales que, al mismo tiempo, estén comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71, [18] ello no significa que la primera disposición pueda ser interpretada de forma tal que permita unos resultados que este último Reglamento pretende evitar. Ese parece ser el objetivo preciso del artículo 42, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68,

16 — Punto 60 de las conclusiones.

17 — Punto 69 de las conclusiones.

18 — Véase la sentencia de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo (C-111/91, Rec. p. I-817), apartado 21.

según el cual este Reglamento no afectará a las disposiciones adoptadas de conformidad con el artículo 42 CE como, por ejemplo, el Reglamento nº 1408/71. Esta disposición, por lo tanto, establece una jerarquía entre ambos Reglamentos, de modo que el Reglamento nº 1408/71, al ser más específico, prevalece sobre el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 en aquellos casos en los que la aplicación de ambos Reglamentos dé lugar a resultados contradictorios.

31. El artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, por consiguiente, no impide a la República Federal de Alemania supeditar el derecho a la prestación de crianza de que el beneficiario sea residente, habitual o permanente, en ese Estado miembro. Por lo tanto, la negativa a conceder a la Sra. Geven la prestación de crianza estaba justificada.

32. Sin embargo, el legislador alemán ha hecho accesible la prestación de crianza a los trabajadores fronterizos, aunque no sean residentes en Alemania, siempre que desarrollen en Alemania un trabajo que no sea menor, tal como la Ley nacional define este concepto. Dado que el requisito de un empleo que no sea menor excluye a los trabajadores fronterizos que no realizan actividades por encima del umbral del derecho a obtener esta ventaja, hay que examinar a continuación –y esta es una cuestión que es propia de este asunto– si este requisito es compatible con el Derecho comunitario.

C. El requisito de un empleo que no sea menor

33. Tal como el Gobierno alemán señaló en sus observaciones escritas, dado que, con arreglo al Derecho comunitario, incluso si la exclusión total de los no residentes del derecho a la prestación de crianza hubiese estado justificada, la ampliación de dicho derecho a los trabajadores fronterizos bajo ciertos requisitos se debía a la buena voluntad del legislador alemán. De ello se deduce que éste tenía, por consiguiente, derecho a exigir un requisito relativo al grado de actividad laboral desarrollada en Alemania para garantizar un vínculo con el mercado nacional de trabajo.

34. Es dudoso que tal deducción sea correcta. Cuando un Estado miembro, en ejercicio de su discrecionalidad, concede determinados derechos o ventajas a sus ciudadanos comprendidas en el ámbito *ratione materiae* del Tratado CE, tiene que respetar la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, tal como se establece en el artículo 12 CE y como se expresa en el artículo 39 CE en relación con los trabajadores.

35. En este contexto, veo un paralelismo con la sentencia del asunto Trojani. [19] En esa sentencia el Tribunal de Justicia estimó que si un ciudadano comunitario, que en virtud de las disposiciones comunitarias aplicables

19 — Véase la sentencia de 7 de septiembre de 2004 (C-456/02, Rec. p. I-7573).

no tiene derecho de residencia por falta de los recursos necesarios, reside, no obstante, legalmente en ese Estado miembro con arreglo a la Ley nacional, puede invocar el artículo 12 CE con el fin de recibir asistencia social en igualdad de condiciones con los nacionales de ese Estado miembro. [20] En otras palabras, una vez que la situación legal de una persona ha sido equiparada, por lo que se refiere al Derecho nacional, a la de los nacionales residentes en un Estado miembro, ello otorga a esa persona el derecho a la igualdad de trato en relación con los asuntos incluidos en el ámbito del Tratado.

36. En el caso de autos, se ha comprobado, tal como puede verse en el punto 22 *supra*, que la Sra. Geven tiene la condición de trabajador comunitario. A pesar de que su actividad remunerada se considere menor a los efectos de la aplicación de la normativa alemana en cuestión, no es, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, lo suficientemente marginal o accesoria como para no poderle aplicar la definición de trabajador comunitario. Debe señalarse también en este contexto que el concepto de «trabajador» no puede ser definido o delimitado por la ley nacional, ya que ello implicaría que el alcance de los derechos garantizados a los trabajadores comunitarios pudiera ser modificado unilateralmente por los Estados miembros, sin ningún control de las instituciones comunitarias. [21] Más concretamente, los Estados miembros no pueden excluir del ámbito de este concepto a personas que perciben sólo una remuneración que está por debajo del nivel mínimo de subsistencia, en particular porque éstas podrían complementar dichos ingresos por otros medios como, por ejemplo, las rentas generadas por otro miembro de la familia. [22] El requisito de tener un empleo que no sea menor, tal como está definido en el artículo 8, apartado 1, punto 1, de la SGB IV, no puede privar a la Sra. Geven de los derechos que disfruta en tanto que trabajador comunitario.

