INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-251/89 *

I. Hechos y procedimiento

1. *Marco jurídico comunitario*

El artículo 77 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, se refiere a la concesión de prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas.

Las prestaciones previstas en esta norma son, conforme a su apartado 1,

«los subsidios familiares previstos para los titulares de pensiones o de rentas de vejez, de invalidez, de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, así como [...] los incrementos o [...] los suplementos de esas pensiones o rentas, establecidos en favor de los hijos de dichos titulares, con la excepción de los suplementos concedidos en virtud del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales».

La legislación que regula la concesión de las citadas prestaciones se determina conforme al apartado 2 del artículo 77, que, especialmente, señala:

«Las prestaciones serán concedidas según las normas siguientes, cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio residan el titular de pensiones o de rentas, o los hijos:

a) [...]

b) al titular de pensiones o de rentas debidas en virtud de las legislaciones de varios Estados miembros:

i) conforme a la legislación de aquél de dichos Estados en cuyo territorio resida, siempre que tenga en él derecho, en virtud de esa misma legislación, a alguna de las prestaciones a que se refiere el apartado 1, habida cuenta, cuando proceda, de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 79,

o

ii) [...]»

El artículo 78 del Reglamento nº 1408/71 se refiere a la concesión de prestaciones en favor de huérfanos. En su apartado 2 dispone:

«Las prestaciones en favor de los huérfanos serán concedidas según las normas siguien-

* Lengua de procedimiento: alemán.

tes, cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio resida el huérfano o la persona física o jurídica que lo tenga de modo efectivo a su cargo:

a) [...]

b) cuando se trate de un huérfano de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia fallecido que haya estado sujeto a las legislaciones de varios Estados miembros:

i) conforme a la legislación de aquél de dichos Estados en cuyo territorio resida el huérfano, siempre que tenga en él derecho, en virtud de esa misma legislación, a alguna de las prestaciones a que se refiere el apartado 1, habida cuenta, cuando proceda, de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 79,

o

ii) [...]»

El 17 de octubre de 1985, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes adoptó, con arreglo a la letra a) del artículo 81 del Reglamento nº 1408/71, la Decisión nº 129, relativa a la aplicación de los artículos 77 y 78, del apartado 3 del artículo 79 del Reglamento nº 1408/71 y del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972 (DO 1986, C 141, p. 7; en lo sucesivo, «Decisión nº 129»). Refiriéndose especialmente a las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1980, Laterza (733/79, Rec. p. 1915); de 9 de julio de 1980, Gravina (807/79, Rec. p. 2205), y de 24 de noviembre de 1983, D'Amario (320/82, Rec. p. 3811), la Comisión Administrativa indicó que, cuando el importe de las prestaciones mencionadas en los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71, debidas al titular de una pensión o de una renta con arreglo a la legislación del Estado miembro en donde residía, sea superior al importe de las prestaciones concedidas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, al que ha trasladado su residencia, el derecho a las prestaciones debidas en virtud de la legislación del primer Estado miembro se mantendrá siempre que el importe de estas prestaciones sea superior al importe de las prestaciones efectivamente percibido en virtud de la legislación del nuevo país de residencia (apartados 1 y 2 de la Decisión nº 129). De acuerdo con el apartado 5 de la Decisión nº 129, el complemento a las prestaciones que debe abonar la institución competente del primer Estado miembro se determinará

«teniendo en cuenta exclusivamente los menores o huérfanos para los que se había abierto un derecho antes del cambio de residencia [...] o para los que una contingencia da derecho a las prestaciones en virtud de la legislación de un Estado miembro y, con arreglo a las disposiciones comunitarias, en virtud de la legislación de otro Estado miembro».

Por lo demás, la Decisión nº 129 contiene diversos preceptos relativos al procedimiento según el cual las instituciones competentes de los Estados miembros deberán examinar las solicitudes de complemento a las prestaciones.

2. *Marco jurídico nacional*

a) Asignación por hijos a cargo

De acuerdo con el punto 1 del apartado 1 del artículo 1 de la Bundeskindergeldgesetz (Ley relativa a las asignaciones por hijos a cargo; en lo sucesivo, «BKGG»), tiene derecho a la asignación por hijos

«aquel que tenga su domicilio o su lugar de residencia habitual dentro del ámbito de aplicación territorial de la presente Ley».

La primera frase del apartado 5 del artículo 2 de la BKGG señala, no obstante:

«No se tomarán en consideración los hijos que no tengan su domicilio ni su lugar de residencia habitual dentro del ámbito de aplicación territorial de la presente Ley.»

Un idéntico requisito de residencia se aplica para la concesión de los subsidios establecidos en favor de los huérfanos de padre y madre (apartado 2 del artículo 1 de la BKGG).

Por otra parte, en virtud del artículo 8 de la BKGG, las personas que se beneficien de un incremento o un suplemento de pensión por hijos a cargo [véase, más adelante, la letra b)] sólo tendrán derecho a la asignación por hijos a cargo en la medida en que su importe sea superior al del incremento o del suplemento por hijo a cargo.

Los artículos 10 y 11 de la BKGG contienen la normativa relativa al cálculo de la asignación por hijos. En virtud del artículo 10 de la BKGG, el importe de esta asignación aumenta proporcionalmente al número de hijos, pero disminuye progresivamente en función de los ingresos anuales del titular del derecho y de su cónyuge. No obstante, no podrá ser inferior a un mínimo fijado en la Ley.

El concepto de «ingresos anuales» se define en el apartado 1 del artículo 11 de la BKGG, que dispone:

«Se considerará ingresos anuales la suma de los ingresos, en el sentido de los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Einkommensteuergesetz [Ley del Impuesto sobre la Renta], percibidos en el transcurso del año civil definido conforme al apartado 3 o 4 [...]».

