CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 15 de abril de 2010[1]

I. Introducción

1. Mediante resolución de 30 de octubre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de enero de 2009, el Bundesfinanzhof (Tribunal supremo federal en materia tributaria) (Alemania) planteó diversas cuestiones al Tribunal de Justicia para que se pronunciara con carácter prejudicial sobre la interpretación del artículo 76 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 y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 [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 nº 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 647/2005 [4] (en lo sucesivo, «Reglamento nº 574/72»). [5]

2. La petición de decisión prejudicial se formuló en el marco del procedimiento iniciado por la Sra. Gudrun Schwemmer, ciudadana alemana divorciada y residente en Alemania, cuyo ex marido trabaja en Suiza, contra la Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen – Familienkasse (Oficina de Empleo, Villingen-Schwenningen – Caja de Prestaciones Familiares; en lo sucesivo, «Caja de Prestaciones Familiares») por su negativa a concederle el importe íntegro de las prestaciones familiares respecto de dos de sus hijos.

3. El órgano jurisdiccional remitente desea saber, fundamentalmente, si, en una situación posterior a un divorcio en la que el padre de los hijos se abstiene deliberadamente de solicitar las prestaciones familiares por hijos en el Estado de empleo competente, el Estado miembro de residencia de la madre debe pagar las prestaciones familiares por hijos únicamente en la cuantía en que la cantidad que corresponda pagar en el Estado de residencia exceda de la cantidad que pudiera percibir el padre en su Estado de empleo en concepto de prestaciones familiares por hijos.

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO 1997, L 28, p. 1.

3 — EE 05/01, p. 98.

4 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, por el que se modifican el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 (DO L 117, p. 1).

5 — EE 05/01, p. 156.

II. Marco normativo

A. *Derecho comunitario*

1. Acuerdo entre la Comunidad y Suiza

4. En virtud del anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, [6] el Reglamento nº 1408/71 y el Reglamento nº 574/72 son aplicables en las relaciones entre las partes de este Acuerdo.

2. Reglamento nº 1408/71

5. El artículo 13 del Reglamento nº 1408/71, con la rúbrica «Normas generales», contiene las siguientes disposiciones aplicables al caso que nos ocupa en relación con 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.

[…]»

6. El artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, con la rúbrica «Trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia cuyos miembros de familia residan en un Estado miembro distinto del Estado competente», dispone lo siguiente:

«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

6 — DO 2002, L 114, p. 6.

familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieren en el territorio de éste [...]»

7. El artículo 75, apartado 2, de este Reglamento es del siguiente tenor:

«[...] si la persona a la que deben abonarse las prestaciones familiares no las destina al mantenimiento de los miembros de la familia, la institución competente abonará dichas prestaciones, con efecto liberatorio, a la persona física o jurídica que tenga efectivamente a su cargo los miembros de la familia, a instancia y por mediación de la institución o el organismo que designe a tal fin la autoridad competente del Estado miembro donde residan.»

8. El artículo 76 del Reglamento nº 1408/71, por el que se establecen normas de prioridad en caso de acumulación de derechos a prestaciones familiares en virtud de la legislación del Estado competente y en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, dispone:

«1. Cuando durante el mismo período, para el mismo miembro de la familia y debido al ejercicio de una actividad profesional, las prestaciones familiares estén previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residan los miembros de la familia, el derecho a las prestaciones familiares debidas en virtud de la legislación de otro Estado miembro quedará suspendido, llegado el caso, en aplicación de los artículos 73 o 74, hasta el total establecido por la legislación del primer Estado miembro.

2. Si no se presenta una solicitud de prestaciones en el Estado miembro en cuyo territorio residen los miembros de la familia, la institución competente del otro Estado miembro podrá aplicar las disposiciones del apartado 1 como si aquéllas hubieran sido concedidas en el primer Estado miembro.»

3. Reglamento nº 574/72

9. El artículo 10, apartado 1, del Reglamento nº 574/72, con la rúbrica «Normas aplicables a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en caso de acumulación de derechos a prestaciones o subsidios familiares», dispone:

«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

[nº 1408/71], 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 [nº 1408/71], 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 miembro de la familia. Las prestaciones abonadas por el Estado miembro en cuyo territorio resida el familiar son a cargo de dicho Estado miembro;

[…]»

B. *Normativa nacional*

10. El derecho a las prestaciones familiares por hijos en Alemania está regulado en los artículos 62 y 63 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Einkommensteuergesetz; en lo sucesivo, «EStG»).

