CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 1 de julio de 1997 *

I. Introducción

1. En el presente litigio, se solicita al Tribunal de Justicia, fundamentalmente, que defina el concepto de trabajador a efectos del Derecho comunitario, desde el punto de vista tanto de la libre circulación como de la Seguridad Social. Asimismo, se solicita al Tribunal que determine si la asignación por hijo a cargo establecida en la legislación alemana constituye una prestación familiar conforme al Reglamento (CEE) nº 1408/71 o una ventaja social conforme al Reglamento (CEE) nº 1612/68. Otra cuestión planteada es la de si la normativa nacional que supedita la concesión de dicha asignación a la posesión de un permiso de residencia, aun cuando el interesado sea un nacional de otro Estado miembro autorizado para residir en Alemania, es conforme al Derecho comunitario.

II. Hechos

2. La Sra. María Martínez Sala, nacional española, parte demandante en el procedimiento principal, reside en el territorio de la República Federal de Alemania desde los doce años (con la excepción del período comprendido entre junio de 1972 y agosto de 1974). Entre 1976 y 1986, aunque con diversas interrupciones, y de nuevo entre el 12 de septiembre al 24 de octubre de 1989, la Sra. Martínez Sala ejerció en aquel país una actividad como trabajadora por cuenta ajena. A partir de esta última fecha, la demandante ha sido beneficiaria de la asistencia social que le ha proporcionado el municipio de Núremberg y el Landratsamt Nürnberger Land.

3. Por otra parte, hasta el 19 de mayo de 1984 la demandante consiguió permisos de residencia sin interrupciones significativas. A partir de esta fecha, tan sólo ha obtenido certificaciones de haber solicitado la prórroga de su permiso de residencia. El 19 de abril de 1994, las autoridades competentes alemanas volvieron a concederle un permiso de residencia de un año de duración, posteriormente prorrogado por un período adicional de un año.

4. El 9 de enero de 1993, la Sra. Martínez Sala dio a luz a su segunda hija, Jessica, por la cual ese mismo mes solicitó la asignación por hijo a cargo con arreglo a la Ley alemana en la materia (BErzGG). El 21 de enero de 1993, los servicios competentes del Estado de Baviera denegaron dicha solicitud alegando que la demandante no era nacional alemana, ni estaba en posesión de un permiso de residencia u otra autorización de residencia concedida por razones humanitarias o políticas. A este respecto, el órgano jurisdiccional de

* Lengua original: italiano.

remisión señaló que la demandante no podía ser expulsada del territorio alemán en virtud del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica de 11 de diciembre de 1953 (artículos 1 y 7).

5. La demandante presentó una reclamación contra esta decisión denegatoria, asimismo desestimada por la Administración demandada el 23 de junio de 1993. La Sra. Martínez Sala impugnó esta última decisión ante el Sozialgericht Nürnberg. Su demanda fue desestimada de nuevo, asimismo por no contar con un título de residencia idóneo. Según el órgano que conoció de la misma, tampoco a la luz de las normas comunitarias aplicables en el presente caso se modificaba dicha conclusión. Posteriormente, la interesada interpuso un recurso de apelación ante el Bayerisches Landessozialgericht.

6. Habida cuenta de las cuestiones de Derecho comunitario suscitadas por el litigio, este último órgano jurisdiccional consideró que debía someter al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Una nacional española, residente en Alemania, que había trabajado en ese país hasta 1986, con diversas interrupciones, y que más tarde, salvo un breve período de ocupación en el año 1989, había percibido prestaciones de asistencia social con arreglo a la Bundessozialhilfegesetz (Ley federal de Asistencia Social) poseía aún en el año 1993 la condición de trabajadora, con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 o en el sentido del artículo 2 en relación con el artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1408/71?

2) ¿La prestación de crianza, con arreglo a la Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Ley relativa a la concesión de prestaciones y permisos de crianza; en lo sucesivo, "BErzGG") es una prestación familiar en el sentido de la letra h) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, a la que, conforme al apartado 1 del artículo 3 de dicho Reglamento, tienen derecho los nacionales españoles que vivan en Alemania al igual que los nacionales de este país?

3) ¿La prestación de crianza que debe otorgarse con arreglo a la BErzGG es una ventaja social en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68?

4) ¿Es acorde con el Derecho de la Unión Europea que la BErzGG exija a los nacionales de un Estado miembro para la concesión de la prestación de crianza que estén en posesión de un permiso de residencia debidamente expedido, aunque su estancia en Alemania sea legal?»

III. La normativa comunitaria pertinente

7. De conformidad con el inciso i) de la letra a) del artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en la versión del Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, [1] el término «trabajador» designa, a efectos de la aplicación del Reglamento, a toda persona:

«que esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o 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».

Con arreglo al inciso i) de la letra u) del artículo 1 de dicho Reglamento, la expresión «prestaciones familiares» designa:

«todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a compensar las cargas familiares en el marco de una legislación prevista en la letra h) del apartado 1 del artículo 4 con exclusión de los subsidios especiales de natalidad mencionados en el Anexo II».

El artículo 2 del Reglamento se aplica:

«[...] a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros [...]»

En el apartado 1 del artículo 3 se dispone lo siguiente:

«Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento.»

