

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 6 de junio de 1996 *

1. Las cuestiones que ha planteado el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen se refieren al ámbito de aplicación personal del Reglamento n° 1408/71¹ (en lo sucesivo, «Reglamento»). En concreto, el órgano jurisdiccional *a quo* desea que se dilucide cuál de las distintas alternativas del artículo 1 del Reglamento es la determinante en la definición de «trabajador por cuenta ajena» a los fines de la concesión de prestaciones familiares por los hijos que residen en el extranjero, con arreglo al artículo 73 del Reglamento, por parte de los organismos alemanes competentes.

2. Recordemos los hechos del asunto C-4/95. El Sr. Stöber, un nacional alemán, trabajó de 1965 a 1969 en Irlanda y, a continuación, regresó a Alemania. Desde ese momento hasta 1977 desempeñó una actividad por cuenta ajena y estaba afiliado obligatoriamente al régimen legal del Seguro alemán obligatorio de Enfermedad y Vejez. A partir del 1 de febrero de 1977 desempeñó un trabajo por cuenta propia y cotizó *voluntariamente* al Seguro obligatorio de Vejez de los empleados y a un seguro sustitutorio del Seguro obligatorio de enfermedad.

3. En noviembre de 1988 el Sr. Stöber solicitó a las autoridades alemanas competentes que, al calcular la prestación familiar correspondiente a los dos hijos habidos en su segundo matrimonio, que residen en Alemania, tuvieran en cuenta la hija habida de su primer matrimonio, que reside en Irlanda en el domicilio materno, alegando que la hija permanece durante sus vacaciones en la vivienda del padre y que también está empadronada en Alemania.

4. Mediante decisiones de 22 de diciembre de 1988 y de 13 de febrero de 1989 la administración desestimó la solicitud. Las prestaciones solicitadas por el Sr. Stöber fueron denegadas, conforme a la ley nacional, porque su hija no estaba domiciliada ni tenía su residencia habitual en territorio alemán. Sin embargo, el Sozialgericht Dortmund, ante el que había recurrido el demandante, anuló la decisión administrativa y, basándose en las disposiciones pertinentes de la normativa comunitaria, le reconoció el derecho a percibir también prestaciones familiares por la hija que residía en Irlanda. La administración interpuso un recurso de apelación contra esta decisión en el que afirmaba que estas disposiciones no podían aplicarse al presente asunto puesto que el Sr. Stöber no podía ser considerado «trabajador por cuenta propia» en el sentido de las definiciones del artículo 1 del Reglamento.

* Lengua original: italiano.

1 — Reglamento (CEE) n° 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, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (versión consolidada, DO C 1992, 325, p. 1).

5. Las circunstancias del asunto C-5/95 son análogas. El Sr. Piosa Pereira, de nacionalidad española, también desempeñó en Alema-

nia, hasta el 9 de septiembre de 1988, un trabajo por cuenta ajena y, por ello, estuvo sometido a los regímenes obligatorios del Seguro de Enfermedad y de Vejez hasta el 9 de septiembre de 1988. Desde el 1 de abril de 1989 ejerce una actividad por cuenta propia y cotiza también *voluntariamente* a una caja autónoma reconocida por el riesgo de enfermedad.

6. El 31 de octubre de 1989 el Sr. Piosa Pereira solicitó el pago de asignaciones familiares por sus tres hijos que residen en España con su madre, de la que está separado de hecho, y no perciben ninguna prestación familiar de la institución competente española, y por su hija natural, que reside en Alemania. Considerando que el Sr. Piosa Pereira no está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento, la administración no estimó la solicitud relativa a los tres hijos que residen en España y, por el contrario, le reconoció, conforme al Derecho nacional, un derecho a la asignación familiar por su hija natural, que reside en Alemania. El Sozialgericht Dortmund estimó el recurso interpuesto por el Sr. Piosa Pereira al entender que las disposiciones del Reglamento eran aplicables al presente asunto. La parte demandada interpuso un recurso de apelación contra esta sentencia, que se basa en los mismos motivos que las expuestos en el asunto anterior.

7. El órgano jurisdiccional *a quo*, al que se habían sometido los asuntos en segunda instancia, niega que se pueda reconocer a los demandantes el derecho a asignaciones familiares en virtud del Derecho alemán puesto que, según la normativa pertinente de este país, «los hijos que no tengan ni su domicilio

ni su residencia habitual en Alemania no se tienen en cuenta en el sentido de la Bundeskindergeldgesetz (Ley alemana federal de asignaciones por hijos a cargo; en lo sucesivo, "BKGG")». ² Por tener dudas, habida cuenta de lo dispuesto en la normativa comunitaria, sobre la posibilidad de reconocer este derecho en virtud del artículo 73 del Reglamento, resolvió suspender el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia, a propósito de cada uno de los asuntos que se le habían sometido, cuestiones relativas al ámbito de aplicación personal del régimen previsto por el Reglamento en materia de asignaciones familiares.

8. Estas cuestiones están formuladas en los siguientes términos:

Asunto C-4/95

«A los efectos de abono de la asignación por hijos a cargo en la República Federal de Alemania, ¿debe interpretarse el concepto de "trabajador por cuenta propia" del artículo 73 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 en el sentido de que se refiere a cualquier persona que desempeñe en ese país una actividad por cuenta propia y, por ello, cumpla los requisitos de la definición de "trabajador por cuenta propia" del inciso iv) de la letra a) del artículo 1, aunque no cumpla los de la definición resultante del primer término de la alternativa del segundo guión del inciso ii) en relación con la letra b) del punto C del número I del Anexo I?»

2 — El apartado 5 del artículo 2 de la Bundeskindergeldgesetz de 25 de junio de 1969 (publicada en el BGBl. I, p. 168), establece que «los hijos que no tienen ni su domicilio ni su residencia habitual en Alemania no pueden tenerse en cuenta para el cálculo de la asignaciones por hijos a cargo». Traducción libre.

Asunto C-5/95

«A los efectos de abono de la asignaciones por hijos a cargo en la República Federal de Alemania, ¿debe interpretarse el concepto de “trabajador por cuenta propia” del artículo 73 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 en el sentido de que se refiere a cualquier persona que desempeñe en ese país una actividad por cuenta propia y, por ello, cumpla los requisitos de la definición de “trabajador por cuenta propia” de los incisos i) y iv) de la letra a) del artículo 1, aunque no cumpla los de la definición resultante del primer término de la alternativa del segundo guión del inciso ii), en relación con la letra b) del punto C del número I del Anexo I?»