11. El artículo 62, apartado 1, número 1, de la EStG establece lo siguiente:

«En relación con los hijos a los que se refiere el artículo 63, tendrán derecho a las prestaciones familiares por hijos establecidas en la presente ley las personas que tengan su domicilio o su residencia habitual en Alemania.»

12. El artículo 63, apartado 1, número 1, establece:

«Se consideran hijos: los hijos a los que se refiere el artículo 32, apartado 1.»

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

«Son hijos los descendientes en primer grado del sujeto pasivo.»

14. El artículo 65, apartado 1, de la EStG establece que no se abonará ninguna prestación familiar por hijos respecto de los cuales exista

o pueda existir, si se solicita, un derecho a percibir prestaciones familiares por hijos en otro país.

17. Mediante resolución de 21 de marzo de 2006, la Caja de Prestaciones Familiares reconoció una prestación parcial de sólo 44,25 euros por cada hijo a partir de enero de 2006 en concepto de prestación familiar por hijos, ya que la asignación alemana de 154 euros era superior a la prestación familiar de 109,75 euros por hijo que le correspondía al padre en Suiza.

III. Hechos, procedimiento y cuestiones planteadas

15. Según se desprende de la petición de decisión prejudicial, la Sra. Schwemmer vive en Alemania con dos de sus hijos, nacidos en 1992 y 1995. En 2005 inició una actividad por cuenta propia en el sector de la administración de fincas y servicios de conserjería y limpieza. Desde mayo de 2006 mantuvo un empleo poco remunerado en una empresa. Durante el período en cuestión, la Sra. Schwemmer cotizó voluntariamente a la Deutsche Rentenvesicherung (Sistema de pensiones alemán) y al seguro de enfermedad y dependencia de la Deutsche Angestelltenkrankenkasse (Caja de enfermedad de los trabajadores alemanes).

16. El padre de los niños, divorciado de la Sra. Schwemmer desde 1997, trabaja en Suiza. El padre no ha solicitado la prestación familiar de 109,75 euros que le corresponde por cada hijo con arreglo a la legislación suiza.

18. La Caja de Prestaciones Familiares adoptó el criterio, confirmado por el Finanzgericht (Tribunal económico) en el procedimiento de recurso del que conoció, de que el derecho de la Sra. Schwemmer a las prestaciones familiares por hijos debía determinarse con arreglo a las normas sobre acumulación de derechos a prestaciones familiares establecidas en el Reglamento nº 1408/71 y el Reglamento nº 574/72. Puesto que la Sra. Schwemmer no ejercía ninguna actividad profesional en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra b) inciso i), del Reglamento nº 574/72, el derecho a las prestaciones familiares reconocido en Suiza tiene preferencia, de conformidad con el artículo 10, apartado 1, letra a), de ese mismo Reglamento, sobre el derecho alemán a las prestaciones familiares por hijos. Según el Finanzgericht y la Caja de Prestaciones Familiares, resulta irrelevante, con arreglo al artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, el cual es aplicable por analogía, el hecho de que las prestaciones familiares hayan sido o no efectivamente solicitadas en Suiza. El margen de apreciación reconocido en esa disposición ha de interpretarse necesariamente en el sentido de que sólo en justificados casos excepcionales debe entenderse que en el país de empleo no se han concedido prestaciones familiares, con la consecuencia de que el país de residencia deba asumir íntegramente el pago de la prestación familiar.

19. En el procedimiento sustanciado ante el órgano jurisdiccional remitente, la Sra. Schwemmer rebatió este criterio alegando que el ejercicio de su actividad profesional en Alemania le confería el derecho a percibir el importe íntegro de las prestaciones familiares por hijos en ese país. Según la Sra. Schwemmer, los trabajadores que ejercen una actividad poco remunerada deben recibir un trato igual que los trabajadores asegurados con carácter obligatorio. En cualquier caso, el padre de los niños se abstuvo deliberadamente de solicitar las prestaciones familiares en Suiza, el país competente de empleo, para perjudicarle a ella. Esa situación no está prevista en el artículo 10, apartado 1, del Reglamento nº 574/72.