Determinados gastos, enumerados en el apartado 2 del artículo 11 de la BKGG, son deducidos del importe de ingresos con el fin de obtener los ingresos anuales. Entre estos gastos se incluyen el impuesto sobre la renta, los gastos de previsión fiscalmente reconocidos y determinados gastos correspondientes a prestaciones alimenticias.

b) Incremento y suplemento por hijos a cargo

En virtud del artículo 1262 de la Reichsversicherungsordnung (Ley en materia de Seguridad Social; en lo sucesivo, «RVO»), las pensiones de invalidez y de jubilación serán incrementadas por cada hijo a cargo. Asimismo, conforme al apartado 1 del ar-

tículo 583 de la RVO, los titulares de una pensión de accidente de trabajo o de enfermedad profesional tendrán derecho a un suplemento por hijo a cargo, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Sólo se concederán estas prestaciones a los titulares de dichas pensiones que tuvieran derecho a éstas con anterioridad al 1 de enero de 1984. Respecto a las personas cuya pensión hubiera comenzado después del 31 de diciembre de 1983, así como respecto a los hijos nacidos con posterioridad a esta fecha, el incremento y el suplemento por hijos a cargo se sustituirán por la asignación por hijos a cargo prevista en la BKGG.

En virtud del apartado 1 del artículo 1316 y del apartado 3 del artículo 1321 de la RVO, el incremento por hijos a cargo sólo se concederá cuando el titular de la pensión resida en el ámbito de aplicación territorial de la RVO (con independencia del lugar de residencia del hijo). Por otra parte, conforme al apartado 1 del artículo 625 de la RVO, el suplemento por hijo a cargo sólo se abonará al titular de una pensión de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que resida fuera del ámbito de aplicación territorial de la RVO, cuando dicho titular tenga la nacionalidad alemana.

3. *El litigio principal y las cuestiones prejudiciales*

El litigio principal está constituido por diez asuntos interpuestos por separado contra el Bundesanstalt für Arbeit (en lo sucesivo, «el demandado en el litigio principal»), que el órgano jurisdiccional nacional acordó acumular. Los demandantes en el litigio principal son nacionales y residen en el territorio de otros Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. Se trata de personas que han realizado una actividad por cuenta ajena en la República Federal de Alemania o que son causahabientes de tales trabajadores.

De la resolución de remisión resulta que varios demandantes en el litigio principal perciben pensiones en virtud de la legislación alemana y en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen. Algunos de los demandantes son titulares de pensiones de accidente de trabajo. Uno de ellos percibió determinadas pensiones de invalidez como consecuencia de un accidente acaecido después de que estableciera su residencia en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania.

Varios de los demandantes en el litigio principal son personas que tienen huérfanos a su cargo. De la resolución de remisión resulta que el padre fallecido de algunos de estos huérfanos estuvo sometido, como trabajador por cuenta ajena, a la legislación de varios Estados miembros, entre ellos, la República Federal de Alemania.

El órgano jurisdiccional nacional señala, asimismo, que algunos demandantes en el litigio principal perciben o, según el demandado en el litigio principal, pueden percibir prestaciones por hijos a cargo en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen.

Los diez demandantes en el litigio principal solicitan que se les concedan las prestaciones por hijos a cargo previstas en la legisla-

ción alemana, o un complemento equivalente a la diferencia entre el importe de estas prestaciones y el importe —menos elevado— de las prestaciones por hijos a cargo previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen. En determinados casos, las prestaciones o el complemento a las prestaciones se solicitan por hijos nacidos después de que el solicitante hubiera abandonado el territorio de la República Federal de Alemania.

El demandado en el litigio principal rechaza estas solicitudes alegando que la asignación por hijos prevista en la BKGG no constituye una prestación en el sentido de los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71. Asimismo, señala que el principio de protección de los derechos adquiridos no implica que deban concederse derechos que no pueden deducirse de la legislación nacional existente. Este principio, pues, no puede justificar la concesión de las prestaciones solicitadas, porque la legislación alemana subordina tal concesión al requisito de residencia, que, en este caso, no se cumple. El demandado en el litigio principal alega asimismo que la Decisión nº 129 no puede conceder derechos que no están previstos ni en el Reglamento nº 1408/71 ni en la legislación nacional de los Estados miembros, y que, en cualquier caso, sus servicios no se encuentran en condiciones de ejecutar dicha Decisión, en particular, por no haberse designado la institución del Estado de residencia encargada de facilitar informaciones oficiales relativas a la situación de los titulares de pensiones o de los huérfanos.

Por considerar que los litigios a él sometidos plantean cuestiones de interpretación del Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional nacional acordó, mediante resolución de 29 de junio de 1989, suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Un Estado miembro que concede una pensión a un trabajador migrante que, anteriormente, ha trabajado y ha estado asegurado en su territorio, o, en su caso, a sus huérfanos, ¿está obligado, conforme a los artículos 77 y 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, a pagar un complemento por importe de la diferencia entre los subsidios familiares debidos en virtud de su legislación y los debidos en virtud de la legislación de otro Estado miembro, en el cual el titular de la pensión y sus hijos o, en su caso, los huérfanos, residen y perciben también una pensión debida en virtud de la legislación de este Estado, cuando la legislación nacional del primer Estado exige como requisito para el derecho a prestaciones familiares —en este caso, asignación por hijos, conforme a la Bundeskindergeldgesetz— que, tanto el titular, como los hijos que puedan ser tomados en consideración, residan en el territorio nacional? El artículo 77 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, teniendo en cuenta, en su caso, la Declaración de la República Federal de Alemania de 9 de junio de 1980 (DO C 139, p. 7), ¿es aplicable al titular de una pensión de accidente de trabajo debida en virtud de la legislación alemana, cuando el titular solicita la asignación por hijos prevista en la legislación alemana?