8. En 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, [2] se establece que el trabajador nacional de un Estado miembro que resida en el territorio de otro Estado miembro se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

1 — DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53.

2 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

IV. La normativa alemana controvertida

9. La asignación por hijo a cargo es una prestación de carácter no contributivo, que forma parte de un conjunto de medidas de política familiar y cuya concesión se rige por la Bundeserziehungsgeldgesetz de 6 de diciembre de 1985 (Ley federal relativa a la asignación por hijos a cargo; BGBl. I, p. 2154; en lo sucesivo, «BErzGG»).

En el apartado 1 del artículo 1 de la BErzGG, en la versión de 25 de julio de 1989 (BGBl. I, p. 1550), modificada mediante la Ley de 17 de diciembre de 1990 (BGBl. I, p. 2823), se establece que tiene derecho a percibir la asignación por hijo a cargo toda persona que: 1) tenga su domicilio o su residencia habitual en el ámbito de aplicación territorial de la Ley, 2) tenga un hijo a cargo, 3) esté obligada a ocuparse de su cuidado y educación y 4) no ejerza ninguna actividad ni actividad profesional a tiempo completo.

Con arreglo a la letra a) del apartado 1:

«los extranjeros que pretendan beneficiarse de la asignación deberán estar en posesión de un permiso de residencia o de un título de residencia».

Según una reiterada jurisprudencia del Bundessozialgericht, el requisito consistente en «estar en posesión» de un permiso de residencia, o de una autorización de residencia concedida por razones sanitarias o políticas, sólo puede considerarse satisfecho en el caso de que se aporte un documento de la oficina de extranjería en el que se certifique oficialmente el derecho de residencia del titular en la fecha de inicio del período de prestación. No basta para satisfacer el mencionado requisito, en cambio, la simple certificación de que se ha presentado una solicitud de concesión de un título de residencia, ni, por tanto, el hecho de que el solicitante esté por ello «autorizado» a residir en el país.

V. Examen del litigio

10. Mediante la primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional solicita a este Tribunal que determine si la Sra. Martínez Sala tenía, en el período controvertido, la condición de «trabajadora» a efectos del Derecho comunitario. Más concretamente, se trata de dilucidar si, en el presente caso, deben aplicarse las normas establecidas en el Reglamento nº 1612/68 o las del Reglamento nº 1408/71, ya que la demandante ejerció en el pasado, aunque fuera con algunas discontinuidades, una actividad por cuenta ajena, beneficiándose posteriormente de las prestaciones abonadas con arreglo a la legislación nacional en materia de asistencia social (Bundessozialhilfegesetz).

11. Veamos, ante todo, cuál es el concepto de trabajador recogido en el Derecho comunitario por lo que respecta a la posible aplicación, en el caso que nos ocupa, de las normas relativas a la libre circulación de los

trabajadores y, en particular, del artículo 48 del Tratado y de las normas de desarrollo del mismo adoptadas mediante el Reglamento nº 1612/68. Dicho concepto ha sido definido en la jurisprudencia. Según el Tribunal de Justicia, debe tratarse de una persona que «realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración». [3]

De las disposiciones del Tratado y de la legislación derivada se deduce, por tanto, que el estatuto de «trabajador» comunitario no está configurada como una situación subjetiva permanente. En principio, la persona pierde dicha condición cuando dejan de reunirse los requisitos exigidos para adquirirla. El Derecho comunitario sólo establece excepciones a esta norma en circunstancias particulares y de modo limitado a determinados efectos. De hecho, al Tribunal de Justicia no le han faltado ocasiones para ocuparse de asuntos de este tipo, algunos de ellos emblemáticos. [4] No obstante, en el presente caso, la actividad anteriormente ejercida por la interesada, por lo demás alejada en el tiempo, y la situación en la que se encontraba la propia demandante durante el período por el cual solicitó la asignación controvertida, no parecen guardar ninguna relación efectiva o, en todo caso, pertinente a los efectos del presente asunto. Por otra parte, en la resolución de remisión no se ofrecen datos ni elementos de juicio que permitan atribuir a la Sra. Martínez Sala la condición de trabajadora comunitaria a efectos del Reglamento nº 1612/68. En particular, no cabe invocar, para ello, la circunstancia de que la demandante se beneficiara, en el pasado, de un subsidio social. Lógicamente, corresponde al Juez *a quo* determinar si existen *otros* motivos de hecho que permitan justificar, en el presente caso, la conclusión contraria. En todo caso, dicho examen deberá efectuarse con arreglo a criterios definidos teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [5] Me limitaré a recordar uno de ellos: hay que comprobar la existencia de un *vínculo real* entre la actividad anterior y la situación posterior del trabajador interesado. En todo caso, está claro cuál sería, en el presente caso, el *resultado útil* que se derivaría si el Juez *a quo* pudiera considerar a la demandante trabajadora a efectos del Reglamento nº 1612/68. Se le reconocería a ésta el derecho a invocar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad por lo que respecta a los requisitos exigidos para poder estimar la solicitud de prestaciones familiares. Posteriormente (en el punto 22 *infra)* analizaré, considerando el presente asunto desde una óptica diferente, si dichos requisitos establecidos en la Ley nacional constituyen una desigualdad de trato injustificada.