20. El órgano jurisdiccional remitente señala que, en el asunto del que conoce, la cuestión de la concurrencia de los derechos a prestaciones familiares debe resolverse con arreglo al artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72, puesto que, en su opinión, la Sra. Schwemmer no ejerció en Alemania ninguna actividad profesional en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), de dicho Reglamento. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que, según el tenor del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72, el derecho a percibir la prestación familiar por hijos en el país de residencia sólo se suspende cuando se deban prestaciones familiares en el país de empleo. Sin embargo, en el asunto sustanciado ante dicho órgano jurisdiccional no se deben prestaciones familiares en el país de empleo, ya que, en Suiza, las prestaciones familiares sólo pueden concederse previa solicitud y el padre de los niños, a pesar de tener derecho a las mismas, no las ha solicitado.

21. Además, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si, en el asunto del que conoce, resulta aplicable por analogía, como mantiene la Sra. Schwemmer, el artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71.

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

«1) ¿Debe aplicarse por analogía la norma del artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 al artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) nº 574/72 cuando el progenitor beneficiario no solicite las prestaciones familiares que le corresponden en el país de empleo?

2) En el caso de que el artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 sea aplicable por analogía: ¿Con arreglo a qué criterios discrecionales puede aplicar la institución del país de residencia, competente en materia de prestaciones familiares, el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72 como si el país de empleo hubiera concedido las prestaciones? ¿Puede limitarse la facultad discrecional de presumir la percepción de prestaciones familiares en el país de empleo cuando el beneficiario no solicite deliberadamente las prestaciones familiares que le corresponden en dicho país para perjudicar al beneficiario de la

asignación por hijos a cargo en el país de residencia?»

IV. Análisis jurídico

A. *Principales alegaciones de las partes*

23. En el presente procedimiento, presentaron observaciones escritas los Gobiernos lituano y austriaco, así como la Comisión. En la vista celebrada el 10 de febrero de 2010 intervinieron la Sra. Schwemmer, el Gobierno alemán y la Comisión.

24. Según las alegaciones formuladas por la Sra. Schwemmer en la vista, debería considerarse que esta persona se encuentra dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71, a pesar de ejercer únicamente una actividad poco remunerada y de no ser una persona asegurada con carácter obligatorio contra la contingencia de desempleo, tal como exige el punto I. E del anexo I de dicho Reglamento. Este anexo no es relevante en este contexto. Igualmente, según la Sra. Schwemmer, el artículo 75, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 resulta aplicable por analogía a circunstancias como las que concurren en el presente asunto y en las que la persona que trabaja en otro Estado miembro no ha solicitado ni percibido las prestaciones familiares para el mantenimiento de los miembros de la familia en cuestión.

25. El Gobierno alemán señala que, en virtud del artículo 65 de la EstG, no cabe reconocer el derecho a percibir prestaciones familiares en Alemania cuando en otro Estado miembro esté reconocido el derecho a otras prestaciones semejantes. Además, en el caso de la Sra. Schwemmer, tampoco es posible reconocerle este derecho en virtud del Reglamento nº 1408/71, dado que –con arreglo al punto I.E de su anexo I– el Capítulo 7 del Título III del Reglamento nº 1408/71 no resulta aplicable. En cambio, el artículo 10 del Reglamento nº 574/72 sí resultaría aplicable en principio a la situación de la Sra. Schwemmer, salvo en lo dispuesto para el caso de que hubiera ejercido una actividad profesional en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), de este último Reglamento. En consecuencia, Suiza tiene competencia prioritaria en lo concerniente al pago de las prestaciones familiares.

26. Por lo que respecta al artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, el Gobierno alemán entiende que esta disposición debe aplicarse por analogía, de forma que deba considerarse que las prestaciones en cuestión han sido concedidas en Suiza. No obstante, el Gobierno alemán sugiere que debe aplicarse el artículo 75, apartado 2, de ese Reglamento para resolver situaciones de este tipo, en las que un progenitor se niega a solicitar las prestaciones familiares.

27. El Gobierno lituano también estima que el artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 resulta aplicable a las

circunstancias del asunto planteado ante el órgano jurisdiccional remitente, las cuales se rigen por el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72, siendo, por tanto, irrelevante que se hayan solicitado o no las prestaciones en cuestión. Según dicho Gobierno, respalda este enfoque el objetivo principal del sistema establecido por el Reglamento nº 1408/71 y el Reglamento nº 574/72, y que consiste en impedir la acumulación de prestaciones. Una interpretación diferente sería, además, contraria al principio según el cual debe existir un reparto adecuado de las cargas entre los Estados miembros en el ámbito de la asistencia social, [7] y resultaría difícil de aplicar en la práctica, habida cuenta de las trabas que aún existen en lo referente al intercambio entre los Estados miembros de la información necesaria.

28. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el Gobierno lituano estima que, considerando el margen de apreciación que el artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 parece conferir a los Estados miembros, las autoridades competentes deben decidir, teniendo en cuenta todas las circunstancias presentes en cada caso, si esa disposición debe aplicarse y si cabe considerar, en consecuencia, que las prestaciones en cuestión se han reconocido en el otro Estado miembro.

7 — Dicho Gobierno se refiere, en este contexto, a las sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193), apartado 44, y de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119), apartados 56 y siguientes.

29. Según el Gobierno austriaco, la Sra. Schwemmer no puede ser considerada, a la luz de la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, como una trabajadora por cuenta ajena en el sentido del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71, interpretado en relación con el punto I.E de su anexo I, o como una persona que ejerce una actividad profesional en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 574/72.

30. No obstante, el Gobierno austriaco sostiene que, en principio, el artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 es aplicable en un caso como el presente, ya que esta disposición tiene por objeto impedir que se inviertan las reglas de competencia, en perjuicio del Estado miembro cuya competencia es meramente subsidiaria, por el solo hecho de que intencionadamente no se soliciten las prestaciones. En consecuencia, es irrelevante el hecho de que el ex cónyuge de la Sra. Schwemmer se abstuviera deliberadamente de solicitar las prestaciones familiares por hijos y de que tal omisión obedeciera a la voluntad de causarle un perjuicio.

31. Sin embargo, dado que esa interpretación conduciría, como admite el propio Gobierno austriaco, a un resultado insatisfactorio, es necesario analizar si las normas sobre acumulación de derechos a prestaciones se aplican sin restricciones a los padres divorciados o separados. En el caso sustanciado ante el órgano jurisdiccional remitente puede alegarse razonablemente que el Reglamento nº 1408/71 no es en absoluto aplicable, ya que debe considerarse que el padre no mantiene relación con los hijos y, por lo tanto, ha dejado de ser un miembro de la familia en el sentido

del Reglamento. En consecuencia, el derecho a las prestaciones familiares por hijos debe apreciarse con arreglo únicamente a la legislación del Estado miembro de residencia.

32. La Comisión señala que el artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 únicamente resulta aplicable si se cumple el requisito establecido en el artículo 76, apartado 1, de ese Reglamento, es decir, sólo cuando el Estado miembro de residencia reconozca el derecho a prestaciones familiares por razón del ejercicio de una actividad profesional. Dado que la Sra. Schwemmer no es una trabajadora por cuenta ajena en el sentido del punto I.E del anexo I del Reglamento nº 1408/71, y, por tanto, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* de dicho Reglamento, el artículo 76, apartado 2, de esta norma no le resulta aplicable en principio.

33. En cualquier caso, según la Comisión, no existe ninguna laguna jurídica que pudiera justificar la aplicación por analogía del artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71. En ese contexto, la Comisión recuerda, igualmente, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no puede producirse la suspensión del derecho a los subsidios familiares debidos en virtud del artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 si los subsidios no deben ser abonados en el Estado miembro correspondiente porque no se reúnen todos los requisitos exigidos por la legislación del referido Estado miembro para percibir efectivamente dichos subsidios y entre los que cabe incluir la condición de que sean solicitados. [8] Aunque ese principio se formuló para casos en los que no se había presentado una solicitud en el Estado de residencia, debería también aplicarse en el caso de que no se soliciten prestaciones en el Estado de empleo.

34. La Comisión señala, igualmente, que, con arreglo al artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72, el derecho a percibir la prestación familiar por hijos sólo se suspende en la medida en que se deban prestaciones familiares en el país de empleo. En su opinión, puesto que el padre no solicitó las prestaciones familiares a las que tiene derecho en Suiza y puesto que, en consecuencia, no se han cumplido todos los requisitos para la percepción de esas prestaciones, no se le «debe» ninguna prestación familiar, en el sentido de la citada disposición, en el país de empleo. Por lo tanto, tampoco puede haber acumulación de derechos a prestaciones.

35. Además, en opinión de la Comisión, el artículo 10, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 574/72 no parece pertinente, puesto que la Sra. Schwemmer no ejerce una actividad profesional en Alemania.

36. Por último, la Comisión sugiere que las autoridades alemanas podrían evitar tener que asumir por sí solas los costes de las prestaciones familiares por hijos acogiéndose al artículo 75, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71.

