



La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 relativa al concepto de “miembros de la familia” y su relación con la libre circulación de trabajadores (asunto C-802/18)

THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF APRIL 2, 2020 CONCERNING THE CONCEPT OF “FAMILY MEMBERS” AND ITS RELATION TO THE FREE MOVEMENT OF WORKERS (CASE C-802/18)

Carmen Jover Ramírez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

maricarmen.jover@uca.es  0000-0001-7096-4487

Recibido: 01.06.2020 | Aceptado: 26.03.2020

RESUMEN

Se plantea ante el TJUE una petición de decisión prejudicial referida a la interpretación del artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en relación a precepto de la legislación nacional luxemburguesa y del derecho de libre circulación reconocido en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en conexión este último con el artículo 7.2 del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión y con el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. ¿Vulnera el derecho a la libre circulación de trabajadores el precepto del Código de Seguridad Social luxemburgués que solo otorga al trabajador transfronterizo un subsidio familiar, vinculado al ejercicio de su actividad por cuenta ajena en ese Estado, por el hijo con el que le une un vínculo filial, denegándolo por el hijo de su cónyuge integrado en la unidad familiar y respecto del que asume su manutención, siendo que todos los menores residentes en Luxemburgo sí tienen derecho a percibir dicho subsidio, sea cuál sea la filiación que le una al trabajador? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) concluye declarando la obligación de todo Estado miembro de respetar el Derecho de la Unión y, en concreto, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores, cuya aplicación al caso determina que a las mismas se oponga una disposición nacional como la referida.

PALABRAS CLAVE

Libre circulación de trabajadores
Trabajador transfronterizo
Procedimiento prejudicial
Subsidio familiar
Miembro de familia

ABSTRACT

A request for a preliminary ruling regarding the interpretation of article 1 letter i) of Regulation 883/2004 (EC) of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, in relation to the provisions of Luxembourg national legislation and the right of free movement, recognized in article 45, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), in connection with the article 7.2 of Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union Text with EEA relevance, regarding the free movement of workers within the Union and with article 2.2 of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. Does the right to free movement of workers violate the precept of the Luxembourg Social Security Code that only grants the frontier worker a family benefit, linked to the exercise of his activity as an employee in that State, by the son with whom he is connected by filial bond, denying it by the son of his wife integrated in the family unit and with respect to the one who assumes this support, being that all the minors resident in Luxembourg do have the right to receive benefit? The Court of Justice of the European Union (CJEU) concludes by declaring the obligation of every Member State to respect Union law and, in particular, the provisions regarding the free movement of workers, which are opposed to a national provision such as the one referred to above.

KEYWORDS

Freedom of movements of workers
Frontier worker
Preliminary ruling
Family benefits
Members of the family

SUMARIO

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL
 - 2.1. Marco jurídico
 - 2.1.1. Derecho luxemburgués
 - 2.1.2. Derecho de la Unión Europea
 - 2.2. Cuestiones prejudiciales
 - 2.2.1. El “subsidio familiar” y su consideración como “ventaja social”
 - 2.2.2. El artículo 1 letra i) del reglamento (ce) 883/2004 *versus* artículo 2.2 De la directiva 2004/38/ce
 - 2.2.3. La posible discriminación indirecta de la definición de “miembro de familia” del código de seguridad social luxemburgués
3. CONCLUSIONES

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El asunto que origina el pronunciamiento de la Sala Sexta del TJUE mediante sentencia de 2 de abril de 2020, Asunto C-802/18, tiene en su origen, como litigio principal, la suspensión, por parte de la entidad luxemburguesa *Caisse pour l'avenir des enfants* (Caja para el futuro de los niños, en adelante CAE), del subsidio familiar que trabajador transfronterizo, residente en Francia y prestando sus servicios en Luxemburgo, venía percibiendo por uno de sus tres hijos, respecto del cual no tiene la condición de padre biológico pero que era aportado al matrimonio por su esposa, quien era