12. Problemas análogos plantea la eventual atribución a la demandante de la condición de trabajadora con arreglo al otro Reglamento comunitario, el Reglamento nº 1408/71, a que se hace referencia en la resolución de remisión, la cual, sin embargo, también a este respecto proporciona pocas indicaciones útiles. El Juez *a quo* no precisa si la Sra. Martínez Sala estaba asegurada en virtud de algún régimen de Seguridad Social. Tampoco se indica si la demandante puede alegar algún vínculo con su propia familia de origen, asimismo residente en territorio alemán, gracias al cuál pueda estar compren-

3 — Sentencia de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), apartado 16.

4 — Sentencias Lawrie-Blum, antes citada, y de 31 de mayo de 1989, Bettray (344/87, Rec. p. 1612).

5 — Sentencias de 21 de junio de 1988, Lair (39/86, Rec. p. 3161), y Bettray y Lawrie-Blum, antes citadas.

dida, como miembro de la familia o persona cargo de un trabajador asegurado, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento objeto de examen. Dicho esto, queda el hecho de que la demandante, pese a no haber ejercido actividad laboral alguna durante el período de que se trata, percibió un subsidio social. Ahora bien, la Comisión no excluye que semejante circunstancia pueda llevar aparejado el seguro de la demandante y de sus hijas, *ope legis*, en un seguro de enfermedad. Se trata de una hipótesis pertinente para la resolución del asunto que nos ocupa, por lo que merece ser tenida en cuenta. En el caso de que estuviera asegurada en Alemania, aunque sólo fuera contra un único riesgo —precisamente, el de enfermedad—, y por ello mismo, procede señalar que la interesada tendría la condición de trabajadora a efectos del Reglamento de que se trata [inciso i) de la letra a) del artículo 1].

Corresponde, una vez más, al órgano jurisdiccional de remisión determinar si la Ley nacional establece un seguro como éste, derivado de la percepción de un subsidio social. En efecto, esto es algo que puede estar previsto en el ordenamiento jurídico alemán, y en todo caso es el extremo que debe aclararse, especialmente si se tiene en cuenta la reciente decisión del Tribunal de Justicia en el asunto Stöber y Piosa Pereira. [6] De hecho, la limitación contenida en el punto C del número I del Anexo I (Alemania) del Reglamento nº 1408/71, de la que se ocupó el Tribunal en dicho procedimiento, se refiere a las excepciones previstas por el legislador comunitario con respecto a las prestaciones familiares que pueden reclamar los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena en Alemania. El Tribunal consideró que dichas limitaciones eran totalmente legítimas. Según declaró el Tribunal, el Reglamento nº 1408/71 se limita a coordinar los regímenes nacionales de previsión social, manteniendo intacta la competencia del legislador de cada Estado miembro para establecer qué requisitos deben satisfacer los interesados para poder disfrutar del derecho a las prestaciones asistenciales. Así pues, del ámbito normativo reservado al legislador alemán, sólo hay un dato que nos interesa aquí, y es el relativo a si, en el presente caso, en la situación de la Sra. Martínez Sala, la ayuda social que percibía llevaba aparejado *ipso facto*, siempre según la normativa nacional, el seguro contra el riesgo de enfermedad. De ser así, estaríamos, por así decirlo, ante un trato *equiparable* al establecido para los trabajadores por cuenta ajena que están desempleados y perciben prestaciones por este concepto de los organismos asistenciales competentes. Desde el punto de vista de la normativa comunitaria, que sabiamente pone de relieve, a este respecto, los fines y las motivaciones sociales del régimen de seguros, el desempleado se asemeja a las personas que no están en condiciones de hacer frente a las necesidades mínimas y primarias de supervivencia, incluida la salud. El trabajador está asegurado contra el riesgo de enfermedad. A quien está automáticamente asegurado contra el mismo riesgo con arreglo a la Ley nacional, por encontrarse en una situación de necesidad grave, cualquiera que sea, se le considera asimismo un trabajador, incluso si no ejerce una actividad laboral. He aquí la lógica del sistema: se considera trabajador a todo aquel que esté protegido como lo estaría el trabajador con arreglo a la normativa vigente en materia de seguros. Por tanto, siempre y cuando, en el caso objeto de examen, se encuentre sancionado en Alemania el principio del seguro *ope legis*, la excepción prevista en el Anexo I no le es aplicable a la Sra. Martínez Sala. En consecuencia, con arreglo al Derecho comunitario procedería considerar trabajadora a esta última, en virtud del artículo 2, en relación con el inciso i) de la letra a) del artículo 1 del Reglamento nº 1408/71. La ventaja que deduciría de ello

6 — Sentencia de 30 de enero de 1997 (asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511).

la interesada es la misma ya considerada anteriormente en relación con el otro Reglamento. La condición de trabajadora le conferiría el derecho a invocar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y, por ende, el derecho a solicitar la asignación por hijo a cargo sin necesidad de contar con el título de residencia exigido. Como ya he indicado, en el punto 22 *infra* analizaré si el principio de no discriminación puede aplicarse en el presente caso.

13. Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el órgano jurisdiccional de remisión pretende saber, fundamentalmente, si la asignación por hijo a cargo debe considerarse o no una prestación familiar a efectos del Reglamento nº 1408/71 y una ventaja social a efectos del Reglamento nº 1612/68.

Con posterioridad a la presentación de esta remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia ya resolvió afirmativamente, en la sentencia Hoever y Zachow, [7] la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional de remisión, reconociendo, precisamente, que la asignación por hijo a cargo controvertida constituye una prestación familiar en el sentido del Reglamento nº 1408/71. Por lo que respecta a la tercera cuestión, considero bastante improbable que la Sra. Martínez Sala tenga la condición de trabajadora según el Reglamento nº 1612/68. Ahora bien, en el caso de que el órgano jurisdiccional de remisión llegara a una conclusión diferente, opino, adhiriéndome a las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs [8] en el asunto Hoever y Zachow, antes citado, y a las observaciones formuladas sobre este extremo por la Comisión durante el procedimiento, que la prestación de que se trata constituye asimismo una ventaja social a efectos del Reglamento nº 1612/68. En efecto, el concepto de ventaja social, tal como ha sido interpretado en la jurisprudencia del Tribunal, tiene un alcance amplio y puede comprender, sin más, prestaciones como la controvertida, independientemente de que la asignación por hijo a cargo constituya asimismo una prestación familiar a efectos del Reglamento nº 1408/71.

14. En el caso de que resulte que la interesada no es una trabajadora con arreglo a ninguno de los dos Reglamentos comunitarios anteriormente considerados, procede examinar la respuesta a la cuarta cuestión sometida al Tribunal de Justicia. El problema, tal como ha sido planteado al Tribunal, tiene por objeto, expresa y directamente, la disposición de la Ley alemana que supedita la concesión de la asignación por hijo a cargo a los nacionales de otros Estados a la expedición del *permiso*, es decir, del título de residencia correspondiente del que debe estar provisto asimismo *quien esté autorizado de otro modo* a residir en Alemania. Dicha disposición constituye una excepción a la norma general de la misma Ley, según la cual la asignación de que se trata puede concederse a *toda persona* que tenga su domicilio o su residencia habitual en el territorio de la República Federal de Alemania (y reúna asimismo los restantes requisitos exigidos, consistentes en tener un menor a cargo que educar y no ejercer una actividad laboral profesional, sobre los cuales este Tribunal no tiene que pronunciarse en el presente procedimiento). De este modo, la normativa alemana establece una desigualdad de trato en función de la nacionalidad de los posibles beneficiarios de la asignación de que se trata. El órgano jurisdiccional de remisión solicita que se dilucide si dicha normativa es compatible con el Derecho comunitario. Por tanto, el examen sometido al Tribunal sólo puede llevarse a cabo a la luz del principio de no discriminación establecido en el Tratado. Si suponemos que la demandante no es una trabajadora, la cuestión que importa se suscita *con carácter*

7 — Sentencia de 10 de octubre de 1996 (asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94, Rec. p. I-4895).

8 — Conclusiones de 2 de mayo de 1996, en los citados asuntos Hoever y Zachow (Rec. p. I-4898), puntos 87 a 90.

residual: ¿qué *otra* base ofrece el ordenamiento jurídico de la Unión para que los nacionales comunitarios residentes en Alemania no sean discriminados con respecto a los ciudadanos alemanes en las circunstancias y a los efectos del presente caso?

15. La Comisión invoca, como parámetro para la apreciación que debe realizar el Tribunal de Justicia en el presente caso, el artículo 8 A, introducido en el Tratado a raíz de los acuerdos de Maastricht, y cuyo tenor es el siguiente: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.» En el apartado 2 se añade que el Consejo puede adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1 con arreglo al procedimiento previsto en el propio apartado 2. En opinión de la Comisión, el derecho a circular y residir libremente en todo el territorio de la Unión se deriva *directamente* del Tratado. Por tanto, a su juicio, las limitaciones y condiciones previstas en el propio artículo 8 A únicamente se refieren al *ejercicio* de dicho derecho, consagrado en la fuente primaria como una libertad del ciudadano. ¿Cuál es la consecuencia que se desprende de semejante punto de vista para la resolución del presente procedimiento? Al trasladarse a residir a Alemania, la Sra. Martínez Sala habría ejercido una libertad que le garantiza el Tratado. Siempre y cuando el Estado de acogida no haga uso de la facultad de aplicar con respecto a la interesada las limitaciones a que está sujeto, con arreglo al artículo 8 A, el ejercicio concreto de ese derecho, se mantendría intacta la libertad de residencia, con la consecuencia que aquí interesa: el derecho a poder obtener, en las mismas condiciones que los nacionales alemanes, la asignación por hijo a cargo. Por su parte, el Gobierno alemán opone a la Comisión que, en el artículo 8 A, el derecho a la libre circulación y residencia se enmarca expresamente *dentro de los límites* derivados del Tratado y de la normativa derivada. El caso de la Sra. Martínez Sala, añade la defensa del Estado de acogida, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 90/346/CEE (DO 1990, L 180, p. 26); la interesada no reúne los requisitos establecidos en la misma (disponer de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos y de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de residencia), por lo que no puede alegar ningún derecho de residencia con arreglo al Derecho comunitario. Según el órgano jurisdiccional de remisión, la autorización de su permanencia en Alemania se debe exclusivamente a normas del ordenamiento jurídico interno adoptadas en aplicación de un acuerdo internacional que prohíbe a Alemania repatriarla. En el presente caso, concluye el Gobierno alemán, la situación del residente nacional de otro Estado miembro no se rige por el Derecho comunitario, ni puede, por tanto, justificar la pretensión de que se considere que la exigencia de permiso de residencia viola un principio sancionado en el Tratado, como es la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. En la vista, los representantes del Gobierno británico y del Gobierno francés reiteraron las alegaciones formuladas por Alemania en su defensa con respecto a la interpretación que debe darse al artículo 8 A del Tratado. A su juicio, dicha disposición se limita a recordar los derechos a la libre circulación y residencia ya reconocido a diversas categorías de personas interesadas, reuniéndolas en una sola norma de rango primario —como si de los fragmentos de un mosaico se tratara, observó el Gobierno francés en la vista—, dejando intactos, sin embargo, los límites a dicho derecho establecidos, según los casos, en el Tratado o en la legislación derivada. Dicho de otro modo, según esta tesis, el artículo 8 A no confiere a la libertad de circula-