Las disposiciones pertinentes

9. Una vez reproducidas las cuestiones planteadas queda por señalar, antes de examinarlas, las disposiciones del Reglamento aplicables a los fines de su análisis:

Letra a) del artículo 1 del Reglamento:

«Para los fines de aplicación del Reglamento, las expresiones “trabajador por cuenta ajena” y “trabajador por cuenta propia” designan respectivamente a toda persona:

nuado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de seguridad social que se aplique a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia;

- ii) que esté asegurada con carácter obligatorio contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento en el marco de un régimen de seguridad social que sea de aplicación a todos los residentes o al conjunto de la población activa:

— cuando las formas de gestión o de financiación de este régimen permitan identificarla como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, o

— cuando, a falta de tales criterios, esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo continuado contra alguna otra contingencia especificada en el Anexo I, en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia o de un régimen mencionado en el inciso iii) o, a falta de un régimen semejante en el Estado miembro afectado, cuando responda a la definición dada en el Anexo I;

- i) que esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo conti-

[...]

- iv) que esté asegurada con carácter voluntario contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento, en el marco de un régimen de seguridad social de un Estado miembro aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, o de todos los residentes, o de ciertas categorías de residentes:
- b) “trabajador por cuenta propia”, aquella persona que ejerza una actividad por cuenta propia y que esté obligada a

- si ejerce una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, o
 - asegurarse o cotizar para el riesgo de vejez en un régimen de trabajadores por cuenta propia, o [a]
- si anteriormente ha estado asegurada con carácter obligatorio contra la misma contingencia en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia del mismo Estado miembro;
 - asegurarse en el marco del seguro obligatorio de vejez.»

[...]

El artículo 73 del mismo Reglamento dispone lo siguiente:

Punto C del número I del Anexo I:

«Cuando la institución competente para la concesión de las prestaciones familiares de conformidad con el capítulo 7 del título III del Reglamento sea una institución alemana, se considerará en el sentido del inciso ii) de la letra a) del artículo 1 del Reglamento:

«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.»

[...]

Sobre el fondo

10. Las cuestiones planteadas resultan del hecho de que, para dirimir el litigio, el órgano jurisdiccional nacional se enfrenta a definiciones distintas del concepto de trabajador por cuenta propia: las contenidas en los incisos i) y iv) de la letra a) del artículo 1 del Reglamento y otra, específicamente enunciada en el Anexo, respecto a la concesión de asignaciones familiares por parte de las instituciones competentes alemanas, en el sentido del artículo 73.

11. El órgano jurisdiccional nacional propone dos aplicaciones posibles de las disposiciones que definen el concepto de trabajador por cuenta propia a los fines de la aplicación del Reglamento a los asuntos de que se trata.

12. La primera puede sintetizarse de esta forma: los regímenes de seguro *facultativos* a los que se habían afiliado el Sr. Stöber y el Sr. Piosa Pereira desde que comenzaron a ejercer una actividad por cuenta propia, cubren el riesgo de enfermedad. Por consiguiente, estos regímenes están incluidos bien en la categoría de «seguro [...] facultativo continuado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de seguridad social que se aplique a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia» contemplado en el inciso i) de la letra a) del artículo 1, o bien, en el caso del Sr. Piosa, del contemplado en el segundo guión del inciso iv) del mismo artículo puesto que, según el órgano jurisdiccional *a quo*, anteriormente ya había estado cubierto por un seguro obligatorio contra la misma contingencia (enfermedad) que la que actualmente

está cubierta con carácter facultativo «en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena».

Las partes demandantes, continúa el órgano jurisdiccional nacional, deberían estar incluidas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento en calidad de trabajadores por cuenta propia puesto que han abonado cotizaciones *con carácter facultativo* a estos regímenes, de manera que habría que considerar que las disposiciones mencionadas en materia de asignaciones por hijos les son aplicables. En sus observaciones el Reino de España se está fundamentalmente de acuerdo con esta solución.

13. La segunda propuesta —que, como indica el órgano jurisdiccional nacional, es precisamente la que sigue la doctrina y la jurisprudencia alemanas— se remite a las disposiciones del Anexo en relación con el pago de asignaciones familiares por las autoridades de este país. El régimen alemán de Seguridad Social en materia de prestaciones familiares es análogo al previsto por el inciso ii) de la letra a) del artículo 1; se trata, en efecto, de un régimen de Seguridad Social aplicable a todos los residentes. Este régimen, añade el órgano jurisdiccional nacional, no permite hacer distinciones entre trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena como exige el primer guión del inciso ii); los Sres. Stöber y Piosa Pereira tampoco cumplen los requisitos impuestos por la primera parte de la alternativa del segundo guión del inciso ii): en realidad no están asegurados contra ninguna de las contingencias previstas en el Anexo I en el marco de un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta propia. Al no cumplirse estos requisitos, hay que remitirse a los requisitos exigi-

dos en la definición que figura en el citado Anexo: el régimen instaurado por el conjunto de las definiciones constituye un régimen especial que tiene primacía respecto al régimen general contenido en la letra a) del artículo 1 del Reglamento.

14. Una vez dicho esto el órgano jurisdiccional nacional no deja de indicar las consecuencias que se derivarían de la aplicación de esta última definición al asunto controvertido. Los demandantes en los asuntos principales no están *obligados* a «afiliarse al seguro o a cotizar por el riesgo de vejez en un régimen de trabajadores por cuenta propia» ni a «afiliarse en el marco de un Seguro obligatorio de pensiones», sino que abonan sus cotizaciones de Seguridad Social *con carácter facultativo*. Por tanto, no están incluidos en el concepto de trabajador por cuenta propia tal y como está contemplado en el Anexo y, por ende, están excluidos del ámbito de aplicación del régimen comunitario y sólo tienen derecho a asignaciones familiares en los límites permitidos por la normativa alemana que le es aplicable.

Esta solución es, precisamente, la que prefiere el Gobierno alemán en sus observaciones.

15. Comenzaré el examen del fondo del asunto recordando los orígenes de la normativa comunitaria controvertida. Aplicable en un primer momento únicamente a los trabajadores por cuenta ajena, el régimen previsto

por el Reglamento se extendió, en dos etapas sucesivas, a los trabajadores por cuenta propia.

16. Considerando «que la libre circulación de las personas [...] no se limita únicamente a los trabajadores por cuenta ajena, sino que también se refiere a los trabajadores por cuenta propia en el marco del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios [...]», el legislador extendió a estos últimos el régimen previsto por el Reglamento a favor de los trabajadores por cuenta ajena adoptado el Reglamento (CEE) n° 1390/81.³ En esta ocasión y aunque movido claramente por una lógica «expansiva», el legislador estableció una excepción bien concreta, precisamente en el ámbito de prestaciones familiares. En efecto, el régimen excluía que lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento pudiera aplicarse a los trabajadores por cuenta propia y afirmaba, de esta forma, el carácter no exportable de las prestaciones familiares por lo que se refiere a estos últimos.

17. Con objeto asimismo de llenar esa laguna se adoptó el Reglamento (CEE) n° 3427/89,⁴ que modificó el tenor del artículo 73 extendiendo también a los trabajadores por cuenta propia la posibilidad de invo-

3 — Reglamento del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se extiende a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) n° 1408/71 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 (DO L 143, p. 1; considerandos segundo y sexto).