titular de la patria potestad exclusiva sobre el menor. Se alega como fundamento de dicha suspensión, la ausencia de filiación entre el trabajador y dicho menor. La suspensión afecta única y exclusivamente al subsidio relativo a dicho miembro de la familia pues el trabajador sí percibe dicho subsidio por sus otros dos hijos, estos sí propios e integrados igualmente en dicha unidad familiar y respecto de los que asume idénticas obligaciones que respecto del hijo de su esposa. Tras la resolución de la entidad que comunica al trabajador que el mismo deja de tener derecho a dicho subsidio familiar, el interesado interpone recurso ante el *Conseil arbitral de la sécurité social* (Consejo Arbitral de la Seguridad Social de Luxemburgo), el cuál estimó la petición del trabajador, admitiendo la procedencia de la continuidad del pago de dicho subsidio. Frente a dicha sentencia del Consejo arbitral, la CAE interpone recurso de apelación ante el *Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale* (Consejo Superior de la Seguridad Social de Luxemburgo). En estas circunstancias, dicho Consejo Superior decide suspender el procedimiento, planteando ante el TJUE diferentes cuestiones prejudiciales tendentes a aclarar la jerarquía e interpretación de las disposiciones normativas comunitarias y nacionales aplicables, en aras de poder resolver la cuestión litigiosa planteada, es decir, la procedencia o no en la continuidad del percibo de dicho subsidio familiar.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Marco jurídico

2.1.1. Derecho luxemburgués

El cambio originado en la percepción del subsidio por parte del trabajador transfronterizo y que determinó el cese en el percibo de aquél, tiene su origen en la modificación producida en el Código de Seguridad Social de Luxemburgo por Ley de 23 de julio de 2016, concretamente en los artículos 269 y 270 de dicho texto normativo.

Reconocido en el artículo 269 de dicho Código el derecho a un subsidio para el futuro de los niños ("subsidio familiar"), se determina quiénes darán derecho al mismo, reconociéndose tanto a favor de cada menor que resida de manera efectiva y continuada en Luxemburgo y que tenga su domicilio legal en este país (delimitación que no comprende el supuesto que nos atañe) como de, y he aquí el sustento de la controversia, los miembros de la familia, tal y cómo se definen en el artículo 270 de dicho Código, de toda persona sujeta a la legislación luxemburguesa e incluida en el ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos y que prevea el pago de subsidios familiares con arreglo a la legislación del país de empleo; exigiéndose que los miembros de la familia deban residir en un país comprendido en el ámbito de aplicación de dichos Reglamentos. Hasta aquí, el trabajador protagonista parece reunir los condicionantes exigidos para tener derecho a la percepción del subsidio familiar en cuestión. Sin embargo, como puede colegirse de lo expuesto, es el artículo 270 de dicho Código de Seguridad Social el que delimitará quiénes serán miembros de la familia a los efectos

señalados en el artículo anterior y que, por tanto, podrán determinar el percibo del mismo. A tales efectos, el artículo 270 dispone que tendrán dicha consideración y, por tanto, darán derecho a percibir dicho subsidio “los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y los hijos adoptivos de esa persona”, requisitos que exigen pues un vínculo filial entre el trabajador y el hijo de su esposa, vínculo que, al no concurrir, determinó el cese en el percibo del subsidio en cuestión.

2.1.2. *Derecho de la Unión Europea*

El Derecho de la Unión en el que el TJUE sustenta su pronunciamiento se engloba en dos grandes cuestiones: el derecho de libre circulación de trabajadores y sus familias y la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Entre las disposiciones relativas a la primera de las materias señaladas, el artículo 45 TFUE. Precepto en el que se reconoce el derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión (apartado 1), suponiendo ello la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. En conexión directa con el mismo, el artículo 7.1 y 2 del Reglamento (UE) n° 492/2011, de 5 de abril en virtud de los cuales “en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo; beneficiándose de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Asimismo, el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, que, tras identificar en su artículo 1, como objeto de la misma, las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, incluye, entre otros, dentro de estos últimos, a los descendientes directos del ciudadano de la Unión, menores de 21 años así como a los de su cónyuge.