ción ningún contenido nuevo y más amplio con respecto al ordenamiento jurídico anteriormente vigente.

16. Por tanto, la clave de la cuestión debatida en la vista es la siguiente: si la situación del nacional de otro Estado miembro que reside en Alemania en las circunstancias del presente caso está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario y, en su caso, de qué modo. La Comisión inscribe el caso examinado en el ámbito del artículo 8 A del Tratado. El Gobierno alemán no opina lo mismo. Con todo, no debe perderse de vista el hecho de que lo que se ha solicitado al Tribunal no es que determine si la interesada puede residir en Alemania con arreglo al Derecho comunitario, sino, más concretamente, si, *mientras reside* en dicho país, puede percibir la asignación solicitada en las mismas condiciones que los ciudadanos alemanes. Por tanto, considero que el presente caso debe apreciarse a la luz del artículo 8 A desde la perspectiva específica de la respuesta que debe darse a este último problema.

17. Ya se han descrito los hechos. No sabemos la razón por la cuál el Estado de acogida deniega ahora a la interesada el permiso de residencia correspondiente exigido por la Ley nacional para poder percibir la asignación por hijo a cargo: ese mismo permiso le fue expedido durante determinados períodos de su larga permanencia en Alemania. Tampoco sabemos si este último y particular título de residencia —el único que, después de todo, es pertinente en el presente caso— puede concederse y se concede en la práctica a los nacionales comunitarios, incluidos en la categoría de extranjeros en la Ley relativa a la asignación por hijos a cargo, aun en el caso de no concurrir los requisitos establecidos en la Directiva comunitaria 90/364 para la obtención del denominado «permiso» y el derecho de residencia que del mismo se desprende. Es el propio órgano jurisdiccional de remisión quien afirma que se trata de un nacional comunitario autorizado a residir en Alemania. Ahora bien, según añade el Gobierno alemán, sólo lo está en virtud de normas internas. Según asegura, la interesada no reúne los requisitos establecidos en la Directiva para poder acogerse al derecho de residencia.

18. Dicho esto, se trata de definir la situación del residente comunitario en el caso que nos ocupa. A este respecto, se impone, en mi opinión, una observación preliminar. Desde la entrada en vigor del artículo 8 A del Tratado, ya no cabe considerar que el derecho de residencia lo cree la Directiva: por así decirlo, es «otorgado» por los Estados miembros a los ciudadanos interesados de los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones contenidas en ella. Dicho cuerpo normativo fue adoptado por el Consejo para los casos en que los ciudadanos no disfrutaran de la libertad de residencia en virtud de otras disposiciones de Derecho comunitario. Sin embargo, actualmente contamos con el artículo 8 A del Tratado. El derecho a circular y residir libremente en toda la Unión está sancionado, con carácter general, en una norma de carácter primario, y no existe o deja de existir porque esté o no limitado por otras normas comunitarias, incluso de Derecho derivado. Las limitaciones previstas en el propio artículo 8 A se refieren al ejercicio concreto del derecho, y no a su existencia. A lo sumo, la Directiva 90/364 continúa regulando las condiciones para disfrutar de la libertad establecida en el Tratado. Así lo alegó la Comisión invocando, a mi juicio de manera indiscutible, el sistema de la libertad de circulación ya establecido en el Tratado. Permítaseme recordar, por mi parte, la sistematización del derecho sancionado en el artículo 8 A que se deriva de los acuerdos de Maastricht. Si bien se mira, la novedad de dicha disposición no radica en haber consagrado la libre circulación de las personas directamente en el Tratado. Dicha libertad ya