8 — Sentencias de 13 de noviembre de 1984, Salzano (191/83, Rec. p. 3741), apartado 10; de 23 de abril de 1986, Ferraioli (153/84, Rec. p. 1401), apartado 15, y de 4 de julio de 1990, Kracht (C-117/89, Rec. p. I-2781), apartado 18.

B. *Apreciación*

37. A través de las cuestiones formuladas, las cuales conviene analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide, fundamentalmente, que se determine si, en virtud de las normas establecidas para evitar la acumulación de derechos a prestaciones que se contienen en el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 y en el artículo 10 del Reglamento nº 574/72, el derecho a prestaciones familiares por hijos reconocidas por la legislación del Estado miembro en el que un progenitor reside con los hijos de que se trate puede ser suspendido (parcialmente) en una situación, como la analizada en el asunto planteado ante el órgano jurisdiccional remitente, en la que el ex cónyuge –el otro progenitor de esos hijos– tendría derecho a percibir prestaciones familiares en virtud de la legislación del Estado de empleo, pero de hecho no las percibe porque deliberadamente no las ha solicitado.

38. Conviene empezar señalando, en primer lugar, que es pacífico que la prestación familiar alemana por hijos objeto del litigio cumple los requisitos para ser considerada «prestación familiar» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra h), del Reglamento nº 1408/71. [9] Por tanto, este Reglamento es aplicable *ratione materiae* a la situación sobre la que versa el litigio.

39. En segundo lugar, en lo que concierne a la aplicabilidad *ratione personae* del Reglamento nº 1408/71, no resulta controvertido para las partes que, en cualquier caso, el ex cónyuge de la Sra. Schwemmer realiza en Suiza, su país de residencia, una actividad como «trabajador por cuenta ajena» en el sentido del artículo 1, letra a), de dicho Reglamento.

40. Por lo tanto, en este contexto, no es necesario determinar si también la Sra. Schwemmer puede ser considerada trabajadora por cuenta ajena en el sentido del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71, interpretado en relación con el punto I.E de su anexo I, dado que, con arreglo al artículo 2 de este Reglamento y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Reglamento nº 1408/71 también contempla, en principio, las situaciones de los miembros de la familia o, como en este caso, de los ex cónyuges de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. [10]

41. A este respecto, puesto que el Reglamento nº 1408/71 también contempla las situaciones familiares posteriores a un divorcio, [11] no puede sostenerse –contrariamente a lo alegado por el Gobierno austriaco– que la situación de la Sra. Schwemmer sea de naturaleza meramente interna y totalmente ajena al ámbito de aplicación de dicho Reglamento por el hecho de que el padre de los niños en

9 — Véase, en este sentido, la sentencia de 20 de mayo de 2008, Bosmann (C-352/06, Rec. p. I-3827), también relativa a la prestación familiar alemana por hijos.

10 — Véanse, en este sentido, entre otras, las sentencias de 3 de febrero de 1983, Robards (149/82, Rec. p. 171), apartado 15; de 5 de marzo de 1998, Kulzer (C-194/96, Rec. p. I-895), apartado 32, y de 5 de febrero de 2002, Humer (C-255/99, Rec. p. I-1205), apartado 42.

11 — Véase, igualmente, en este sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2009, Slanina (C-363/08, Rec. p. I-11111), apartado 30.

cuestión esté divorciado de la Sra. Schwemmer y separado de sus hijos.

42. Por tanto, procede señalar que el Reglamento nº 1408/71 es aplicable *ratione materiae* y *ratione personae* a una situación como la de la Sra. Schwemmer y que pasaré seguidamente a analizar a la luz de las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 1408/71 y del Reglamento nº 574/72.

43. Por lo que se refiere a las prestaciones familiares, el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 establece que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia sometido a la legislación del Estado miembro A tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio del Estado miembro B, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del Estado A, como si residieren en el territorio del Estado A. La finalidad de este artículo consiste, precisamente, en garantizar a los miembros de la familia que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro A la concesión de las prestaciones familiares previstas en la legislación aplicable. [12]

44. En consecuencia, como sostuvo el órgano jurisdiccional remitente sin que esta postura fuera rebatida en el procedimiento sustanciado ante ese mismo tribunal, según el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, el derecho a las prestaciones familiares en favor de los hijos de la Sra. Schwemmer queda reconocido, en principio, por la legislación de Suiza, el Estado de empleo de su ex cónyuge.