37. El requisito de un empleo que no sea menor es de aplicación a los trabajadores fronterizos, únicamente, y fue introducido para extender la ventaja del derecho a la prestación de crianza a personas que no eran residentes en Alemania, pero que estaban económicamente activos en ese país y a un nivel lo suficientemente relevante.

38. No obstante el generoso objetivo del legislador alemán, es evidente que el requisito de que el empleo no sea menor traza una distinción entre los diferentes grupos de trabajadores en lo que se refiere al derecho a la prestación de crianza. Distingue entre dos categorías de trabajadores fronterizos que trabajan en Alemania (los que se encuentran por debajo y los que se encuentran por encima del umbral de empleo menor), si bien considerando que el objetivo de la prestación de crianza es la promoción de la natalidad en Alemania todos estos trabajadores fronterizos están en la misma situación, es decir, ninguno contribuye a dicho objetivo. Este requisito también distingue entre trabajadores fronterizos que tienen un empleo menor y personas residentes en Alemania que

20 — Sentencia Trojani, antes citada, apartados 37 a 46.

21 — Sentencias de 23 de marzo de 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035, EE p. 219), apartado 11 y de 3 de junio de 1986, Kempf (139/85, Rec. p. 1741), apartado 15.

22 — Sentencia Kempf, citada en la nota anterior, apartado 14.

tienen igualmente en un empleo menor, y estos últimos tienen derecho a esta ventaja social. Finalmente, distingue entre los trabajadores fronterizos que tienen un empleo menor en Alemania y los trabajadores fronterizos alemanes que trabajan en los Estados miembros vecinos, los cuales, a pesar de que no tienen una relación laboral en Alemania y sin que se tenga en cuenta la naturaleza de su empleo, tienen derecho a la prestación de crianza por razón de su residencia en Alemania.

39. Dado que los trabajadores fronterizos que trabajan en Alemania tienen, por principio, la nacionalidad del Estado miembro en el que viven, esta diferencia de trato entre trabajadores activos en los mismos mercados laborales como resultado del requisito de que el empleo no sea menor constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. Si el requisito no está justificado objetivamente y no puede considerarse proporcionado al objetivo para el que se ha impuesto, la disposición es contraria al artículo 39 CE.

40. En el punto 29 *supra,* que también se refiere a los pasajes relevantes de mis conclusiones en el asunto Hartmann sobre este tema, ya he indicado que la prestación de crianza tiene un objetivo demográfico a largo plazo al compensar a personas que dejan su trabajo, en parte o por completo, para poderse ocupar de sus hijos en la primera etapa de su vida. Busca de ese modo estimular la natalidad en Alemania. A la vista de este objetivo es perfectamente explicable que los requisitos establecidos en el artículo 1, apartado 1, de la BErzGG no guarden relación con el empleo. Coincido con el Bundessozialgericht cuando observa que el requisito de un empleo en Alemania que no sea menor es, de por sí, poco congruente en el caso de la prestación de crianza, en particular porque dicha ventaja está prevista precisamente para permitir no tener que trabajar en un empleo remunerado, y porque hay una discrepancia evidente en la coexistencia de, por una parte, la exclusión de las personas en régimen de pleno empleo y, por otra, el requisito de que los trabajadores fronterizos tengan que superar el umbral del empleo menor.

41. Por lo tanto, el requisito de tener un empleo que no sea menor no guarda relación con los objetivos de la prestación de crianza, y es una exigencia inadecuada. Dado que no puede considerarse justificado, vulnera la prohibición de desigualdad de trato de los trabajadores establecida en el artículo 39 CE.

VI. Conclusión

42. A la luz de las anteriores consideraciones, propongo que el Tribunal de Justicia responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht:

«1) El artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad no impide a la República Federal de Alemania denegar la percepción de la prestación de crianza alemana a un nacional de otro Estado miembro que reside en éste, por el hecho de no tener ni su domicilio ni su residencia habitual en Alemania.

2) El artículo 39 CE no permite que la República Federal de Alemania deniegue la percepción de la prestación de crianza alemana a un nacional de otro Estado miembro, que reside en este Estado y que ejerce en Alemania un empleo de entre tres y catorce horas semanales, por el hecho de que sólo tiene un empleo menor, el cual está definido por la legislación doméstica como el empleo que se ejerce regularmente por menos de 15 horas semanales.»