había sido reconocida, junto con las relativas a la circulación de mercancías, servicios y capitales, en otra fuente primaria, el Acta Unica, en la disposición que define el mercado interior como un espacio sin fronteras. Por tanto, el artículo 8 A *desgajó* de las restantes libertades de circulación esta libertad, que vemos ahora convertida en el derecho no sólo a circular, sino también a *residir* en cualquier Estado miembro: un derecho primario, en efecto, en el sentido de que figura como el primero de los derechos que lleva aparejada la ciudadanía de la Unión. Así es como se concibe y sistematiza la libertad de residencia en el Tratado. Se trata de un derecho no sólo derivado, sino *inseparable* de la ciudadanía de la Unión, en pie de igualdad con los restantes derechos expresamente concebidos como corolarios necesarios de dicho *estatuto* (véanse los artículos 8 B, 8 C y 8 D), nuevos y comunes indistintamente a todos los nacionales de los Estados miembros. En virtud de la norma primaria, se confiere directamente a la persona, formalmente reconocida en adelante como sujeto de derecho, la ciudadanía de la Unión, que se adquiere y se pierde junto con la nacionalidad del Estado nacional al que se pertenece, y de ningún otro modo. Tal es la situación jurídica, digamos, *de base*, garantizada al ciudadano de cualquier Estado miembro por el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y actualmente de la Unión. Así se desprende de las disposiciones inequívocas de los dos apartados del artículo 8 del Tratado.

19. Veamos, más concretamente, de qué modo las consideraciones hasta aquí expuestas contribuyen a dar con la solución al problema que nos ocupa. Mediante la Directiva 90/364 se pretendía reconocer el derecho de residencia a las personas que han dejado de ejercer una actividad profesional, si bien inspirándose en el criterio según el cual los beneficiarios de dicho derecho no deben constituir una carga excesiva para la Hacienda pública del Estado de acogida. Los Estados miembros sólo pueden establecer excepciones a las disposiciones de la Directiva cuando el disfrute del derecho de residencia esté restringido por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas (en cuyo caso se aplicará la Directiva 64/221/CEE [9]). Ciertamente, todos los Estados miembros están obligados a no extender o agravar los límites dentro de los cuales se permite a los ciudadanos comunitarios ejercer dicho derecho, pero pueden *ampliar* libremente el ámbito en el que la persona puede beneficiarse de la libertad de residencia: y ello, me atrevo a decir, con mayor razón aún actualmente, habida cuenta del estatuto de la ciudadanía común y la libertad de residencia que, según el Tratado, lleva aparejada. Por lo demás, de conformidad con el apartado 2 del artículo 8 A, el Consejo puede adoptar disposiciones para *facilitar* el ejercicio de la libertad de circulación y residencia. También pueden adoptar normas análogas, si así lo deciden, los diferentes Estados miembros de manera unilateral, bien entendido que deben estar limitadas a su propio ámbito territorial. Y es precisamente esto lo que sucede en Alemania, según señalan el órgano jurisdiccional de remisión y el propio Gobierno alemán, por lo que respecta al presente caso: la Sra. Martínez Sala está *autorizada* a residir en dicho país al margen incluso y más allá de los requisitos establecidos en la Directiva. Esto no significa, sin embargo, como supone la defensa del Estado de acogida, que la situación subjetiva invocada por la demandante para reclamar un trato igual con respecto a los nacionales alemanes se rija por el Derecho interno y, por eso mismo, se encuentre privada de fundamento con arreglo al Derecho comunitario. Procede señalar que la situación subjetiva objeto del presente examen es precisamente

9 — Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extran-jeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36).

la situación *subyacente* a la libertad de residencia, que la interesada está autorizada a ejercer en Alemania. Es precisamente la situación jurídica, como la he llamado anteriormente, de base, la de ciudadano de la Unión, la que debe tenerse en cuenta para determinar, en el presente caso, si el residente comunitario puede invocar el derecho a no ser discriminado con respecto a los nacionales alemanes. En mi opinión, puede reconocérsele dicho derecho, por las razones que a continuación expondré.

20. La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad está sancionada en el Tratado y ha sido considerada por el Tribunal de Justicia como un principio general. Un principio que se extiende, potencialmente, a todo el ámbito de aplicación del Tratado, aunque se aplique «sin perjuicio», y por tanto también en virtud, de las disposiciones particulares adoptadas para aplicarlo en un sector u otro del ordenamiento jurídico, como por ejemplo a la libre circulación de los trabajadores, a la libre prestación de servicios o al derecho de establecimiento. Ahora bien, no puede negarse que la institución de la ciudadanía de la Unión ha afectado al ámbito de aplicación del Tratado, y ello desde una doble perspectiva. Ante todo, se ha conferido a la persona un nuevo *estatuto, una condición subjetiva* adicional con respecto a las anteriormente previstas, privando de este modo de pertinencia, o mejor dicho prohibiendo, el factor diferenciador de la nacionalidad. En segundo lugar, el artículo 8 A del Tratado reconoce a la condición subjetiva de ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir en cualquier Estado miembro. A juzgar por las tesis formuladas por los Gobiernos que intervinieron en la vista, esta última disposición no ofrece al ciudadano de la Unión, a pesar de su tenor literal, ningún nuevo título de movilidad o derecho de residencia. Ahora bien, en el presente caso no procede examinar el fundamento de semejante opinión. Si se permite a un ciudadano *de cualquier modo* —como sucede en el caso que nos ocupa— residir en otro Estado miembro diferente del Estado miembro al que se pertenece, no cabe duda de su derecho a no ser discriminado con respecto a los nacionales del Estado de acogida, al menos mientras resida en él: tal derecho se desprende directa y autónomamente, incluso si el interesado no puede acogerse a la Directiva sobre el derecho de residencia, de la norma primaria del artículo 8, pertinente, en la aplicación del Tratado, para reconocerle el *estatuto* de ciudadano de la Unión. Esta última situación subjetiva le corresponde *siempre y en todo caso* al ciudadano de cualquier Estado miembro: por ello, no importa que, en el presente caso, la norma que le permite residir en el Estado de acogida sea la Directiva o la Ley de ese mismo Estado. [10]