4 — Reglamento (CEE) n° 3427/89 del Consejo, de 30 de octubre de 1989, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) n° 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 (DO L 331, p. 1; frase segunda del quinto considerando).

car el derecho previsto en esta disposición.⁵ Esencialmente, la «ficción territorial» prevista por esta disposición, en virtud de la cual los hijos que residan en el extranjero deben ser considerados como si residieran en el Estado miembro también ha sido extendida a los trabajadores por cuenta propia.

18. La finalidad del Reglamento consiste en coordinar las legislaciones aplicables en los distintos Estados miembros «cada uno de los cuales determina las condiciones de afiliación a los distintos regímenes de Seguridad». ⁶ A tal fin los Estados miembros no disponen de una facultad discrecional absoluta sino que tienen que legislar en los límites de lo previsto por el Derecho comunitario. Así, éste lleva a cabo una coordinación pero no armoniza directamente las distintas normativas nacionales.⁷

19. En la estructura del Reglamento, la definición del concepto de trabajador constituye la «puerta de acceso» a los derechos previstos por la normativa comunitaria.⁸ A tal fin, el criterio determinante para aplicar el Reglamento es la afiliación a un régimen de Segu-

ridad Social. La letra a) del artículo 1 identifica los distintos tipos de regímenes: únicamente los trabajadores afiliados a uno o a otro pueden acogerse a las disposiciones del Reglamento y ser titulares de los derechos que éste prevé.

20. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, para alcanzar los objetivos de la normativa la definición de trabajador debe interpretarse el sentido amplio.⁹ Este modelo de interpretación se basa en el espíritu del Reglamento n° 1408/71 y en los objetivos del Tratado y debe aplicarse tanto a un trabajador por cuenta ajena como a un trabajador por cuenta propia.¹⁰ En efecto, definiciones restrictivas minarían cualquier intento de coordinar los sistemas entre sí y los trabajadores se verían privados de una protección adecuada. Su facultad de ejercer el derecho de libre circulación, objetivo último de la normativa, se vería limitada injustamente.¹¹

21. Admito también que el concepto de trabajador por cuenta propia debe entenderse, en principio, según el criterio de interpretación extensiva que acabo de recordar. Considero, no obstante, que la *ratio* y el tenor de

5 — De estos tortuosos orígenes se puede deducir un primer indicio interpretativo. En efecto, muestra que el legislador llegó a extender a los trabajadores por cuenta propia los derechos reconocidos a los trabajadores por cuenta ajena — y, por lo que nos interesa, el derecho a las prestaciones familiares — progresivamente. Considero que esta circunstancia nos obliga a interpretar las disposiciones mediante las que se llevó a cabo esta extensión siendo conscientes de que el legislador hizo un uso muy preciso de su libertad al definir voluntariamente límites eventuales al ejercicio de este derecho.

6 — Sentencia de 12 de julio de 1979, Brunori (266/78, Rec. p. 2705). Respecto al requisito de que estas condiciones no sean discriminatorias, véase la sentencia de 24 de abril de 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445).

7 — Véase la sentencia de 17 de mayo de 1984, Brusse (101/83, Rec. p. 2223), apartado 28.

8 — En un sentido análogo, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Reischl en el asunto en el que recayó la sentencia de 19 de enero de 1978, Recq (84/77, Rec. p. 19).

9 — Constituye éste un principio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que aparece por primera vez en la sentencia de 19 de marzo de 1964, Unger (75/63, Rec. p. 347) y que indica que el concepto de «trabajador» debe tener un contenido comunitario, al igual que lo tiene el concepto de trabajador en el sentido de los artículos 48 a 51 del Tratado, y abarcar a todos aquellos que, como tales e independientemente de la denominación de reciban, se encuentren cubiertos por los distintos regímenes nacionales de Seguridad Social.

10 — Sentencia de 23 de octubre de 1986, Van Roosmalen (300/84, Rec. p. 3097), apartados 20 y ss.

11 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras en el asunto en el que recayó la sentencia de 29 de septiembre de 1976, Brack (17/76, Rec. pp. 1455 y ss., especialmente p. 1463) en las que éste indicaba que, habida cuenta del propio objetivo del artículo 51, no era posible entender «de manera estricta» los conceptos de trabajador por cuenta ajena y de trabajador por cuenta propia.

la normativa comunitaria que debe ser tenida en cuenta impiden a los demandantes en los procedimientos principales reivindicar los derechos controvertidos en su calidad de trabajadores por cuenta propia incluidos en la categoría de trabajador a que se refieren las disposiciones generales del Reglamento. A esta conclusión llego tras efectuar las siguientes consideraciones.

22. En el asunto que se ha planteado al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial se trata de trabajadores que solicitan la concesión de prestaciones familiares por parte de las instituciones alemanas competentes. Como indica el órgano jurisdiccional *a quo*, el régimen de estas prestaciones en el ordenamiento jurídico alemán se aplica a todos los residentes en Alemania. Por consiguiente, es uno de los regímenes a que se refiere el inciso ii) de la letra a) del artículo 1.¹² Entiendo que, para cerciorarse de la condición de trabajador, el intérprete debe basarse en las definiciones contenidas en él.

23. En esta fase deben analizarse las características de este régimen, como han sido precisadas por el órgano jurisdiccional *a quo*. Ante todo, es aplicable a todos los residentes. Las normas administrativas aplicables no permiten efectuar ninguna distinción entre trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena. Además, los trabajadores por cuenta propia o ajena no están asegurados obligatoria o voluntariamente a los

finés de concesión de las prestaciones familiares. Por tanto, no les son aplicables las definiciones contenidas en el inciso ii) de la letra a) del artículo 1 así como tampoco la contenida en el primer guión de la alternativa ni la que figura en el segundo guión del primer término de la alternativa.

24. Puesto que estas disposiciones no son aplicables, debe recurrirse a la definición residual contenida en el segundo término de la alternativa del segundo guión. Esta disposición se remite al Anexo, al definir el concepto de trabajador por cuenta propia a los fines de concesión de las prestaciones familiares por las autoridades administrativas alemanas por referencia a la afiliación a un régimen *obligatorio* de Seguro.¹³

25. Esta forma de ver el asunto es la que mejor se corresponde con la *ratio* del Reglamento. Como ya los precisaba el Abogado General Sr. Gand, «el ámbito de aplicación del Reglamento está determinado por un criterio de Seguridad Social y no de Derecho laboral, lo que refleja la autonomía que ha adquirido paulatinamente el primero de estos Derechos en relación con el segundo».¹⁴

12 — Otras ramas de estas características son los Seguros Generales del Reino Unido, de Irlanda y de Dinamarca, las pensiones de vejez, viudedad y orfandad del los Países Bajos, los costes relacionados con la Salud en Italia y en los Países Bajos y las prestaciones familiares de Luxemburgo, Francia y Grecia.