2) ¿Existe asimismo el derecho a percibir la citada diferencia cuando el derecho a la pensión se haya generado después de que el trabajador trasladase su residencia a su país de origen? En este caso, para determinar la asignación por hijos

que corresponde al titular de la pensión, ¿deben tomarse en consideración únicamente los miembros de su familia respecto a los que ya existía tal derecho antes del cambio de residencia, o bien todos los miembros de la familia del titular de la pensión en el momento de causar el derecho a pensión, incluidos aquellos que nacieron después de dicho cambio de residencia?

3) En el supuesto de que, conforme a los artículos 77 y 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, deba reconocerse el derecho a la asignación por hijos, ¿debe concederse ésta en su totalidad o por un importe reducido en función de los ingresos del solicitante, conforme a las correspondientes disposiciones alemanas sobre reducción de las prestaciones (artículos 10 y 11 de la BKGG)? ¿Cómo debe calcularse, en su caso, la parte que depende de los ingresos? ¿Cómo deben calcularse, en su caso, teniendo en cuenta las exenciones y cualquier otra deducción fiscal, los ingresos netos percibidos en otro Estado miembro por el titular de la pensión, por el huérfano y por los miembros de su familia, y cómo deben imputarse sobre los ingresos tenidos en cuenta a efectos de la asignación por hijo?

4) ¿La Decisión nº 129 de la Comisión Administrativa, de 17 de octubre de 1985, es suficiente en relación con las letras a) y d) del artículo 81 del Reglamento (CEE) nº 1408/71? En particular, ¿corresponde a la Comisión Administrativa adoptar una norma por la que determine cuál es la institución de otro Estado miembro que, entre aquellas que puedan tomarse en consideración, debe facilitar información vinculante?»

4. *Procedimiento ante el Tribunal de Justicia*

La resolución de remisión del Sozialgericht Nürnberg se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 1989.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE presentaron observaciones escritas el Sr. Nikolaos Athanasopoulos y la Sra. Stamatina Defingou, representados por la Sra. Hannelore Runft, asesora jurídica del Centro Griego de Asesoramiento para el Retorno de la Emigración, de Atenas; la Sra. Rosina Falcone, representada por el Sr. Luciano Fazi, secretario para asuntos sociales del Patronato ACLI de Augsburgo; el Sr. Mariano Lorenzo-Bozosa, representado por el Sr. Jesús Prieto Peláez, Jefe de la Oficina Socio-Laboral del Consulado General de España en Munich; los Sres. Rosario Giganti y Agostino Palermo, representados por el Sr. Jürgen Stahlberg, Abogado de Munich; el Gobierno alemán, representado por los Sres. Ernst Röder y Joaquim Karl, en calidad de Agentes; el Gobierno italiano, representado por el Sr. Pier Giorgio Ferri, avvocato dello Stato, en calidad de Agente, y la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. Karen Banks, miembro de su Servicio Jurídico, en calidad de Agente, asistida por el Sr. Bernd Schulte, del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, de Munich.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba.

II. Observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

Sobre la primera cuestión

a) Oponibilidad de las cláusulas de residencia existentes en la legislación alemana

El *Sr. Athanasopoulos* y la *Sra. Defingou*, demandantes en el litigio principal, subrayan que el problema de la oponibilidad de las cláusulas de residencia se plantea no sólo respecto a la concesión de la asignación por hijos prevista en la BKGG, sino, asimismo, respecto a la concesión del incremento por hijos a cargo previsto en el artículo 1262 de la RVO. Señalan que, a pesar de la cláusula de residencia contenida en el apartado 3 del artículo 1321 de la RVO, los organismos aseguradores alemanes conceden, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un complemento a los titulares de pensiones residentes en el extranjero, cuando el importe del incremento por hijos es superior al de las prestaciones por hijos pagadas en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia. Alegan que, en caso de que las cláusulas de residencia existentes en la legislación alemana fueran oponibles a los titulares de pensiones residentes en el extranjero, éstos podrían estar obligados a devolver las prestaciones complementarias pagadas erróneamente.

Por otra parte, el Sr. Athanasopoulos y la Sra. Defingou se preguntan si, tal como pretenden los organismos aseguradores alemanes, el derecho al complemento a las prestaciones por hijos a cargo supone la existencia de un derecho a pensión y, en ese caso, si los requisitos previstos por la legislación alemana para tener derecho a una pensión deben cumplirse en el ámbito interno, sin que los períodos de seguro que, en su caso, se hayan cubierto en otro Estado miembro puedan ser tomados en consideración. Por otra parte, se preguntan si basta con que el derecho a pensión se haya adquirido antes del cambio de residencia o si es necesario que la pensión ya hubiera sido abonada en aquel momento, para que el titular de la pensión pueda tener derecho al citado complemento.

Por último, señalan que, ante el órgano jurisdiccional nacional, el demandado en el litigio principal había sugerido prorratizar las asignaciones por hijos, más que mantener el principio de la competencia del Estado miembro de residencia y, en su caso, del pago de la diferencia entre el importe de las prestaciones. Alegan, no obstante, que tal solución es contraria a lo dispuesto en los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71 y sólo sería posible mediante una modificación de este Reglamento.