Entre las disposiciones concernientes a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, el artículo 1, letra i) y el artículo 67 del Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril. En virtud del primero, se entiende por “miembro de familia”, toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones. El segundo de los preceptos, el artículo 67, respecto de las prestaciones familiares y, concretamente respecto de los miembros de familia residentes en otro Estado miembro, señala que “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente”.

Debe señalarse que el Derecho de la Unión resulta ya alegado por las distintas instituciones internas francesas ante las que el interesado recurre, sirviendo las disposiciones integrantes de aquél para pronunciarse sobre el derecho al subsidio familiar en cuestión. Disposiciones que, como veremos, van más allá de las estrictamente referidas a la coordinación de sistemas de Seguridad Social, las cuales podría pensarse son en un primer momento las llamadas a solventar la cuestión planteada.

La primera instancia que decide suspender la percepción del subsidio en litigio, la CAE, fundamenta su decisión en los artículos del Código de Seguridad Social luxemburgués indicados así como en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Dicho precepto comunitario referido, como se ha indicado, a las prestaciones familiares y, concretamente, a los miembros de la familia residentes en otro Estado miembro, llevan al CAE a entender que, al amparo de la nueva consideración de la familia por el Código de Seguridad Social, el menor no tiene dicha consideración respecto del trabajador y por tanto, queda suspendida la percepción de dicho subsidio.

Sin embargo, el Consejo Arbitral ante el que el interesado recurrió la decisión del CAE estimó el derecho al subsidio, al entender que, dicho subsidio como prestación familiar que es, constituye una “ventaja social”, en el sentido previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, en el que se señala, en relación con el apartado 1 del mismo precepto que, el trabajador nacional de un Estado miembro, en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, beneficiándose de las mismas ventajas sociales y fiscales que dichos trabajadores nacionales. A tal efecto, entiende el Consejo arbitral que se instaure una diferencia de trato entre el trabajador nacional que se hace cargo de menor hijo de su cónyuge y residente en Luxemburgo (al que sí se le reconocería el derecho al subsidio) y el trabajador transfronterizo no residente en Luxemburgo sino en su Estado miembro de origen. Considerando, igualmente, que lo previsto en el artículo 1, letra i) del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, respecto de la remisión del concepto de “miembro de familia” a la legislación “en virtud de la cual se sirvan las prestaciones”, es incompatible con lo indicado en el artículo 7.2 referenciado.

La sentencia emitida en sentido favorable por el Consejo arbitral, en base a las argumentaciones señaladas, fue recurrida en apelación por el CAE ante el Consejo Superior de Seguridad Social, el cual decidió a la vista de lo señalado y de la alegación del interesado sobre la vulneración del principio de igualdad de trato, suspender el procedimiento y plantear tres cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

2.2. Cuestiones prejudiciales

2.2.1. El “subsidio familiar” y su consideración como “ventaja social”

La primera cuestión prejudicial analizada por el Tribunal es la consideración o no del subsidio familiar en litigio como “ventaja social”, a los efectos de establecer su conexión con el derecho a la libre circulación de trabajadores consagrado en el TFUE.

El Tribunal parte en su disquisición del artículo 45 TFUE, el cual establece en su apartado 1 que “quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión”, disponiendo en su apartado 2 que dicha libre circulación “supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, concretándose dicho precepto, según indica el propio Tribunal, en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, al reconocer al trabajador de un Estado miembro el derecho a beneficiarse de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. A tal efecto, entiende el Tribunal que esta igualdad de trato propugnada por este último precepto lo es respecto de cualesquiera ventajas de dicha índole que tuvieran reconocidos los trabajadores nacionales, bien por su condición objetiva de trabajador o por el hecho de residir en dicho territorio nacional, sin que estén o no pues directamente vinculadas al contrato de trabajo. En esta materia recuerda el Tribunal varios asuntos en los que se ha reconocido la aplicabilidad de dicho precepto a los trabajadores transfronterizos. Se citan así las sentencias de 15 de diciembre de 2016 (Sala Segunda), C-401/15 - *Depesme y Kerrou* y de 18 de diciembre de 2019 (Sala tercera), C-447/18 - *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*. Jurisprudencia en virtud de la que se corrobora la aplicabilidad del artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, al litigante, trabajador que prestando sus servicios en Luxemburgo reside en Francia.