13 — Conviene precisar que se trata de una definición netamente distinta, desde el punto de vista de sus objetivos, de la contenida en el Anexo V del Reglamento respecto a Gran Bretaña, que fue analizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Brack, antes citada. En efecto, esta disposición tenía por objeto garantizar una «aplicación amplia» de las definiciones contenidas en el inciso ii) de la letra a) del artículo 1. En el caso de una normativa como la del Reino Unido, en virtud de la cual también estaban obligados a «cotizar» como trabajadores por cuenta ajena algunos grupos de personas que no tenían esta condición desde el punto de vista del Derecho laboral, la disposición del Anexo —conforme a la cual se considerarán trabajadores a todas las personas obligadas a cotizar en calidad de trabajadores por cuenta ajena— refleja un objetivo claro de aplicación extensiva (puntos 10 a 12).

14 — Conclusiones presentadas el 10 de diciembre de 1968 en el asunto en el que recayó la sentencia de 19 de diciembre de 1968, Di Cicco (19/68, Rec. pp. 689 y ss., especialmente p. 702).

Ahora bien, si se aplica este criterio, la definición del trabajador por cuenta propia al objeto de percepción de las prestaciones familiares no pueden, en mi opinión, hacer abstracción de las definiciones contenidas en el Anexo. Estas disposiciones, y no otras, son las que permiten a los trabajadores acceder a los derechos del régimen comunitario en relación con esta prestación.

26. Soy consciente de que mi criterio es discutible. El problema del carácter «alternativo» de las definiciones contenidas en el artículo 1 del Reglamento ya se ha planteado expresamente al Tribunal de Justicia, al menos una vez, sin que, no obstante, haya sido abordado y resuelto. Me refiero al asunto *Warmerdam-Steggerda*.¹⁵ Durante el procedimiento de este asunto la institución neerlandesa competente y la Comisión mantuvieron la tesis del carácter alternativo de las definiciones. Más concretamente, la Comisión argumentó en este sentido —precisamente a la luz de los dispuesto en la parte C del Anexo I del Reglamento n° 1408/71, modificado por el Reglamento n° 1390/81— que lo decisivo, para cada riesgo, es determinar si el interesado es un trabajador en el sentido del Reglamento o

no.¹⁶ La Comisión alegó además, en apoyo de su tesis, lo que había declarado el Tribunal de Justicia en el asunto *Brack*, en la que adoptó una definición basada en el factor del riesgo.¹⁷

27. Como ya he señalado, el Tribunal de Justicia no ha abordado el problema que planteamos y, por tanto, la cuestión sigue estando abierta. No pretendo agotar su análisis en estas conclusiones. Desearía únicamente poner de manifiesto los motivos por los que considero que, en el presente asunto, las disposiciones que definen la pertenencia a este tipo determinado de régimen de Seguridad Social y, por tanto, el derecho a las prestaciones que establece, deben vincularse necesariamente a las que definen el concepto de trabajador. Lo importante para el asunto que nos interesa es que el legislador ha optado por una definición específica de trabajador por cuenta propia, precisamente en el supuesto de que sean las instituciones alemanas las que concedan la prestación familiar. Tanto la excepción prevista por las autoridades alemanas como el contenido de la definición del Anexo exigen, en este sentido, un orden doble de reflexiones.

15 — Sentencia de 12 de mayo de 1989 (388/87, Rec. p. 1203). Este asunto se refería al derecho de la Sra. *Warmerdam*, de nacionalidad neerlandesa, a percibir las prestaciones de desempleo de la institución competente de ese país. Tras haber obtenido en un primer momento una prestación de desempleo en los Países Bajos, la demandante encontró trabajo en Escocia. En el régimen británico estaba asegurada, previo pago de cotizaciones, únicamente contra los accidentes de trabajo. De regreso a su país de origen la Sra. *Warmerdam* solicitó su inscripción en calidad de desempleada. La autoridad administrativa neerlandesa le denegó la inscripción debido a que, durante su relación laboral en el territorio del Reino Unido, no había estado asegurada contra el riesgo de desempleo y, por tanto, no podría ser considerada trabajadora por cuenta ajena en el sentido del Reglamento n° 1408/71 a los fines de concesión de esta prestación. El problema no fue abordado en la sentencia (la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional, que se refería precisamente a las relaciones entre las distintas definiciones, perdió su objeto a consecuencia de la respuesta proporcionada a la segunda cuestión).

16 — Véase la postura de la Comisión en el informe para la vista del asunto *Warmerdam-Steggerda*, antes citado, Título II, punto 4.

17 — Sentencia *Brack*, citada en la nota 13. En ese asunto se trataba de determinar si un contable británico, afiliado a la Seguridad Social como trabajador por cuenta propia tras haber cotizado anteriormente como trabajador por cuenta ajena, podía ser considerado trabajador en el sentido del Reglamento n° 1408/71 para la aplicación del apartado 1 del artículo 22, que contiene disposiciones relativas al reembolso de los gastos relativos a prestaciones sanitarias administradas en otro Estado miembro. En esa ocasión el Tribunal de Justicia dedujo la condición de trabajador del interesado exclusivamente de su afiliación al Seguro contra el riesgo, esto es, la enfermedad, al que se refería el litigio. La Comisión dedujo de esta sentencia que era necesario interpretar el Reglamento de forma selectiva, dependiendo de los riesgos específicos.

28. Ante todo, el hecho de que la definición especial —en el supuesto de que las autoridades competentes para conceder la prestación sean alemanas— haya sido prevista exclusivamente en relación con el inciso ii) de la letra a) del artículo 1 demuestra que, en la lógica del Reglamento, esta disposición, y no otra, es la que regula el derecho a la prestación familiar del trabajador cuando el régimen nacional se caracteriza, como sucede en el presente asunto, por la inexistencia de criterios de distinción entre las distintas categorías de trabajadores. Las disposiciones del Reglamento en relación con las del Anexo sirven para precisar, en mi opinión, que existe un nexo causal muy preciso entre el tipo de prestaciones de Seguridad Social solicitadas por el trabajador (en el presente asunto, las prestaciones familiares) y los requisitos que este trabajador debe cumplir para que se le reconozca el derecho a la prestación. La disposición explícita del último punto del preámbulo del Reglamento n° 1390/81, antes citado, también aboga en favor de esta tesis. En efecto, en él se afirma que, en el Anexo I, el legislador comunitario consideró «necesario precisar [...] lo que debe entenderse por “trabajador por cuenta ajena” y por “trabajador por cuenta propia” en el sentido del Reglamento (CEE) n° 1408/71 cuando el interesado está sometido a un régimen de Seguridad Social aplicable a todos los residentes».

29. Un segundo orden de consideraciones confirman este resultado, cuando se analizan los criterios adoptados para definir en el Anexo el concepto de trabajador por cuenta propia. A este respecto conviene señalar que «la persona [...] obligada a asegurarse o cotizar para el riesgo de vejez en un régimen de trabajadores por cuenta propia» (definición contenida en el Anexo) debe ser considerada asimilable a la «persona [...] asegurada en virtud de un seguro obligatorio [...] contra una

o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de seguridad social que se aplique a los trabajadores [...] por cuenta propia» [definición contenida en el inciso i) de la letra a) del artículo 1].