La *Sra. Falcone*, demandante en el litigio principal, considera que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional ya fue resuelta por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de julio de 1984, Patteri (242/83, Rec. p. 3171). También en aquel asunto, la legislación nacional sólo preveía el pago de subsidios familiares respecto a los hijos residentes en territorio nacional y la institución competente alegaba que no podía interpretarse el artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 en el sentido de que creara un derecho a prestaciones que no estaba previsto en ninguna legislación nacional. La Sra. Falcone señala que, no obstante, el Tribunal de Justicia indicó que el trabajador podía continuar percibiendo las prestaciones más elevadas previstas en la citada legislación nacional, en caso de que en el Estado miembro de residencia se le atribuyera una

prestación inferior. En opinión de la Sra. Falcone, de ello resulta que el hecho de que el titular de la pensión y el hijo no residan en el Estado miembro cuya legislación prevé prestaciones más elevadas no puede tener como consecuencia privarles del derecho a estas prestaciones.

El *Sr. Lorenzo-Bozosa*, demandante en el litigio principal, recuerda, en primer lugar, que, conforme al apartado 2 del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71, las prestaciones serán concedidas, cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio residan el titular de la pensión o los hijos. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social no pueden aplicarse de manera que impliquen, en perjuicio del trabajador migrante o de sus causahabientes, una disminución de las prestaciones debidas en virtud de la legislación de un Estado miembro completada por el Derecho comunitario. A este respecto, el Sr. Lorenzo-Bozosa subraya que, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1980, Laterza, y de 12 de julio de 1984, Patteri, antes citadas, se reconoció con arreglo al Derecho comunitario el derecho a prestaciones complementarias por los hijos residentes fuera del territorio del Estado miembro deudor, cuya legislación sólo reconocía el derecho a los subsidios familiares por los hijos residentes en el territorio nacional. De ello se deduce que las cláusulas de residencia existentes en la legislación alemana deben declararse inoponibles a los titulares de pensiones y a los huérfanos que residan en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania y que soliciten a las instituciones alemanas el complemento a las prestaciones.

Los *Sres. Giganti* y *Palermo*, demandantes en el litigio principal, alegan, en primer lugar, que sería ilógico subordinar el derecho a la diferencia entre el importe de las prestaciones a la inexistencia de cláusulas de residencia en la legislación del Estado miembro deudor de las prestaciones más elevadas. En efecto, es precisamente el hecho de que el titular de la pensión no resida en el territorio del Estado miembro deudor de las prestaciones más elevadas lo que ha originado el reconocimiento del derecho al citado complemento. Por otra parte, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1980, Laterza, antes citada, resulta que el problema de si el titular de pensiones tiene derecho al complemento a las prestaciones debe examinarse tomando en consideración la Ley del Estado miembro deudor de las prestaciones más elevadas, completada por el Derecho comunitario (teoría de la complementariedad). Ello significa que lo dispuesto en el artículo 2 del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71, según el cual las prestaciones serán concedidas cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio residan el titular de las pensiones o los hijos, se aplica asimismo a la concesión de la diferencia entre el importe de las prestaciones. Esta interpretación está corroborada por las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Ferraioli/Deutsche Bundespost (153/84, Rec. p. 1401), y de 19 de febrero de 1981, Beeck (104/80, Rec. p. 503), en relación con la concesión de un complemento a las prestaciones familiares en favor de los trabajadores y de los trabajadores en paro.

En opinión de los Sres. Giganti y Palermo, al afirmar que el trabajador conserva el derecho a las prestaciones más elevadas causado con anterioridad y adquirido «sólo en virtud de la legislación de otro Estado miembro» (sentencia de 9 de julio de 1980, Gravina, antes citada), el Tribunal de Justicia quiso indicar que, cuando el derecho a prestaciones, o el importe de éstas, dependa de que se hayan cubierto períodos de cotización, de seguro o de empleo, el Estado miembro que concede las prestaciones más elevadas sólo debe tomar en consideración los períodos cubiertos bajo su propia legislación. La referencia a «sólo» en virtud de la legislación nacional no puede, pues, tener

por objeto permitir que las cláusulas de residencia existentes en esta legislación sean oponibles a los titulares de pensiones residentes en el extranjero.

Los Sres. Giganti y Palermo consideran, por consiguiente, que la diferencia entre el importe de las prestaciones debe concederse por parte del Estado miembro deudor de las prestaciones más elevadas, cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio residan el titular de las pensiones o los hijos.

El *Gobierno alemán* señala que las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1980, Laterza, y de 12 de julio de 1984, Patteri, antes citadas, consagran el principio de protección de los derechos adquiridos, en virtud del cual los derechos nacidos de la aplicación de una legislación nacional no pueden perderse cuando su titular ejerce su derecho a la libre circulación. Una cláusula de residencia existente en la legislación nacional es, por consiguiente, nula y sin efecto, en la medida en que sanciona el cambio de residencia de un Estado miembro a otro mediante la supresión de un derecho nacido antes de dicho traslado.

El Gobierno alemán subraya además que, en la medida en que la primera frase del apartado 2 del artículo 77 considera irrelevante para la adquisición del derecho a prestaciones familiares el lugar de residencia, los derechos adquiridos en un Estado miembro deben mantenerse en caso de cambio de residencia a otro Estado miembro, incluso cuando, por aplicación del Derecho del primer Estado miembro, ello no fuera así. A este respecto, el Derecho comunitario completa los requisitos exigidos por la legislación nacional (véase la sentencia de 12 de junio de 1980, Laterza, antes citada).

Por consiguiente, el Gobierno alemán considera que la cláusula de residencia existente en la BKGG carece de incidencia sobre la concesión del complemento a las prestaciones cuando, antes de abandonar la República Federal de Alemania, el solicitante percibía una pensión alemana, o cuando percibía simultáneamente una pensión alemana y una pensión debida en virtud de la legislación de otro Estado miembro. Esta solución es asimismo aplicable a las prestaciones en favor de los huérfanos.