Ahora bien, se hace necesario determinar la inclusión del subsidio familiar controvertido en el concepto de “ventaja social” reflejado. Debe indicarse que la concesión de dicho subsidio vinculado a la condición de trabajador transfronterizo del interesado y, por tanto, al desempeño de su actividad como trabajador por cuenta ajena en un Estado miembro así como la jurisprudencia citada, conforme a la que no procede una interpretación restrictiva del precepto “ventaja social”, llevan al Tribunal a admitir la consideración del subsidio familiar como “ventaja social”, a los efectos previstos.

2.2.2. El artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004 versus artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE

La segunda cuestión prejudicial hace necesario que el TJUE se pronuncie sobre la correlación entre el concepto de “miembro de familia” del artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el del artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004

relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, concretado en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011.

El artículo 2.2 de la citada Directiva considera, en su apartado c) como “miembro de la familia”, a “los descendientes directos menores de 21 años o a su cargo y los del cónyuge”. Definición esta que determinaría, en el caso en litigio, la inclusión del menor hijo del cónyuge del trabajador transfronterizo. Frente a dicha definición, el artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004, remite a tales efectos a la persona definida o admitida como miembro de familia o designada como miembro del hogar por la “legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones”, en el caso que nos afecta, la legislación luxemburguesa que, por ende, excluye como miembro de la familia al menor hijo del cónyuge del trabajador transfronterizo.

A efectos de conocer si procedería o no la aplicabilidad de lo señalado en el Reglamento (CE) 883/2004, se hace necesario, a juicio del Tribunal, identificar si el “subsido familiar” en litigio está comprendido dentro del ámbito de aplicación material de dicho Reglamento. Para ello, debe identificarse primero, si estamos en presencia de una prestación de Seguridad Social y, segundo, si como tal prestación estamos en presencia de una prestación a favor de familiares. Cuestiones ambas a las que el TJUE responde afirmativamente en base a la jurisprudencia del propio tribunal, ya sentada en la materia. Respecto de la primera cuestión, la consideración de una prestación como prestación de Seguridad Social incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento, el TJUE recuerda cómo se han de delimitar los elementos necesarios para la consideración de una prestación como prestación de Seguridad Social, indicando cómo para ello es esencial conocer los elementos constitutivos de la prestación, sus fines y requisitos de concesión, independientemente de que la legislación nacional la califique o no como prestación de Seguridad Social. A tal efecto, es tomada de referencia por el Tribunal la sentencia de 18 de diciembre de 2019 (Sala tercera), C-447/18 - *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*.

Respecto de la segunda cuestión, la consideración de una prestación como prestación familiar a los efectos señalados en el artículo 3.1 z) de este Reglamento -prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el anexo I-, el TJUE sustenta su respuesta en aquella jurisprudencia que ha interpretado la expresión indicada, “hacer frente a los gastos familiares”, como una contribución pública al presupuesto familiar, destinada a aligerar las cargas derivadas de la manutención de los hijos” (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 21 de junio de 2017, C-449/16 - Martínez Silva).

En base a las argumentaciones señaladas, el TJUE afirma la consideración del “subsido familiar” en litigio como prestación de Seguridad Social y, específicamente, como prestación familiar comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 883/2004. Reglamento en cuyo ámbito personal de aplicación se encuentra el litigante-trabajador transfronterizo como nacional que es de uno de los Estados miembros y que está sujeto a la legislación de uno de tales Estados.

Resultando pues de aplicación tanto el Reglamento (CE) 883/2004 como el Reglamento (UE) 492/2011, compete al Tribunal pronunciarse respecto de la aplicabilidad de los mismos, estimando que no puede “excluirse la aplicación combinada” de ellos. A tal efecto, de nuevo la cuestión se solventa sobre la jurisprudencia del propio Tribunal, el cual ha admitido que el alcance general de la libre circulación de trabajadores permite su aplicabilidad a las llamadas “ventajas sociales”, las cuales quedan incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004¹.