30. Como ha señalado acertadamente el Gobierno alemán, esta asimilación significa que, con lo previsto en el Anexo, el legislador comunitario quiso fijar, de forma exclusiva y completa, la definición de trabajador por cuenta propia a los fines de la obtención de prestaciones familiares de parte de las autoridades administrativas alemanas. De ser así no comprendo cómo se puede compartir la tesis mantenida por el Reino de España y que, inspirándose en el objetivo del Reglamento, considera que se puede admitir una lectura acumulativa de las disposiciones.

31. Efectivamente, la coherencia del texto legal debe respetarse. No se puede legítimamente considerar que el legislador ha querido definir el ámbito de aplicación personal del Reglamento refiriéndose en las prestaciones familiares concedidas por las autoridades alemanas competentes de manera específica impidiendo, aunque sea por otra vía, el acceso a este derecho. Y eso no es todo. Una interpretación diferente del Reglamento daría por resultado desconocer la facultad autónoma, reconocida a los ordenamientos jurídicos nacionales, de regular «los requisitos de afiliación a los regímenes nacionales».

32. La conclusión a la que acabo de llegar no se ve menoscabada por lo que declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Kits van

Heijningen, que menciona el órgano jurisdiccional nacional.¹⁸ No creo que esta opinión pueda aplicarse al presente asunto. Aunque se prescindiera de las enormes diferencias existentes entre el asunto examinado en aquella ocasión y el que nos ocupa hoy considero que, cuando el Tribunal de Justicia precisó que la expresión «trabajador por cuenta ajena» en el sentido del Reglamento debía incluir a toda persona asegurada en el marco de uno de los regímenes de Seguridad Social mencionados en la letra a) del artículo 1, no se pronunció sobre el problema que nos ocupa. En efecto, el Tribunal de Justicia se limitó a definir el ámbito de aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento pero no quiso resolver los problemas planteados por las definiciones contenidas en la letra a) del artículo 1 con objeto de precisar a quién debe considerarse trabajador por cuenta ajena en el sentido de esta última disposición.

Si se quisiera trasladar al presente asunto la significación última de la posición del Tribunal de Justicia sería, en mi opinión, que el Sr. Piosa Pereira y el Sr. Stöber están incluidos en la definición de trabajador por cuenta

propia en el sentido del Reglamento únicamente por lo que se refiere a las prestaciones para las que se han asegurado con carácter facultativo; por el contrario, no pueden ser considerados como tales debido a la «ley especial» contenida en el Anexo, a los fines de concesión de prestaciones familiares.¹⁹

33. Añadiré algunas observaciones sobre dos aspectos accesorios del presente asunto. La primera es que las disposiciones contenidas en el Anexo definen, a los fines de percepción de las prestaciones familiares, tanto el concepto de trabajador por cuenta ajena como el de trabajador por cuenta propia. Las citadas definiciones tienen en común referirse a la afiliación a un régimen de Seguro obligatorio (el relativo al desempleo para los trabajadores por cuenta ajena y el de vejez y el seguro obligatorio para los trabajadores por cuenta propia). Considero, al igual, por otra parte, que la Comisión y que el Gobierno alemán, que no hay trato discriminatorio de los trabajadores por cuenta propia. Efectivamente, el nacimiento del derecho a las prestaciones está vinculado, en los dos grupos, al pago de cotizaciones contributivas. En los dos casos la condición es que el derecho a exportar las prestaciones familiares sólo se reconoce cuando el trabajador forma parte de la comunidad solidaria del régimen alemán de Seguridad Social.

18 — Sentencia de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, Rec. p. I-1755).

En ese asunto (y, en particular, en la primera de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional) debía determinarse si un nacional neerlandés, que residía en Bélgica y ejercía una actividad profesional a tiempo parcial (enseñanza bimensual en un Instituto de Eindhoven) debía ser considerado como trabajador por cuenta ajena en el sentido del Reglamento n° 1408/71 y obtener las asignaciones por hijos que siguen estudios. La solución de la cuestión se encontró en la afiliación del demandante a un régimen de seguro obligatorio que producía el efecto de privar de pertinencia, a los fines de determinación del ámbito de aplicación del Reglamento, a la comprobación de la existencia y de la efectividad de la actividad profesional del demandante. Por tanto, el Tribunal de Justicia precisó sobre esa base, en el apartado 9 de la sentencia, que toda persona que esté asegurada en el marco de uno de los regímenes de Seguridad Social mencionados en la letra a) del artículo 1, contra las contingencias y con los requisitos indicados en dicha disposición debía ser considerado trabajador por cuenta propia en el sentido del Reglamento. Por otra parte, no puede afirmarse que esta postura del Tribunal de Justicia se base en un supuesto en el que no se discutía el «paralelismo» entre el régimen de Seguro al que estaba afiliado el demandante (regulado por la normativa neerlandesa sobre asignaciones por hijos) y la prestación (asignación por hijos, precisamente) que solicitaba.

19 — El mismo orden de ideas me induce a considerar sin pertinencia la lectura implícita, que efectúa una modificación de la versión alemana del Reglamento, que, según el órgano jurisdiccional nacional, constituye el origen de la opinión concordante de la jurisprudencia y de la doctrina alemana respecto a la relación entre las distintas definiciones contenidas en la letra a) del artículo 1. Habida cuenta de los argumentos que acabo de desarrollar considero, en efecto, que la interpretación efectuada por la doctrina y por la jurisprudencia alemanas es la más adecuada porque proporciona una lectura útil de las definiciones contenidas en el Anexo y, de manera más general, del lugar sistemático que ocupan en el Reglamento.

34. La solución que preferimos en la interpretación también queda confirmada desde otro punto de vista por la ley nacional de que se trata. El Código Social alemán (Libro Sexto) prevé expresamente la posibilidad de que el trabajador por cuenta propia se afilie *con carácter facultativo* al régimen *obligatorio*.²⁰ Como reconoce el Gobierno alemán en sus observaciones, el ejercicio de esta facultad habría dado lugar al reingreso de los Sres. Stöber y Piosa Pereira en el ámbito de aplicación personal de las disposiciones del Reglamento y, por consiguiente, a volverles a reconocer también el derecho concedido en el artículo 73 a los hijos que no residan en Alemania. Considero que esta posibilidad —de la que ninguno de los demandantes hizo uso en los plazos, por lo demás, suficientes, en los que podrían haberlo hecho— contribuye objetivamente a eliminar las distorsiones que el régimen nacional alemán podría presentar respecto a los trabajadores por cuenta propia en relación con los trabajadores por cuenta ajena.