El *Gobierno italiano* alega que el principio según el cual un trabajador conserva los derechos adquiridos bajo la legislación de un Estado miembro es un principio de Derecho comunitario y que, por consiguiente, las legislaciones de los Estados miembros no pueden subordinar la adquisición de los correspondientes derechos a requisitos contrarios a los principios que inspiran el Tratado.

A este respecto, una legislación nacional que subordina el pago de subsidios familiares a un requisito de residencia es, en opinión del Gobierno italiano, contraria al artículo 7 del Tratado porque, en la práctica, afecta básicamente a los trabajadores migrantes. Además, una norma nacional que obliga al trabajador a permanecer en el territorio de un Estado miembro con el fin de no perder los derechos adquiridos en éste es contraria a los principios establecidos en la letra d) del artículo 48 y en la letra b) del artículo 51 del Tratado CEE, destinados a garantizar la libre circulación de trabajado-

res. Por otra parte, en opinión del Gobierno italiano, de lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 77 y en la letra a) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento nº 1408/71 resulta que, para determinar si un trabajador ha adquirido un derecho a prestaciones familiares en virtud de la legislación de un Estado miembro, no pueden tenerse en cuenta las cláusulas de residencia existentes en esta legislación.

La *Comisión* recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resultante de las sentencias de 12 de junio de 1980, Laterza, de 9 de julio de 1980, Gravina, y de 23 de noviembre de 1983, D'Amario, antes citadas. Subraya que los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social tienen por objeto proteger a los trabajadores contra los inconvenientes que resulten de la posible aplicación de diferentes legislaciones sobre Seguridad Social como consecuencia del ejercicio de la libertad de circulación que les asegura el Tratado. En opinión de la Comisión, estos Reglamentos no pueden, pues, tener por efecto reducir los derechos que corresponden a los trabajadores en virtud de la legislación de un Estado miembro. Así pues, el hecho de que el Reglamento nº 1408/71 designe a un Estado miembro como deudor de las prestaciones previstas en los artículos 77 y 78 no incide de manera alguna sobre la obligación de la institución competente de otro Estado miembro de pagar la diferencia entre el importe de las prestaciones cuando el trabajador haya adquirido previamente, en dicho Estado miembro, un derecho a pensión sólo en virtud de la legislación nacional y el importe de las prestaciones debidas conforme a esta legislación sea más elevado que en el primer Estado miembro.

En opinión de la Comisión, los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71 deben interpretarse, pues, en el sentido de que un Estado miembro que concede una pensión a un trabajador migrante que anteriormente estuvo asegurado en su territorio, o, en su caso, a sus huérfanos, está obligado a pagar un complemento por importe de la diferencia entre los subsidios familiares debidos en virtud de su legislación y los debidos en virtud de la legislación de otro Estado miembro, en el que el titular de la pensión y sus hijos, o, en su caso, el huérfano del titular, residen y perciben también una pensión en virtud de la legislación de este Estado, aunque el Derecho nacional del primer Estado exija como requisito para tener derecho a las prestaciones familiares que tanto el titular como los hijos que puedan ser tenidos en cuenta residan en el territorio de dicho Estado.

b) Asignación por hijos en favor del titular de una pensión de accidente de trabajo

El *Sr. Athanasopoulos* y la *Sra. Defingou* alegan que la asignación por hijos prevista en la BKGG constituye una prestación de Seguridad Social que entra en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71. Ello resulta del hecho de que esta asignación se mencione en la Declaración hecha por la República Federal de Alemania conforme al artículo 5 del Reglamento nº 1408/71,[1] y de que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe admitirse que esta Declaración establece que las prestaciones en ella mencionadas son prestaciones de Seguridad Social en el sentido del Reglamento

1 — Puesta al día de las declaraciones de los Estados miembros previstas en el artículo 5 del Reglamento nº 1408/71 (DO 1980, C 139, p. 1; EE 05/02, p. 189), modificada (DO 1983, C 351, p. 1; EE 05/04, p. 51).

nº 1408/71 (véanse las sentencias de 29 de noviembre de 1977, Beerens, 35/77, Rec. p. 2249; y de 12 de julio de 1979, Toia, 237/78, Rec. p. 2645). Por otra parte, la asignación por hijos no puede ser considerada como una prestación perteneciente a la asistencia social, porque su concesión no se subordina a la existencia de una necesidad y no resulta de una decisión discrecional por parte del organismo competente, sino de que se reúnan los requisitos exigidos en la BKGG, que, al respecto, sitúa al conjunto de los beneficiarios en una posición legalmente definida (véase, especialmente, la sentencia de 9 de octubre de 1974, Biason, 24/74, Rec. p. 999). Por último, el hecho de que la concesión de estas asignaciones no se subordine al pago de cotizaciones es irrelevante, ya que el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71 reconoce la existencia de regímenes de Seguridad Social no contributivos.

La *Sra. Falcone* y el *Sr. Lorenzo-Bozosa* no han presentado ninguna observación sobre este punto.

Los *Sres. Giganti* y *Palermo* alegan, en primer lugar, que las asignaciones por hijos previstas en la BKGG son prestaciones en el sentido del apartado 1 del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71.