45. Por otra parte, debe señalarse que en Alemania, país donde reside con sus dos hijos, la Sra. Schwemmer tiene derecho a la prestación familiar por hijos alemana respecto de sus hijos, dado que, en virtud de la legislación de este país, se reconoce tal prestación siempre que residan en Alemania tanto el progenitor como los hijos de que se trate. [13]

46. Así pues, dado que tanto la normativa del Estado de residencia de la Sra. Schwemmer como la del Estado de empleo y residencia de su ex cónyuge reconocen un derecho a las prestaciones familiares, el conflicto debe resolverse a la luz de las normas establecidas para evitar la acumulación de derechos a prestaciones que se contienen en el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 y en el artículo 10 del Reglamento nº 574/72.

12 — Sentencias de 10 de octubre de 1996, Hoever y Zachow (C-245/94 y C-312/94, Rec. p. I-4895), apartado 32, y Humer, citada en la nota 10, apartado 39.

13 — En mi opinión, carece de relevancia a este respecto, como el Gobierno alemán alegó en la vista, que el artículo 65 de la EStG excluya todo derecho a prestaciones familiares por hijos en Alemania si se debe una prestación equivalente en otro Estado miembro. Es evidente que esa disposición tiene por objeto resolver conflictos de competencia o, más concretamente, evitar la acumulación de derechos a prestaciones familiares. Como tal, constituye la norma de Derecho nacional equivalente al Reglamento nº 1408/71 y al Reglamento nº 574/72 y debe ser interpretada y aplicada –habida cuenta de la primacía del Derecho comunitario– de conformidad con lo establecido en dichos Reglamentos. Aceptar la línea argumental planteada por el Gobierno alemán y tomar en consideración el artículo 65 de la EStG para determinar si la Sra. Schwemmer tiene, en principio, derecho a la prestación familiar por hijos prevista en la legislación alemana supondría, en cierto modo, trastocar completamente esta relación entre los Reglamentos y la normativa nacional.

47. En ese sentido, debe señalarse, en primer lugar, que el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 tiene por objeto resolver la acumulación, derivada del ejercicio de una actividad profesional por un miembro de la familia, de derechos a prestaciones familiares debidas en virtud, por un lado, del artículo 73 del mismo Reglamento y, por otro lado, de la legislación nacional del Estado de residencia del miembro de la familia. [14]

48. Sin embargo, el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 no es relevante a efectos de la resolución del caso que nos ocupa, ya que la prestación familiar por hijos alemana en cuestión está supeditada únicamente al requisito de que la residencia esté establecida en Alemania, y no al ejercicio de una actividad profesional.

49. En cambio, el artículo 10 del Reglamento nº 574/72 se aplica cuando existe un riesgo de acumulación, por una parte, del derecho a percibir prestaciones familiares que se deriva del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 y, por otra parte, del derecho a percibir prestaciones familiares en virtud de la legislación nacional del Estado de residencia, el cual no se supedita a tal requisito de actividad profesional. [15]

50. Así pues, en el presente asunto, el artículo 10 del Reglamento nº 574/72 es la norma aplicable para evitar la acumulación de prestaciones.

51. El artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72 establece, concretamente, que cuando se adquiera un derecho a prestaciones familiares en el Estado de residencia no sujeto a condiciones de seguro o empleo, este derecho quedará suspendido cuando se deban prestaciones en aplicación del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71.

52. En consecuencia, según aquella disposición, los subsidios abonados por el Estado de empleo prevalecen sobre las asignaciones abonadas por el Estado de residencia, las cuales quedan, pues, suspendidas. [16]

53. Sin embargo, cuando la persona con derecho a las prestaciones familiares en cuestión, o la persona a quien son abonadas, ejerce también una actividad profesional en el Estado miembro de residencia, el artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 574/72 invierte el orden de prioridad en favor de la competencia de ese Estado miembro al establecer la suspensión del derecho a

14 — Véanse las sentencias de 7 de junio de 2005, Dodl y Oberhollenzer (C-543/03, Rec. p. I-5049), apartado 53, y Šlanina, citada en la nota 11, apartado 36.

15 — Véase la sentencia Dodl y Oberhollenzer, citada en la nota 14, apartado 54.