35. De los distintos elementos examinados ya podemos extraer una primera conclusión: ni el tenor de la normativa ni su finalidad permiten considerar a los demandantes en los procedimientos principales «trabajadores por cuenta propia» en el sentido del Reglamento

para la atribución de prestaciones familiares por parte de las instituciones alemanas competentes con arreglo al artículo 73. Llegado a tal conclusión, tropiezo, sin embargo, con un problema inevitable: en aplicación de la normativa alemana, a los Sres. Stöber y Piosa Pereira se les reconoce el derecho a prestaciones familiares para sus hijos residentes en Alemania pero no para los que residen en otros Estados miembros. Hay que preguntarse si esta diferencia de trato es, no obstante, ilícita desde el punto de vista del Derecho comunitario.

36. Según la Bundeskindergeldgesetz, legislación alemana en la materia, el derecho a las prestaciones familiares no es supeditado al pago de cotizaciones contributivas sino que resulta automáticamente, del *estatuto* de residente y de padre *independientemente del estatuto profesional de trabajador*. Como precisa el propio Gobierno alemán en sus observaciones, «el derecho a las prestaciones familiares no depende de la existencia de un seguro obligatorio o facultativo» en el ordenamiento jurídico alemán.

37. El hecho es que la legislación alemana reconoce el derecho a las prestaciones familiares únicamente a los hijos que residan en Alemania. El derecho a las prestaciones se basa pura y simplemente en el criterio de residencia. ¿Disuade esta circunstancia al trabajador del ejercicio del derecho a la libre circulación?

20 — La legislación vigente en el momento en que ocurrieron los hechos del procedimiento principal y aplicable en el ordenamiento jurídico alemán hasta 1992 era el punto 11 del apartado 1 del artículo 2 de la Angestelltenversicherungsgesetz y el punto 9 del apartado 1 del artículo 1227 de la Reichsversicherungsordnung. La legislación vigente actualmente es el apartado 2 del artículo 4 del Sozialgesetzbuch, Sechstes Buch. La disposición presenta el siguiente tenor literal: «Están afiliados, a petición propia, al seguro obligatorio las personas que no sólo ejercen a título provisional una actividad por cuenta propia cuando solicitan que se les aplique el seguro obligatorio dentro de los cinco años siguientes a la asunción de una actividad por cuenta propia o a la extensión de su afiliación al seguro obligatorio por razón de esta actividad» (traducción libre). Conviene señalar, a los fines del presente asunto, que la diferencia entre las dos normativas radica en el hecho de que el plazo previsto para la afiliación voluntaria de los trabajadores por cuenta propia al seguro obligatorio era, antes de la modificación efectuada por la citada disposición, de dos años y no de cinco.

38. En su jurisprudencia el Tribunal de Justicia ha reconocido que aunque, a falta de normas comunitarias específicas, corresponda al Estado miembro adoptar el régimen aplicable a los trabajadores sometidos a la legislación, la ley nacional no puede contener, por otra parte, obstáculos aunque sean indirectos, al ejercicio de la libre circulación de las personas.²¹ Ello implica que los trabajadores que quieran hacer uso de esta libertad trasladando su actividad a otro Estado miembro o ampliándola a éste, no deben verse obstaculizados.²²

39. Basándose en estas indicaciones legislativas el Tribunal de Justicia ha reconocido la incompatibilidad con los principios fundamentales del Derecho comunitario de normativas nacionales que producen el efecto de imponer a los trabajadores migrantes cargas fiscales que se añaden a las que ya han soportado en sus Estados de origen respectivos para percibir las mismas prestaciones de Seguridad Social. En los asuntos *Stanton* y *Wolf*, además del asunto *Kemmler*, los problemas planteados al Tribunal de Justicia se referían a trabajadores por cuenta propia y a hechos anteriores a la entrada en vigor del Reglamento nº 1390/81.²³ Como hemos visto, este último extendió a los trabajadores del citado grupo las disposiciones del Reglamento nº 1408/71. En estos asuntos, a falta de disposiciones específicas de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia afirmó la ilegalidad fundamental de la doble carga fiscal, remitiéndose directamente a las disposiciones aplicables del Tratado. Por tanto, debería aplicarse la misma solución interpretativa al presente asunto. Como hemos visto, este asunto tampoco puede estar incluido en

el ámbito de aplicación de la legislación comunitaria específica.

40. Una vez demostrada la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado al presente asunto es preciso determinar en qué términos se presenta el examen de éste. Conviene analizar dos aspectos. En primer lugar, debe comprobarse la compatibilidad de la normativa de que se trata con el principio de no discriminación enunciado en el artículo 6 del Tratado. En el presente asunto, esta disposición debe ponerse en relación con la contenida en el artículo 52 del Tratado, que se refiere a la libertad de establecimiento. Puesto que los interesados ejercen una actividad profesional por cuenta propia, es útil remitirse a este artículo para dirimir la controversia.²⁴ En segundo lugar, conviene no perder de vista que la libre circulación también se instituyó como un derecho de los ciudadanos de la Unión en el artículo 8 A, introducido en el ordenamiento jurídico comunitario por el Tratado de Maastricht. No obstante, puesto que es una disposición adoptada con posterioridad a los hechos del procedimiento principal, podemos mencionarla únicamente con carácter incidental para determinar los límites trazados al criterio de la residencia debido a este importante desarrollo del derecho a la libre circulación en el territorio de la Unión.

41. Esta cuestión —en los términos en la que la planteo y examino— no ha sido directamente planteada por el órgano jurisdiccional nacional. No obstante, la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia me anima a

21 — Sentencia de 28 de noviembre de 1978, *Choquet* (16/78, Rec. p. 2293).

22 — Sentencia de 12 de julio de 1984, *Klopp* (107/83, Rec. p. 2971), apartado 19.

23 — Sentencias de 7 de julio de 1988, *Stanton* (143/87, Rec. p. 3877); *Wolf* (asuntos acumulados 154/87 y 155/87, Rec. p. 3897), y de 15 de febrero de 1996, *Kemmler* (C-53/95, Rec. p. I-703), apartado 9.

24 — Sentencia *Kemmler*, antes citada, apartado 8.

abordarla hoy. Ya me he referido a las sentencias en las que el Tribunal de Justicia declaró que, si bien no le corresponde pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario,²⁵ es competente, sin embargo, para proporcionar al órgano jurisdiccional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido.²⁶

42. Algunos comentarios bastan para indicar al órgano jurisdiccional *a quo* los elementos de interpretación del Derecho comunitario que guardan relación, en el presente asunto, con la apreciación de las disposiciones alemanas.