2.2.3. *La posible discriminación indirecta de la definición de “miembro de familia” del Código de Seguridad Social luxemburgués*

Reconocida por el Tribunal la aplicabilidad de ambos Reglamentos, se recuerda aquella jurisprudencia en virtud de la cual se ha entendido que el principio de igualdad de trato reconocido al trabajador por el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, es igualmente aplicable, como beneficiarios indirectos, a los miembros de su familia, recordando asimismo como este Tribunal ha considerado hijo de trabajador transfronterizo, a los efectos de ser beneficiario de una “ventaja social”, no solo al hijo propio de dicho trabajador sino también al hijo del cónyuge, cuando es dicho trabajador fronterizo el que prevé de manutención a aquél. Dicho lo cual no cabe sino afirmar, señala el Tribunal, que el concepto de “miembro de familia” del trabajador transfronterizo a tener en cuenta es el previsto en el artículo 2.2. de la Directiva 2004/38/CE, precepto que, a los efectos que aquí nos interesan, comprende al hijo del cónyuge del trabajador.

Expuesto lo anterior, se hace necesario dilucidar si la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad respecto de las ventajas sociales, consagrada en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, se opone a aquellas disposiciones de los Estados miembros (en este caso las disposiciones citadas del Código de Seguridad Social luxemburgués) que impiden a un trabajador transfronterizo percibir un subsidio familiar por el hijo de su cónyuge y respecto del que, por tanto, no tiene vínculo de filiación. La respuesta a dicha cuestión reclama del Tribunal la apreciación o no de concurrencia de una discriminación indirecta, ya que, tal y como se señala, el principio de igualdad de trato del artículo 45 TFUE y del artículo 7 del Reglamento 492/2011 prohíbe no solo las discriminaciones directas sino también las discriminaciones indirectas.

Será pues necesario identificar si la exclusión del menor como causante del subsidio familiar en litigio constituye o no una discriminación indirecta del principio de igualdad de trato, al tener su origen en el lugar de residencia de aquél. El punto de partida

1. Mediante la aplicación *mutatis mutandi* de lo señalado por Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) 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 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, C-85/96 - Martínez Sala/Freistaat Bayern).

es el siguiente: la residencia en territorio luxemburgués es un criterio dirimente para reconocer o no el derecho al percibo de dicho subsidio familiar, independientemente de que sea hijo del propio trabajador o de su cónyuge ya que si el menor reside en el territorio nacional de Luxemburgo percibirá dicho subsidio aunque no sea hijo del trabajador, a diferencia de si su residencia radica fuera de dicho territorio, circunstancia esta última que determina la no percepción del mismo. Lo señalado supone, a juicio del Tribunal, una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. ¿Por qué por razón de la nacionalidad? Por el hecho, matiza el TJUE, de que la mayoría de los no residentes son no nacionales. Esta discriminación indirecta únicamente podría admitirse, señala el Tribunal, si estuviera objetivamente justificada. Por lo que llegado este punto es necesario dirimir si las causas alegadas por el Estado de Luxemburgo responden o no a dicha “justificación objetiva”.

Dos son a este respecto las circunstancias alegadas por Luxemburgo: primero, el objetivo nacional del Estado miembro de consagrar el derecho personal del menor y, segundo, la necesidad de proteger a la Administración del Estado miembro. Justificaciones ambas no admitidas por el TJUE en base a las siguientes argumentaciones. Respecto de la primera cuestión, entiende el Tribunal que, siguiendo lo señalado por la Comisión, si bien la legislación nacional confiere el derecho a dicho subsidio al menor que reside en Luxemburgo, en el caso del trabajador no residente, dicho derecho le es reconocido a este por los miembros de su familia y así le es reconocido por aquellos hijos propios pero no, sin embargo, respecto de los hijos de su cónyuge. Hecho este que lleva al Tribunal a admitir pues que no se confiere ningún derecho personal a los menores hijos de los trabajadores no residentes. En cuanto a la segunda cuestión, la protección de la Administración del Estado, teniendo en cuenta el alto índice de exportabilidad de prestaciones del mismo, entiende el Tribunal que desde el momento en el que dicho subsidio se concede sin tener en cuenta la existencia de un hogar común o la asunción de obligaciones respecto del hijo por parte del trabajador, la propia opción de Luxemburgo por una interpretación amplia de los beneficiarios de dicho subsidio hace que dicha justificación no se entienda “ni apropiada ni necesaria para resolver el supuesto problema de exportación de las prestaciones familiares luxemburguesas”, señalando el Tribunal que, si ese fuese el objetivo perseguido, otras serían las medidas a adoptar tanto para trabajadores residentes como para los transfronterizos.