En efecto, las prestaciones a que se refiere el artículo 77 comprenden, especialmente, los «subsidios familiares». Ahora bien, el término «subsidios familiares» se define en el inciso ii) de la letra u) del artículo 1 del Reglamento y, en opinión de los Sres. Giganti y Palermo, la asignación por hijos a cargo responde a esta definición. Además, en la Declaración de la República Federal de Alemania conforme al artículo 5 del Reglamento nº 1408/71, se cita la asignación por hijos («Kindergeld») como prestación incluida en el artículo 77 del Reglamento. Ahora bien, esta Declaración tiene un efecto constitutivo (véase la sentencia de 29 de noviembre de 1977, Beerens, antes citada), tanto menos impugnable cuanto que fue confirmada al respecto en 1983. Por otra parte, el hecho de que, conforme a la BKGG, la concesión de la asignación por hijos sea independiente de la existencia de un derecho a pensión no puede justificar que se excluya esta prestación del ámbito de aplicación del artículo 77. En efecto, esta norma se refiere a los «subsidios familiares» generales que el Reglamento nº 1408/71 no define como prestaciones dependientes de una pensión. Este planteamiento está justificado por la preocupación por evitar que el derecho del titular de una pensión a los subsidios familiares dependa de si el legislador nacional ha decidido incluir el subsidio familiar en la pensión o, por el contrario, incluir a los titulares de una pensión entre los beneficiarios del régimen general de subsidios familiares.

Los Sres. Giganti y Palermo alegan, a continuación, que los titulares de una pensión por accidente de trabajo pueden invocar el artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 en apoyo de su derecho a la asignación por hijos. En efecto, sólo están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 77 las prestaciones indemnizatorias por accidente de trabajo o enfermedad profesional. No es éste el caso de la asignación por hijos, que constituye un subsidio familiar en el sentido del apartado 1 del artículo 77. Además, la Declaración hecha por la República Federal de Alemania conforme al artículo 5 del Reglamento nº 1408/71 sitúa esta asignación entre las incluidas en el artículo 77 sin establecer ninguna distinción según sea concedida al titular de una pensión de accidente de trabajo, o al titular de una pensión de vejez o de invalidez.

Los Sres. Giganti y Palermo observan, además, que, con arreglo al apartado 3 del ar-

tículo 58 del Reglamento nº 1408/71, los suplementos por hijos a cargo concedidos en virtud del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales deben pagarse, en cualquier caso, al titular de la pensión, cualquiera que sea el Estado miembro en el que residan el titular o su hijo.

El *Gobierno alemán* considera que el artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 se aplica a los titulares de una pensión de accidente de trabajo que solicite la asignación por hijos prevista en la legislación alemana. La excepción que recoge el apartado 1 del artículo 77, *in fine*, sólo afecta a los suplementos por hijos a cargo que se calculan conforme al apartado 3 del artículo 58 del Reglamento nº 1408/71.

El *Gobierno italiano* alega que las asignaciones por hijos han sustituido a las demás prestaciones mencionadas en la Declaración hecha por la República Federal de Alemania conforme al artículo 5 del Reglamento nº 1408/71. Sostiene que los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71 se refieren a todas las prestaciones destinadas a compensar las cargas familiares y a la subsistencia de los huérfanos. El simple cambio de denominación y de los requisitos de atribución de estas prestaciones no puede tener por efecto suprimir los derechos previstos en la normativa comunitaria.

La *Comisión* señala que, de acuerdo con la Declaración de la República Federal de Alemania conforme al artículo 5 del Reglamento nº 1408/71, la asignación por hijos a cargo prevista en la BKGG forma parte de las prestaciones a que se refiere el artículo 77. Esta Declaración establece que la citada prestación constituye una prestación de Seguridad Social en el sentido del Reglamento nº 1408/71 (véase la sentencia de 29 de noviembre de 1977, Beerens, antes citada). La Comisión indica, además, que la asignación por hijos a cargo responde a la definición de «subsidios familiares» que figura en el inciso ii) de la letra u) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71.

Por el contrario, los suplementos por hijos a cargo previstos en el artículo 583 de la RVO no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 77 y 78 del Reglamento porque forman parte de la pensión de accidente de trabajo. Por consiguiente, entran en el ámbito de aplicación de los artículos 52 a 63 del Reglamento nº 1408/71, relativos a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La Comisión deduce de ello que el artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 es aplicable al titular de una pensión de accidente de trabajo que solicite la asignación por hijos prevista en la legislación alemana.

Sobre la segunda cuestión

El Sr. Athanasopoulos y la *Sra. Defingou* no han presentado observaciones sobre esta cuestión.

La *Sra. Falcone* se refiere a la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1983, D'Amario, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia indicó: «El hecho de que un huérfano haya tenido siempre su residencia en un Estado miembro o de que la haya trasladado a éste, es irrelevante para la aplicación de los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71» (apartado 7) *(tra-*

ducción provisional). En opinión de la Sra. Falcone, de ello resulta que, el problema de si una persona tiene derecho a un complemento a las prestaciones depende únicamente de si tiene derecho a una pensión en virtud de la legislación del Estado miembro al que se dirige, y no, del lugar de residencia en el momento de causar derecho a la pensión ni de la fecha de nacimiento de este derecho.

Asimismo, de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1980, Laterza, de 9 de julio de 1980, Gravina, de 12 de julio de 1984, Patteri, antes citadas, y de 14 de marzo de 1989, Baldi (1/88, Rec. p. 667), resulta que el traslado de residencia de un Estado miembro a otro sólo tiene por efecto suspender el derecho a las prestaciones más elevadas previstas por la legislación del primer Estado miembro por el importe de las prestaciones concedidas en el Estado miembro de residencia. De ello se desprende que ni la fecha de cambio de residencia ni la fecha de nacimiento de los hijos que pueden ser tenidos en consideración para el cálculo de las prestaciones pueden influir en el nacimiento del derecho a las prestaciones más elevadas previstas en la legislación de un Estado miembro.