43. En primer lugar recordaré lo dispuesto en el artículo 52 del Tratado. El párrafo segundo de este artículo dispone que «la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio [...] en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales». Es jurisprudencia reiterada que esta disposición comunitaria es directamente aplicable y que los Estados miembros están obligados a observarla.²⁷ Debe ser analizada en el contexto más amplio de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas, cuya finalidad consiste en facilitar a los ciudadanos comunitarios el ejercicio de una

actividad profesional de la naturaleza que sea en todo el territorio de la Comunidad.²⁸ Por tanto, como ha reconocido el Tribunal de Justicia, es forzoso seguir, desde este punto de vista, una interpretación que reconozca el amplio significado de la disposición controvertida. En efecto, la libertad de establecimiento «no sólo se refiere al acceso a las actividades por cuenta ajena, *sino también a su ejercicio entendido en sentido amplio*».²⁹

44. Ante todo conviene señalar que la exigencia de un «vínculo de territorialidad» para la obtención de una prestación familiar, tal y como exige la legislación alemana puede *per se* afectar en mayor medida al trabajador migrante que al del Estado de que se trate.³⁰ Esta conclusión debe mantenerse incluso cuando, como sucede en el presente asunto, la legislación nacional trata al trabajador extranjero, desde un punto de vista formal, de la misma forma que al trabajador nacional. El principio que ha guiado constantemente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto es el de la igualdad de trato «sustancial» entre trabajadores.³¹ En función del criterio así interpretado deben prohibirse «no sólo las discriminaciones

25 — Sentencia de 21 de enero de 1993, *Deutsche Shell* (C-188/91, Rec. p. I-363), apartado 27.

26 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 14 de julio de 1994, *Rustica Semences* (C-438/92, Rec. p. I-3519), y de 9 de julio de 1992, «K» *Line Air Service Europe* (C-131/91, Rec. p. I-4513).

27 — Sentencias *Stanton*, *Wolf* y *Kemmler*, antes citadas.

28 — Véase, en este sentido, el segundo considerando del Reglamento n° 1390/81, antes citado: «La libre circulación de las personas, que constituye uno de los fundamentos de la Comunidad, no se limita únicamente a los trabajadores por cuenta ajena, sino que se refiere también a los trabajadores por cuenta propia en el marco del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios.»

29 — Sentencia de 18 de junio de 1985, *Steinhauser* (197/84, Rec. p. 1819), apartado 16; el subrayado es mío.

30 — Para poner en evidencia esta distinta incidencia resulta útil citar, aunque sean anteriores a los hechos del presente asunto (1984), datos estadísticos relativos a las prestaciones familiares repartidas según el lugar de residencia de los hijos en el territorio de la República Federal de Alemania o en el extranjero. Estos datos muestran que más del 17 % de los hijos de nacionales de otros Estados miembros que residían en Alemania y que tenían derecho a las prestaciones familiares alemanas vivían en el extranjero, mientras que los nacionales alemanes cuyos hijos residían en el extranjero, representaban el 0,03 % de los titulares del derecho. Estas informaciones estadísticas figuran en el informe para la vista relativo a la sentencia de 22 de febrero de 1990, *Bronzino* (C-228/88, Rec. pp. 531 y ss., especialmente p. 536).

31 — Sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu* (152/73, Rec. p. 153), apartado 11.

patentes, basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, dan lugar, de hecho, al mismo resultado». ³² Se trata de una jurisprudencia reiterada cuyos ejemplos más recientes se encuentran en los asuntos Schumacker e Imbernon Martínez. ³³ El Tribunal de Justicia ha reconocido que el problema de la residencia de los miembros de la familia fuera del Estado miembro en el que se ejerce la actividad profesional afecta esencialmente a los trabajadores migrantes, ³⁴ y ello por razones muy evidentes. Como ya señalado el Abogado General Sr. Mancini, el «parámetro "residencia", desempeña distintos papeles dependiendo de la nacionalidad del trabajador. En otros términos, el núcleo familiar de quien trabaja en su país de origen está generalmente unido; la familia del emigrante esa normalmente desmembrada. La residencia de determinados miembros de la familia en países distintos del empleo es, en definitiva, un efecto normal del desplazamiento del trabajador en el territorio de la Comunidad». ³⁵ En situaciones como la de el presente asunto, este estado de cosas implica la imposibilidad del trabajador migrante de percibir las prestaciones familiares y por tanto, en último término, de tener acceso a una actividad profesional en las mismas condiciones sustanciales definidas por la legislación del país de establecimiento respecto a sus nacionales propios. De ello resulta, por tanto, un menoscabo del ejercicio íntegro y libre de su derecho a la libre circulación.

45. Razonando en los términos que acabo de exponer el Tribunal de Justicia incluyó entre

las discriminaciones encubiertas las diferencias en la atribución de prestaciones o en la obtención de derechos basadas en el lugar de residencia de los hijos del trabajador migrante. ³⁶ En consecuencia ha declarado que las disposiciones que las establecían no eran compatibles con el principio de libre circulación de los trabajadores. El Tribunal de Justicia ha adoptado esta posición independientemente de que se trate de discriminaciones establecidas directamente por disposiciones de rango comunitario, como en el asunto Pinna, o de discriminaciones indirectas, como en los asuntos Schumacker e Imbernon Martínez, antes citados, en los que el análisis se refería a una norma nacional que denegaba ventajas fiscales al trabajador migrante porque no cumplía, él o los miembros de su familia, el requisito de residencia en el territorio del Estado miembro.

46. Ahora bien, en mi opinión la legislación alemana, dispensar un trato distinto al trabajador cuyos hijos residen en Alemania en relación con el trabajador cuyos hijos residen en otros Estados miembros implica una discriminación encubierta en el sentido de la jurisprudencia que acabo de recordar: perjudica, por utilizar los términos usados por el Tribunal de Justicia en el asunto Stanton, el ejercicio por parte del ciudadano comunitario, del derecho a la libre circulación. No se puede negar su efecto discriminatorio.

32 — Sentencia de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 23.

33 — Sentencias de 14 de febrero de 1995 (C-279/93, Rec. p. I-225), y de 5 de octubre de 1995 (C-321/93, Rec. p. I-2821). Véase también la sentencia Bronzino, antes citada, apartado 12.

34 — Sentencia de 8 de mayo de 1990, Biehl (C-175/88, Rec. p. I-1779), apartado 14.

35 — Conclusiones relativas al asunto Pinna, citado en la nota 32 (punto 6, letra B).

36 — Sentencia Pinna, antes citada, punto 2 del fallo; sentencia Bronzino, antes citada, y sentencia de 22 de febrero de 1990, Gatto (C-12/89, Rec. p. I-557).