16 — Véase, entre otras, la sentencia de 9 de diciembre de 1992, McMenamin (C-119/91, Rec. p. I-6393), apartado 17.

prestaciones en el Estado de empleo derivado del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71. [17]

54. De ello resulta que, tal como ciertamente mantiene la demandante en el procedimiento sustanciado ante el órgano jurisdiccional remitente, si se determinara que la Sra. Schwemmer ejercía en Alemania –el Estado de residencia– una actividad profesional en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 574/72, tendría derecho, en cualquier caso, al importe íntegro de la prestación familiar por hijos alemana.

55. Sin embargo, según la apreciación del órgano jurisdiccional remitente, no es ése el caso, por la razón principal de que la Sra. Schwemmer no puede ser considerada «trabajadora por cuenta ajena» o «trabajadora por cuenta propia» en el sentido del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71, interpretado en relación con el punto I.E de su anexo I, ya que no se trata de una persona asegurada con carácter obligatorio y, por lo tanto, no cumple uno de los requisitos establecidos en ese anexo respecto de Alemania.

56. En este sentido, en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, se planteó la cuestión de si, contrariamente a lo que el órgano jurisdiccional remitente parece haber asumido, la Sra. Schwemmer podría ser considerada –habida cuenta de la actividad por cuenta propia ejercida en el sector de la administración de fincas y servicios de conserjería y limpieza en 2005, y de su empleo poco remunerado desde 2006– como una persona que ejerce una actividad profesional en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 574/72, sin cumplir, al mismo tiempo, los requisitos que le atribuyeran la condición de «trabajadora por cuenta ajena» o «trabajadora por cuenta propia» en el sentido del artículo 1 de Reglamento nº 1408/71, interpretado en relación con el punto I.E de su anexo I.

57. No obstante, considero que el Tribunal de Justicia no puede resolver las cuestiones que se suscitan en el presente caso únicamente a partir de esta hipótesis. Aun en el caso de que el órgano jurisdiccional remitente debiera reconsiderar su interpretación del concepto de «actividad profesional» empleado en el artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 574/72, no por ello quedaría dispensado de determinar si esas condiciones se cumplen efectivamente en el caso de la Sra. Schwemmer. Es más, habida cuenta de la respuesta que propongo que se dé a las cuestiones planteadas, no considero necesario abordar este punto. [18]

58. Así pues, partiendo de la base de que la Sra. Schwemmer no ejerció ninguna actividad profesional en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 574/72, debe analizarse si, en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), de este Reglamento, la prestación familiar por hijos debida en el Estado de residencia debe

17 — Véanse, entre otras, las sentencias McMenamin, citada en la nota 16, apartado 17, y Bosmann, citada en la nota 9, apartado 22.

18 — Véase el punto 65 de las presentes conclusiones.

suspenderse en las circunstancias particulares que presenta el caso planteado ante el órgano jurisdiccional remitente, en el cual el ex cónyuge tiene derecho, en virtud del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, a unas prestaciones familiares equiparables en su Estado de empleo, si bien estas prestaciones no se abonaron efectivamente por no haber sido solicitadas.

59. Debe señalarse, a este respecto, que en los asuntos Salzano, [19] Ferraioli, [20] y Kracht, [21] el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de analizar el caso inverso, es decir, la cuestión de si las prestaciones debidas en el Estado de empleo en virtud del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 debían suspenderse en una situación en la que las prestaciones correspondientes que procedía pagar en el Estado de residencia no habían sido solicitadas y, consecuentemente, no habían sido efectivamente abonadas. El Tribunal de Justicia declaró que no procedía la suspensión de las prestaciones en el Estado miembro competente –en aquellos asuntos, el Estado de empleo– cuando las prestaciones no hubieran sido abonadas en el otro Estado miembro por el hecho de que no se reunieran todos los requisitos exigidos por la legislación del referido Estado miembro para percibir efectivamente dichas prestaciones, incluyendo el requisito de que se hubiera presentado una solicitud previa. [22]

60. Así pues, en los asuntos citados, el Tribunal de Justicia partió de la base de que la suspensión de los derechos derivados del artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 sólo se producía si las prestaciones se abonaban efectivamente en el Estado de residencia. [23] Aunque este enfoque se adoptó en relación con la acumulación de prestaciones prevista en el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71, no hay ninguna razón, en mi opinión, por la que no deba aplicarse también al presente asunto, al cual resulta de aplicación el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72, y en el que está reconocido el derecho a percibir prestaciones en el Estado de empleo, si bien éstas no se han abonado efectivamente por no haberse solicitado previamente.