A la vista de lo expuesto, la respuesta a la tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas es clara. La disposición de un Estado miembro en virtud de la cual los trabajadores no residentes únicamente pueden percibir un subsidio familiar, como el controvertido, por sus propios hijos y no por los de su cónyuge se opone a lo previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011. A este respecto, el TJUE destaca la obligación de que los Estados miembros respeten el Derecho de la Unión y en concreto, las disposiciones concernientes a la libre circulación de trabajadores. Ello lleva a afirmar que, una interpretación conjunta de lo señalado en los artículos 1 i) y 67 del Reglamento (CE) 883/2004, del artículo 7.2 citado y del artículo 2.2 de la Directiva

2004/38/CE, permiten al Tribunal concluir que los mismos se oponen a la disposición nacional cuya aplicabilidad suscita el litigio de origen de esta sentencia.

3. CONCLUSIONES

Tras la lectura y el análisis de la sentencia, no se puede sino quedar sorprendido por el detallado entresijo de preceptos que es realizado por el Tribunal y que le conduce a inclinar la balanza de la justicia hacia la pretensión del litigante en origen, pretensión que ha suscitado el pronunciamiento analizado. Se hace necesario, a nuestro juicio, una labor inversa, cual es la de “destrenzar” los preceptos alegados por el Tribunal a fin de poder conocer cómo dicho entresijo lleva a la resolución de las cuestiones planteadas.

A la vista de lo expuesto, puede resultar clarificador una separación de los preceptos objeto de análisis en dos compartimentos diferentes, en un principio separados pero entre los cuales el Tribunal “entreteje” sus lazos de unión para dirimir la cuestión planteada.

Uno de tales compartimentos recepciona, primero, el artículo 45 TFUE en el que se reconoce el derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión (apartado 1), suponiendo ello la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Segundo, el artículo 7.1 y 2 del Reglamento (UE) N° 492/2011, de 5 de abril en virtud de los cuales “en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo; beneficiándose de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Tercero, el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, que tras identificar en su artículo 1, como objeto de la misma, las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, incluye, entre otros, dentro de estos últimos, a los descendientes directos del ciudadano de la Unión, menores de 21 años así como a los de su cónyuge.

El segundo de los compartimentos queda integrado por el artículo 1, letra i) y por el artículo 67 del Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril. En virtud del primero, se entiende por “miembro de familia”, toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones y, en virtud del segundo de los preceptos, respecto de las prestaciones familiares y, concretamente respecto de los miembros de familia residentes en otro Estado miembro, se señala que “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente,

que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente". Precepto este que, ante su remisión, hemos de conectar con los artículos 269 y 270 del Código de la Seguridad Social luxemburgués; articulado que, tras la reforma llevada a cabo por Ley de 23 de julio de 2016, no incluía como "miembro de familia", al hijo del cónyuge del trabajador, es decir, única y exclusivamente lo son aquellos hijos respecto de los que les une vínculo de filiación, exigencia que no se cumplía, como hemos visto, entre el litigante y el menor causante del subsidio familiar en litigio.

Pues bien, ha de señalarse que la cuestión problemática no radica evidentemente en la residencia del trabajador transfronterizo o del menor, pues ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina como las prestaciones familiares no se pueden denegar alegando cláusulas de residencia previstas en la legislación interna². De hecho, el propio precepto del Código señalado admite el disfrute de dichas prestaciones familiares, residiendo en el territorio de otro Estado miembro. Lo que se trata pues de analizar es la exigencia del vínculo de filiación requerida entre el trabajador transfronterizo y el menor a su cargo hijo de su cónyuge.