47. Tampoco puede afirmarse que se trate de una discriminación razonable o justificada por otro motivo. La naturaleza funcional de la asignación por hijos, su causa se podría decir, consiste en aportar una ayuda económica al trabajador debido a los gastos que le ocasiona la manutención de sus hijos. En sí, este objetivo no está en absoluto vinculado desde el punto de vista conceptual, al lugar de residencia de los hijos, como sucedería si se tratara de prestaciones de Seguridad Social concedidas en el territorio o que respondieran a otros objetivos, para los cuales este elemento podría tenerse justificadamente en cuenta.³⁷ Pensándolo bien, es precisamente cuando el miembro de la familia ya no reside en el mismo Estado que el trabajador cuando aumentan indudablemente los gastos que éste soporta para la manutención de aquél. Y, sin embargo, es precisamente en este caso cuando la legislación alemana limita injustificadamente las ventajas que concede al núcleo familiar en su conjunto. Por lo demás, el propio tenor del artículo 73 del Reglamento aparecen como una prueba indirecta, aunque significativa, de lo anterior. En él se establece expresamente el derecho del trabajador por cuenta propia migrante a las prestaciones familiares a favor de los hijos que residan en otro Estado miembro. Como ya he precisado, esta disposición no es aplicable al presente asunto pero la recuerdo con objeto de señalar que, según los principios adoptados por el Tratado en materia de libre circulación de personas, el criterio de residencia no justifica la desigualdad de trato entre trabajadores nacionales y trabajadores migrantes. Ahora bien, en virtud de la legislación

alemana, los Sres. Stöber y Piosa Pereira tendrían derecho a estas prestaciones si sus hijos hubieran seguido residiendo en Alemania. Este derecho no ha sido plenamente reconocido únicamente debido a que los miembros de la familia no residían en el Estado de elección, de forma que la desigualdad del régimen adoptado para las prestaciones familiares carece de justificación.

48. Permítaseme, por último, hacer un breve comentario respecto a la situación del Sr. Stöber. No puede oponerse que, debido a su nacionalidad alemana, no está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 52. Aunque las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento no puedan aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro, «no es menos cierto» que, como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal de Justicia, «la referencia en el artículo 52 a los “nacionales de un Estado miembro” desearios de establecerse “en el territorio de otro Estado miembro” no puede interpretarse de forma que excluya el beneficio del Derecho comunitario a los propios nacionales de un Estado miembro determinado, cuando éstos, por el hecho de haber residido habitualmente en el territorio de otro Estado miembro [...] se encuentran, respecto a su Estado de origen, en una situación asimilable a la de todos los demás sujetos que pueden acogerse a los derechos y libertades garantizados por el Tratado».³⁸ Por otra parte, como el Tribunal de Justicia ha reconocido de manera general en la sentencia Scholz, «todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación

37 — En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido una distinción entre las prestaciones familiares, según la incidencia que revista, respecto a su función, el elemento territorial: véase la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Lenoir (313/86, Rec. p. 5391), apartados 11 y 16. En este asunto el Tribunal de Justicia se pronunció de la siguiente forma (apartado 16): «Si la legislación del Estado miembro competente para la pensión o la renta concede prestaciones periódicas en metálico a la familia del beneficiario exclusivamente en función del número y, en su caso, de la edad de los miembros de la familia, la concesión de dichas prestaciones sigue estando justificada cualquiera que sea la residencia del beneficiario y de su familia.»

38 — Sentencias de 7 de febrero de 1979, Knoors (115/78, Rec. p. 399), apartado 24, y de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 15.

de las disposiciones antes mencionadas (en materia de libre circulación de los trabajadores)». ³⁹ Estas consideraciones también rigen en el presente asunto. El trabajador alemán regresó a su país de origen después de haber hecho uso de su derecho a la libre circulación trasladándose a Irlanda para ejercer su actividad profesional. Por consiguiente, forma parte de los trabajadores migrantes y los derechos que el Tratado reconoce como tal no pueden quedar en entredicho por el hecho de que haya regresado a su país de origen. ⁴⁰

49. De las consideraciones efectuadas hasta este momento se deduce que lo dispuesto en los artículos 52 y 6 del Tratado se oponen a una normativa nacional que supedita la concesión de una prestación familiar al mero criterio de residencia en el Estado de que se trate de los miembros de la familia del trabajador o del residente que obtiene la prestación. ⁴¹ Como ya he señalado, tal legislación puede objetivamente afectar en mayor medida al trabajador comunitario que al trabajador nacional y no existe ningún elemento objetivo que la justifique.

50. Por los motivos que acabo de indicar, es preciso averiguar, además, si la normativa nacional es compatible con los artículos 8 a 8 E del Tratado CE (ciudadanía de la Unión), aunque, por razón del tiempo, no se apliquen al presente asunto. Como ya había señalado el Abogado General Sr. Léger en sus recientes conclusiones relativas al asunto Boukhalfa, estas disposiciones, respecto de las cuales el Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión de pronunciarse, constituyen uno de los progresos de mayor importancia en la construcción europea. ⁴² Producen el efecto y tienen como finalidad última la de establecer una asimilación creciente entre los ciudadanos de la Unión con independencia de su nacionalidad.

51. Entre estas disposiciones presente relevancia para el presente asunto la del artículo 8 A, que afirma el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Opino que el criterio adoptado por la normativa alemana contradice absolutamente este derecho y ello tanto respecto al trabajador como en relación con el miembro de su familia al que se niega indebidamente la posibilidad de ejercer plenamente el derecho que le corresponde en calidad de ciudadano de la Unión, en el sentido del artículo 8 A. Efectivamente, el ejercicio de tal derecho, afirmado con la fuerza de un derecho de nacionalidad, produce la consecuencia directa de perjudicar económicamente al núcleo familiar al que pertenece el interesado, al que se priva de la asignación por hijos.

39 — Sentencia de 23 de febrero de 1994 (C-419/92, Rec. p. I-505), apartado 9.

40 — En este sentido, véanse también, en último lugar, las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Léger el 15 de febrero de 1996 en el asunto en el que recayó la sentencia de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089), en las que las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación y, en particular, las contenidas en el artículo 52, se reconocen aplicables a un nacional neerlandés que había trasladado su residencia a Bélgica por motivos profesionales pero seguía manteniendo un vínculo laboral simultáneo — que era la causa del litigio a propósito del cual Tribunal de Justicia debía interpretar el Derecho comunitario — con su país de origen (véase el punto 36 de las conclusiones).

41 — Sentencias Bronzino y Gatto, antes citadas.

42 — Conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 30 de abril de 1996, Baukhalfa (C-214/94, Rec. p. I-2253), punto 63.

52. Obviamente, los comentarios efectuados anteriormente no se refieren a la cuestión relativa a las formas de liquidación eventual, por parte de la institución competente del Estado en que resida el miembro de la familia, de una prestación de finalidad equivalente a la de la asignación por hijos. Efectivamente, en este supuesto, para evitar una acumulación injustificada de prestaciones de la misma naturaleza, que sería contraria a los princi-

pios que subyacen al artículo 51 del Tratado, la prestación deberá reducirse proporcionalmente o, en su caso, suprimirse. Corresponde al órgano jurisdiccional *a quo* verificar la existencia de tales presupuestos y a las instituciones nacionales competentes, que, en virtud del artículo 5 del Tratado, deben cooperar lealmente entre ellas, regular las consecuencias.⁴³

53. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia la siguiente respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen:

«Las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 52 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que supedita la concesión de prestaciones familiares a un trabajador por cuenta propia residente al requisito de que los miembros de su familia residan efectivamente en el territorio del Estado miembro competente.»

43 — Sentencia de 11 de junio de 1991, Athanasopoulos y otros (C-251/89, Rec. p. I-2797), apartado 57.