21. La de ciudadano de la Unión es, por tanto, en el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario, una condición que se deriva de una vez por todas del Tratado. Corresponde lógicamente al Tribunal de Justicia, en cuanto intérprete del Tratado y garante de su correcta aplicación, determinar en cada caso concreto cómo puede invocar su condición de ciudadano de la Unión quien

10 — El Derecho comunitario, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, reconoce la pertinencia — por ejemplo, en el ámbito de la Seguridad Social— de los convenios internacionales que confieren a los ciudadanos de un determinado Estado miembro derechos más amplios que los que se derivan de las normas comunitarias y, por tanto, del Reglamento nº 1408/71. No pueden negarse a la persona interesada los derechos establecidos en las disposiciones más favorables de dichos acuerdos internacionales (sentencias de 7 de febrero de 1991, Rönfeld, C-227/89, Rec. p. I-323, y de 9 de noviembre de 1995, Thévenon, C-475/93, Rec. p. I-3813). Lo mismo se aplica, en el presente caso, al Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica suscrito en París el 11 de diciembre de 1953, del que Alemania es parte. El derecho a no ser expulsado, tal como aparece reconocido en el mismo, implica necesariamente la residencia en el Estado de acogida; dicho derecho se aplica, como título que legitima la presencia de la demandante en Alemania, *incluso a los fines comunitarios*.

denuncia una desigualdad de trato con respecto a las ciudadanos de otro Estado miembro. La ciudadanía de la Unión está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Tratado, y de la prohibición general de todo trato discriminatorio por razón de la nacionalidad, *pero* sólo cuando ésta *no* se superpone indebidamente con el *estatuto* de ciudadano nacional. En consecuencia, la pretensión del residente nacional de otro Estado miembro con respecto a los nacionales del Estado que le acoge será infundada si se refiere a derechos que deben entenderse reservados a estos últimos en virtud precisamente de su ciudadanía nacional. Es éste un límite indiscutible de carácter general que se desprende de las normas subyacentes a la delimitación del ámbito de aplicación del Tratado. De hecho, las disposiciones particulares sobre la prohibición de discriminación adoptadas en el Tratado en relación con el derecho a ser elector y elegible de los ciudadanos de la Unión en las elecciones al Parlamento Europeo y las elecciones municipales establecen una excepción expresa a normas que son de la evidente competencia del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, y probablemente de su constitución.

22. Establecido esto, analicemos el presente caso. La interesada reside en Alemania y posee la condición de ciudadana de la Unión. La Ley nacional pretende que la asignación por hijos a cargo esté destinada a quienes se establecen en el país como residentes. Tal es la norma general de la Ley. La que es discriminatoria es la otra norma que establece una excepción a la misma para exigir el requisito *adicional* de poseer un permiso de residencia sólo en el caso de los residentes ciudadanos de otros Estados miembros. Se trata de una desigualdad normativa ilegal: el trato dispensado al ciudadano comunitario, independientemente de cuál sea el título que le permite residir en Alemania, se supedita a requisitos más estrictos que en el caso de los ciudadanos alemanes, sin que existan razones objetivas que justifiquen este criterio diferenciador de Derecho interno. Por lo demás, en la sentencia Royer, [11] el Tribunal ya precisó que el permiso de residencia debe considerarse «no como un acto constitutivo de derechos, sino como un acto destinado a acreditar, por parte de un Estado miembro, la situación individual de un nacional de otro Estado miembro con respecto a las disposiciones de Derecho comunitario». Se trata de un acto de certificación que, como puso perfectamente de relieve la Comisión, tiene un carácter meramente declaratorio y no constitutivo. En consecuencia, el derecho a la asignación nace del hecho mismo de que el Estado miembro autorice o permita la permanencia o la residencia del ciudadano comunitario en su propio territorio, no del hecho de que expida el permiso de residencia exigido por la normativa alemana para la obtención de las prestaciones, y, en el presente caso, no existe ninguna justificación para que el disfrute del derecho, tal como está configurado en la Ley nacional, esté supeditado a un requisito y, por tanto, a un límite, no establecido con respecto a los nacionales del Estado de acogida. La conclusión está clara: el Estado de acogida no puede discriminar entre los ciudadanos de la Unión que son sus nacionales y los que son nacionales de otro Estado miembro a los que permite residir en su propio territorio.