¿Cómo entrelaza pues el Tribunal los compartimentos que hemos señalado para llegar al pronunciamiento final?

Primero, reconociendo la condición del subsidio familiar como "ventaja social", al amparo de lo previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) nº 492/2011, de 5 de abril; de ahí pues que ya quede establecido el vínculo del subsidio familiar con la libre circulación de trabajadores, lo que ya ha reconocido la doctrina que permite su exportabilidad aunque no lo sea conforme a la legislación nacional³. Hecho, no obstante, no concurrente en el litigio en cuestión. La limitación a la exportabilidad del subsidio no es tal pues se admitiría siempre que hubiera vínculo de filiación con el trabajador transfronterizo (lo que corrobora el hecho de que los dos hijos propios del trabajador transfronterizo sí generan tal prestación económica).

Segundo, el concepto de "miembro de familia", que, a efectos de esa libre circulación de trabajadores, cómo se ha señalado, es el previsto en la Directiva 2004/38 (CE) que sí incluye el menor hijo del cónyuge.

Tercero, en virtud de los dos preceptos citados, el principio de igualdad de trato resulta aplicable a los miembros de la familia del trabajador transfronterizo, constituyendo una discriminación indirecta de dicho principio de igualdad, el hecho de que el menor residente no unido con vínculo de filiación con el trabajador transfronterizo sí sea causante del subsidio en tanto que el menor en idéntica relación con el trabajador transfronterizo, es decir, no unido a este con vínculo de filiación no sea causante de aquel al residir en otro Estado miembro. Efectivamente, la "residencia" es en este caso el elemento determinante de la no percepción de dicho subsidio familiar, no la

2. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.

3. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de las cláusulas de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 410.

exigencia del vínculo familiar pues sin existir este vínculo pero concurriendo la residencia en Luxemburgo sí se reconoce el mismo. Se trata, pues, tal y como señala el Tribunal de una discriminación indirecta sin justificación objetiva razonable, dado que, mayoritariamente los no residentes son no nacionales. Es en estos últimos, nacionales de otros Estados miembros, en quienes redonda principalmente, perjudicándolos, la distinción basada en la residencia.

No obstante lo señalado, debe destacarse que las disposiciones comunitarias citadas no han resultado suficientes al Tribunal para resolver las cuestiones planteadas sino que dicha resolución ha requerido, en no pocas de las argumentaciones realizadas, el sustento en sus propios pronunciamientos judiciales (entre otras, la consideración de “ventaja social”, de “prestación de Seguridad Social”, de “subsidio familiar”, el “ámbito personal del principio de igualdad de trato” o la “discriminación indirecta”). Ya la doctrina ha puesto de manifiesto, en relación con la Directiva 2004/38/CE, la necesidad de codificar toda la jurisprudencia al respecto en un Reglamento y ello como vía para lograr un “nivel de derechos común y uniforme”, siendo pues necesario para mantener el apoyo a los ciudadanos de la Unión y a sus familias dar un nuevo paso y reforzar el ámbito de los derechos derivados de la libre circulación de aquellos⁴.

Así pues, la cuestión que en un principio parecía tener cabida en el segundo de los compartimentos estancos que señalábamos en un principio, y que hemos derivado hacia la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, tras la labor de conexión realizada por el TJUE entre ambos compartimentos es resuelta al amparo de las disposiciones del primero, es decir, al amparo de la libre circulación de trabajadores y del principio de igualdad de trato. Prevalencia que, podemos pensar, lleva a hacer inaplicable lo señalado en el Reglamento (CE) 883/2004 respecto de la remisión a la legislación nacional para la conceptualización de “miembro de familia”. Solo cuando dicha definición no vulnere el Derecho de la Unión -en nuestro caso, la libre circulación de trabajadores y su familia y el principio de igualdad de trato- podrá la misma resultar de aplicación, en otro caso, se entenderá que la misma resulta contraria a aquél, originando pues su inaplicación.

Bibliografía

- García Coso, E., “Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familiares en España: retrospectiva y retos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El derecho a la libre circulación y la supresión de las cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.

4. En este sentido, García Coso, E., “Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familiares en España: retrospectiva y retos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, p. 310.