61. Ciertamente, con posterioridad a la fecha a la que se remontaban los asuntos antes citados, el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 fue modificado para incluir un nuevo apartado 2, de forma que el Estado miembro de empleo quedara facultado para suspender el derecho a percibir prestaciones familiares en el caso de que no se presentara la solicitud de prestaciones en el Estado miembro de residencia y de que, en consecuencia, este Estado miembro no efectuara el pago de las mismas.

19 — Citado en la nota 8.

20 — Citado en la nota 8.

21 — Citado en la nota 8.

22 — Véanse, en este sentido, las sentencias Salzano, citada en la nota 8; Ferraioli, citada en la nota 8, apartado 14, y Kracht, citada en la nota 8, apartados 11 y 18.

23 — Véase, igualmente, la sentencia McMenamin, citada en la nota 16, apartado 26.

62. No obstante, no se ha aprobado una norma semejante en relación con el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72. En este contexto, debe señalarse que, en el asunto Kracht, el Tribunal de Justicia se negó a variar la citada línea jurisprudencial a la luz de la nueva redacción del artículo 76 del Reglamento nº 1408/71, a pesar de que el nuevo apartado 2 (si bien todavía no era aplicable) ya había sido aprobado. El Tribunal de Justicia señaló, en particular, que su anterior interpretación del artículo 76 del citado Reglamento había sido coherente con el objetivo del Tratado de establecer el principio de libre circulación de los trabajadores. [24] Además, en ese contexto, el Tribunal de Justicia rechazó alegaciones, similares a las formuladas en el presente asunto, según las cuales debía excluirse toda posibilidad de elección por parte de las personas con derecho a percibir las prestaciones –o de alteración del reparto de cargas económicas entre los Estados miembros afectados–. [25]

63. En estas circunstancias, no parece apropiado aplicar por analogía la norma establecida en el artículo 76, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 a la disposición sobre la que versa el litigio que nos ocupa, esto es, al artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72. [26]

64. Por último, el enfoque según el cual, en circunstancias como las presentes, no procede suspender el derecho a las prestaciones en el Estado miembro de residencia, es coherente con los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales que sostienen que una norma concebida para evitar la acumulación de derechos a prestaciones familiares –como es el caso del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72– no debe aplicarse de forma que prive a las personas afectadas, sin causa justificada, del derecho a las prestaciones que les confiere la legislación de un Estado miembro. [27]

65. De las anteriores consideraciones resulta que procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional que el artículo 76 del Reglamento nº 1408/71 y el artículo 10 del Reglamento nº 574/72 deben interpretarse en el sentido de que el derecho a prestaciones familiares por hijos reconocidas por la normativa del Estado miembro en el que un progenitor reside con los hijos de que se trate no debe suspenderse en una situación, como la planteada ante el órgano jurisdiccional remitente, en la que el ex cónyuge –el otro progenitor de esos hijos– tendría derecho a percibir, con arreglo al artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, las prestaciones familiares establecidas por la normativa del Estado de empleo, si bien no las percibe de hecho por no haberlas solicitado.

24 — Véase la sentencia Kracht, citada en la nota 8, apartados 12 a 14.

25 — Véase la sentencia Kracht, citada en la nota 8, apartados 12 y 13.

26 — Esta es también la razón por la cual no estoy convencido de que el artículo 75, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, el cual se refiere a una situación en la que la persona que no tiene efectivamente a su cargo los miembros de la familia en cuestión «no destina» las prestaciones familiares al mantenimiento de tales miembros de la familia, pueda aplicarse por analogía cuando concurran circunstancias como las analizadas en el presente asunto, en el cual las prestaciones familiares en cuestión no han sido solicitadas y, en consecuencia, no se han percibido.

27 — Véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de febrero de 1981, Beeck (104/80, Rec. p. 503), apartado 12.

V. Conclusión

66. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesfinanzhof:

«El artículo 76 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 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y 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 nº 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 647/2005, deben interpretarse en el sentido de que el derecho a prestaciones familiares por hijos reconocidas por la normativa del Estado miembro en el que un progenitor reside con los hijos de que se trate no debe suspenderse en una situación, como la planteada ante el órgano jurisdiccional remitente, en la que el ex cónyuge –el otro progenitor de esos hijos– tendría derecho a percibir, con arreglo al artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, las prestaciones familiares establecidas por la normativa del Estado de empleo, si bien no las percibe de hecho por no haberlas solicitado.»