El *Sr. Lorenzo-Bozosa* observa que, en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1980, Laterza, antes citada, el trabajador que solicitaba las prestaciones más elevadas previstas por la legislación del Estado miembro de su antigua residencia había abandonado el territorio de este Estado miembro antes del nacimiento de los hijos por los que solicitaba tales prestaciones. Considera que, si el derecho a la diferencia entre el importe de las prestaciones sólo se reconociera cuando el derecho a las prestaciones más elevadas se adquirió antes del cambio de residencia, el asegurado podría estar tentado a modificar la fecha y el lugar de presentación de su solicitud de la citada diferencia con el fin de obtener prestaciones lo más elevadas posibles. El Sr. Lorenzo-Bozosa concluye indicando que el lugar de residencia es irrelevante para la concesión de la diferencia entre el importe de las prestaciones, prevista en el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71.

Los *Sres. Giganti* y *Palermo* observan que, en materia de prestaciones familiares, el Reglamento nº 1408/71 atribuye competencia al Estado miembro en el que se encuentre la fuente primaria de ingresos del titular; por lo que se refiere a los titulares de pensiones, el Estado miembro competente es el deudor de la pensión, cualquiera que sea el lugar de residencia. En opinión de los Sres. Giganti y Palermo, la pensión crea en materia de prestaciones familiares un vínculo permanente de Derecho social, al que no afecta la emigración, entre el titular de la pensión y el Estado deudor de ésta. Por su carácter permanente, dicho vínculo incluye también las modificaciones familiares posteriores al cambio de residencia, como es el nacimiento de un hijo.

Los Sres. Giganti y Palermo consideran que esta interpretación se vio consagrada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1983, D'Amario, apartado 7, antes citada, y se ve reflejada en el apartado 5 de la Decisión nº 129, que dispone que el complemento a las prestaciones se determinará teniendo en cuenta a los menores o huérfanos para los que «una contingencia da derecho a prestaciones».

El *Gobierno alemán* alega que el principio de protección de los derechos adquiridos sólo puede justificar el mantenimiento de derechos nacidos con anterioridad al cambio de residencia. Al respecto, se refiere a la sentencia de 12 de junio de 1980, Laterza, antes citada. Por consiguiente, el derecho a

la diferencia entre el importe de las prestaciones sólo puede causarse cuando el derecho a la concesión de una pensión en virtud de la legislación del Estado miembro que concede las prestaciones más elevadas nació antes del cambio de residencia. Asimismo, el complemento sólo puede concederse por los hijos nacidos antes del cambio de residencia.

El *Gobierno italiano* considera que la segunda cuestión puede resolverse a la luz de consideraciones generales relativas a los presupuestos constitutivos del derecho a las prestaciones de Seguridad Social. A este respecto, alega que el principio de protección de los derechos adquiridos se aplica al cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación nacional y relativos a la situación del trabajador (por ejemplo, los requisitos relativos a la duración del período de actividad), de manera que, cuando estos requisitos se cumplen, el trabajador obtiene la garantía de poder disfrutar de la prestación de Seguridad Social en caso de que se verifique la situación que da derecho a ella.

La *Comisión* se refiere al párrafo primero del apartado 1 del artículo 10 del Reglamento nº 1408/71 y a la interpretación que el Tribunal de Justicia dio a tal precepto en las sentencias de 7 de noviembre de 1973, Smieja (51/73, Rec. p. 1213), apartados 14 a 17; de 10 de junio de 1982, Camera (92/81, Rec. p. 2213), apartado 14, y de 24 de febrero de 1987, Giletti y otros (asuntos acumulados 379/85, 380/85, 381/85 y 93/86, Rec. p. 955), apartado 17, de la que resulta que el nacimiento del derecho a prestaciones, rentas y subsidios contemplados en el apartado 1 del artículo 10 no puede denegarse por la sola razón de que el interesado no resida en el territorio del Estado miembro deudor. La Comisión alega que las prestaciones previstas en los artículos 77 y 78 están vinculadas a las pensiones y rentas y que, por consiguiente, el derecho a estas prestaciones —y al complemento a las prestaciones— se causa aunque el derecho a la pensión o a la renta nazca después del cambio de residencia. Asimismo, la Comisión estima que el derecho a las prestaciones a que se refieren los artículos 77 y 78, que se deriva del derecho a la pensión o a la renta, existe respecto a todos los hijos del titular de la pensión, incluidos los nacidos después del cambio de residencia.

Sobre la tercera cuestión

El *Sr. Athanasopoulos* y la *Sra. Defingou* no han presentado ninguna observación sobre esta cuestión.

La *Sra. Falcone* alega que, para determinar el importe del complemento a las prestaciones, debe compararse el conjunto de las prestaciones previstas por las legislaciones de los dos Estados miembros afectados, incluyendo los incrementos previstos en beneficio de los titulares con bajos ingresos. Esta solución, indica, fue consagrada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de marzo de 1989, Baldi, apartado 24, antes citada, y se justifica por la preocupación por evitar que una parte del Derecho social nacional escape a la coordinación que en este ámbito del Derecho existe en la Comunidad. La Sra. Falcone añade que, en virtud del artículo 12 del Reglamento nº 1408/71, para determinar el importe de las prestaciones pueden tomarse en consideración los ingresos obtenidos en el extranjero.

El *Sr. Lorenzo-Bozosa* alega que no existe ninguna norma que permita limitarse al importe reducido de las prestaciones que dependen de los ingresos de los titulares. Por otra parte, señala que el problema de cómo deba calcularse la parte de las prestaciones que depende de los ingresos corresponde a la interpretación de normas nacionales y no es competencia del Tribunal de Justicia.