23. El resultado al que llego coincide, en lo fundamental, con el propuesto por la Comisión, si bien contemplado desde un ángulo

11 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Royer (48/75, Rec. p. 497), apartados 31 a 33.

visual diferente. Lo que justifica la aplicación en el presente caso de la prohibición general de discriminación no es el argumento empleado por la Comisión, según el cual la demandante es titular de un derecho de residencia derivado del Tratado que mantiene toda su plenitud en tanto el Estado de acogida no haga uso de la facultad de limitar su ejercicio con arreglo a lo dispuesto en la Directiva. El fundamento de la igualdad de trato consiste más bien, como he señalado, en la situación jurídica del ciudadano de la Unión y la garantía que le confiere el estatuto personal, tal como está regulado actualmente en el artículo 8 del Tratado, de que disfrutan los ciudadanos *en todos* y *de todos* los Estados miembros. En otras palabras, la Unión diseñada en el Tratado de Maastricht obliga a englobar en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación el ámbito reservado a la nueva institución de la ciudadanía común. En consecuencia, este asunto es un *test case* para toda una categoría de problemas que pueden someterse en el futuro a la consideración del Tribunal de Justicia. Quiero señalar, asimismo, que la solución que propongo constituye un desarrollo coherente de la jurisprudencia, que ya ha procedido a una amplia y pormenorizada interpretación del principio de no discriminación. En efecto, en el asunto Cowan [12] ya se reconoció como *corolario* de la libertad de circulación garantizada a las personas físicas el derecho de quien se encuentra en otro Estado miembro en calidad de simple destinatario (y no de prestador) de servicios a no ser discriminado con respecto a los ciudadanos que residen en dicho Estado por lo que respecta a la protección contra el riesgo de agresión física y a la concesión de la indemnización prevista en ese caso por el Derecho nacional. El Tribunal consideró que concurrían los elementos de un trato discriminatorio en la norma francesa que reservaba la concesión de la indemnización prevista en este caso al titular de un permiso de residencia en el territorio nacional. De este modo, la sentencia coloca bajo la égida de la protección del principio de no discriminación también a la figura del turista, o de otros destinatarios de servicios que se encuentren, sin que importe cuánto tiempo, en el territorio del Estado de acogida. El presente procedimiento puede considerarse a la luz del precedente jurisprudencial al que me refiero. En el presente caso, el requisito discriminatorio es el permiso de residencia correspondiente, no exigido a los residentes nacionales y sí, en cambio, a los ciudadanos comunitarios que han establecido su residencia en Alemania (además desde hace mucho tiempo), con el resultado inevitable de haber incurrido en dicho país, en muy diversas ocasiones, en la situación de destinatario de servicios, tal como se define en la jurisprudencia. En el asunto Cowan se trataba de una indemnización por el daño a la integridad física de la persona, reconocida indiscriminadamente al residente como al no residente en todos los Estados miembros. En este caso, la indemnización de que se trata reviste, ciertamente, una naturaleza diferente, pero la desigualdad de los requisitos establecidos para los nacionales y para los residentes comunitarios que la solicitan constituye, con todo, un trato discriminatorio prohibido por el Derecho comunitario. En consecuencia, la decisión, la *ratio decidendi* aplicada en el asunto Cowan se aplica también, puntualmente, en el presente caso. Me pregunto, sin embargo, si, una vez reconocido el derecho a la no discriminación de los usuarios de servicios, de toda la *serie abstracta e indiscriminada* de servicios que pueden prestárseles en cualquier Estado miembro, el Tribunal de Justicia no debe, por coherencia, dar ese paso más que, a mi juicio, requiere la resolución del problema de que conoce en el presente procedimiento: el de considerar que este destinatario omnipotencial de servicios pueda fundarse *también* en su condición de ciudadano de la Unión para invocar la prohibición de discriminación en todos los ámbitos en los que la jurisprudencia la aplique.

12 — Sentencia de 2 de febrero de 1989 (186/87, Rec. p. 195).

VI. Conclusión

En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bayerisches Landessozialgericht:

«1) Una nacional española, residente en Alemania, que se encuentre en la situación de la demandante en el procedimiento principal, puede ser considerada trabajadora a efectos 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, siempre que exista un vínculo directo entre la actividad laboral anteriormente ejercida y la situación en la que se encontraba la propia demandante durante el período controvertido. La misma demandante puede ser considerada trabajadora a efectos del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, siempre que la asistencia social proporcionada por las autoridades competentes lleve aparejado un seguro obligatorio contra el riesgo de enfermedad, o la propia demandante esté asegurada, a través de su familia de origen o de algún otro modo equiparable, a efectos del mismo Reglamento nº 1408/71.

Corresponde al Juez nacional comprobar si concurren los requisitos que permiten atribuir a la demandante la condición de trabajadora.

2) La asignación por hijo a cargo constituye una prestación familiar a efectos del Reglamento nº 1408/71 debida a los ciudadanos comunitarios en las mismas condiciones impuestas a los ciudadanos alemanes.

3) La asignación por hijo a cargo constituye asimismo una ventaja social a efectos del Reglamento nº 1612/68.

4) El ciudadano comunitario autorizado o admitido de otro modo a residir o a permanecer en el territorio de un Estado miembro, en el presente caso Alemania, tiene derecho, independientemente de la posesión de un permiso de residencia válido, a una asignación por hijo a cargo como la establecida en la BErzGG en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.»