Los *Sres. Giganti* y *Palermo* consideran que el apartado 2 del artículo 12 del Reglamento nº 1408/71 debe aplicarse para determinar el importe de las asignaciones por hijos. En efecto, las cláusulas de reducción de estas asignaciones que figuran en los artículos 10 y 11 de la BKGG deben asimilarse a una norma que prohíbe la acumulación, ya que tienen por finalidad evitar un enriquecimiento sin causa del titular cuando percibe otros ingresos destinados a ser utilizados para la misma finalidad que estos subsidios, es decir, en este caso, los alimentos de terceros. Por otra parte, en opinión de los Sres. Giganti y Palermo, estas cláusulas no pueden aplicarse de manera que perjudiquen al titular que percibe ingresos en otro Estado miembro. No pueden tomarse en consideración tales ingresos como si hubieran sido percibidos en el territorio nacional, ni a efectos de una reducción, ni de un incremento de las prestaciones.

Por lo que se refiere a las exenciones fiscales previstas en el artículo 11 de la BKGG (es decir, los importes deducibles del total de los ingresos), de acuerdo con el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), deben tenerse en cuenta únicamente las correspondientes exenciones de las que el titular se beneficie en el Estado miembro en que percibe sus ingresos.

Los Sres. Giganti y Palermo subrayan, además, que, por la aplicabilidad del apartado 2 del artículo 12 del Reglamento nº 1408/71 y tal como se indica en el apartado 10 de la Decisión nº 129, la conversión de los ingresos percibidos y de los gastos efectuados en el Estado miembro de residencia en moneda nacional debe realizarse conforme al artículo 107 del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 (DO L 74, p. 1; EE 05/03, p. 133), modificado.

El *Gobierno alemán* alega que el problema de la acumulación de las prestaciones y de otros ingresos se regula en el apartado 2 del artículo 12 del Reglamento nº 1408/71, completado en este caso por los artículos 10 y 11 de la BKGG.

El *Gobierno italiano* no ha presentado observaciones sobre esta cuestión.

La *Comisión* subraya que el apartado 2 del artículo 12 del Reglamento nº 1408/71 no es aplicable en un caso en que, como el presente, una prestación está sujeta en el Estado que la concede a una cláusula de reducción que presupone la aplicabilidad de la normativa tributaria de este Estado.

Asimismo, puesto que los artículos 10 y 11 de la BKGG suponen la aplicabilidad del Derecho tributario alemán, los ingresos obtenidos en el extranjero no pueden tenerse en consideración en el cálculo del importe de la asignación por hijos cuando el beneficiario reside en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania. Aunque tal situación pueda tener como consecuencia un incremento del importe de las prestaciones concedidas al beneficiario después del cambio de residencia, en opinión de la Comisión, tal incremento resulta del objetivo seguido por la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social, que pretende únicamente evitar que los trabajadores migrantes resulten perjudicados al hacer uso de la libertad de circulación garantizada por el Tratado.

Sobre la cuarta cuestión

El *Sr. Athanasopoulos* y la *Sra. Defingou* consideran que las dificultades prácticas que plantea la concesión de un complemento a las prestaciones a los solicitantes residentes en Grecia resultan de los problemas estructurales de la Administración helénica y de las debilidades estructurales inherentes al sistema de Seguridad Social helénico. Alegan que, al no existir una norma comunitaria expresa, estas dificultades —y, en concreto, por lo que se refiere a la instrucción de los expedientes y a la reunión y valoración de las informaciones relativas a la situación de los solicitantes— deben resolverse aplicando los principios jurídicos en que se basan los Reglamentos comunitarios (entre otros, indican, el principio según el cual, en caso de duda habrá que favorecer al trabajador migrante) o los principios jurídicos comunes a los Estados miembros (como el principio por el que los vicios de procedimiento no imputables al trabajador no pueden redundar en perjuicio de éste; véase la sentencia de 12 de marzo de 1987, Rindone, Rec. p. 1339).

La *Sra. Falcone* y el *Sr. Lorenzo-Bozosa* no han presentado observaciones sobre esta cuestión.

Los *Sres. Giganti* y *Palermo* consideran que lo dispuesto en la Decisión nº 129 en relación con el procedimiento que debe seguirse para calcular el importe del complemento a las prestaciones es válido. Por otra parte, subrayan que el concepto de institución competente utilizado en esta Decisión puede precisarse con ayuda del Anexo 2 y, en su caso, del Anexo 3 del Reglamento nº 574/72, antes citado.

El *Gobierno alemán* considera que la cuarta cuestión es irrelevante para la solución del litigio principal. Señala haber presentado una propuesta de modificación de la Decisión nº 129.

El *Gobierno italiano* no ha presentado observaciones sobre esta cuestión.

La *Comisión* alega que, habida cuenta de la respuesta que propone a la tercera cuestión, no es necesario responder a si la Decisión nº 129 es suficiente para determinar el derecho al complemento cuando éste se fija en función de una asignación por hijos cuyo importe depende de los ingresos del interesado. Subraya, por otra parte, que la Decisión nº 129 no presenta un carácter vinculante para las instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad Social, sino que únicamente sirve para facilitar la aplicación del Derecho comunitario (véase la sentencia de 14 de mayo de 1981, Romano, 98/80, Rec. p. 1241). Por otra parte, alega que el hecho de que lo dispuesto en esta Decisión no baste para resolver el conjunto de las dificultades prácticas que plantea la aplicación del Reglamento nº 1408/71 no dispensa a las instituciones nacionales de la obligación que les impone el Reglamento de abonar, en su caso, la diferencia entre el importe de las prestaciones (véase la sentencia de 7 de junio de 1988, Roviello, 20/85, Rec. p. 2805).

T. F. O'Higgins
Juez Ponente