CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS

presentadas el 25 de septiembre de 1997 *

I. Observaciones introductorias

1. En el presente asunto, se solicita al Tribunal de Justicia que responda a tres cuestiones prejudiciales remitidas por el Bundessozialgericht (en lo sucesivo, «BSG»), con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE. Dichas cuestiones se refieren a la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, en particular de los artículos 48 y 51 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Tratado»), así como de los artículos 6 y 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo [1] (en lo sucesivo, «Reglamento»).

II. Marco jurídico

2. En el artículo 6 del Reglamento nº 1408/71 se dispone lo siguiente:

«En el marco del campo de aplicación personal y del campo de aplicación material, el presente Reglamento, sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 7, 8 y del apartado 4 del artículo 46, sustituye a cualquier convenio de seguridad social que vincule:

a) ya sea exclusivamente a dos o varios Estados miembros;

b) ya sea al menos a dos Estados miembros y a uno o varios otros Estados, siempre que se trate de casos en cuya resolución no haya de intervenir ninguna institución de uno de estos últimos Estados.»

3. En el artículo 78 del Reglamento se dispone lo siguiente:

«1. El término "prestaciones", en el sentido con que se utiliza en el presente artículo, designa los subsidios familiares y, dado el caso, los subsidios suplementarios o especiales establecidos en favor de los huérfanos, así como las pensiones o las rentas de orfandad, con la excepción de las rentas de orfandad concedidas en virtud del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

* Lengua original: griego.

1 — 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 (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), modificado y codificado por el Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983 (DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53).

2. Las prestaciones en favor de los huérfanos serán concedidas según las normas siguientes, 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) cuando se trate de un huérfano de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia fallecido que haya estado sujeto a la legislación de un solo Estado miembro, según la legislación de dicho Estado;

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 aquel 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) en los demás casos, conforme a la legislación de aquel de dichos Estados miembros bajo la que el fallecido hubiera permanecido más tiempo, siempre que tenga 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; si no tiene ningún derecho ante dicha legislación, se examinará qué derechos pueda tener ante las legislaciones de los otros Estados miembros afectados, siguiendo, en escala decreciente, el orden marcado por la distinta duración de los períodos de seguro o de residencia que tuviera cubiertos el trabajador difunto bajo las legislaciones de tales Estados miembros.

No obstante, la legislación del Estado miembro aplicable para la concesión de las prestaciones referidas en el artículo 77 en favor de los hijos de un titular de pensiones o de rentas continuará siendo aplicable después del fallecimiento de dicho titular para la concesión de las prestaciones de sus huérfanos.»

4. En el apartado 1 del artículo 79 del Reglamento se establece lo siguiente:

«1. Las prestaciones, en el sentido dado a este término en los artículos 77 y 78, serán servidas y sufragadas, según la legislación que resulte aplicable como consecuencia de lo previsto en dichos artículos, por la institución encargada de aplicar esa misma legislación, como si el titular de pensiones o de rentas, o el fallecido, estuviese o hubiera estado sometido únicamente a la legislación del Estado competente.

No obstante:

a) si esta legislación prevé que la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones depende de la duración de los períodos del seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tal duración será determinada teniendo en cuenta, cuando proceda, lo preceptuado en el artículo 45 o en el 72, según el caso;

b) [...]»

III. Hechos

5. El padre de los recurrentes en casación («Revisión» alemana) ante el órgano jurisdiccional remitente (en lo sucesivo, «demandantes»), Gregorio Gómez Pérez, de nacionalidad española, cubrió dos períodos de seguro, de cincuenta y seis meses en calidad de trabajador por cuenta ajena en Alemania y de ochenta meses en España. Falleció en febrero de 1985 en España, sin haber percibido pensión. Tal como se desprende de la resolución de remisión, la institución de Seguridad Social alemana competente (Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz), mediante escrito de 23 de agosto de 1988, concedió a los hijos del difunto, Manuela Gómez Rodríguez y Gregorio Gómez Rodríguez, una pensión durante el período comprendido entre el 7 de febrero de 1985 y el 31 de diciembre de 1985, por ser miembros de la familia del asegurado, en virtud de lo dispuesto en el Convenio de Seguridad Social entre España y la República Federal de Alemania (Abk Spanien SozSich) de 4 de diciembre de 1973, modificado por el Convenio complementario de 17 de diciembre de 1975. Simultáneamente, la referida institución de Seguridad Social comunicó a los susodichos que, a partir del 1 de enero de 1986, la institución competente para la concesión de las prestaciones a los huérfanos era, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 y 78 del Reglamento, la institución de Seguridad Social española. En efecto, esta última concedió una pensión de orfandad a los demandantes hasta la fecha en que cada uno de ellos cumplió 18 años (es decir, hasta el 31 de e julio de 1987 y el 31 de marzo de 1986, respectivamente). El límite de edad de 18 años es el contemplado en la legislación española vigente en materia de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de orfandad. Acto seguido, Manuela y Gregorio Gómez Rodríguez, invocando el hecho de que continuaban estudiando, solicitaron la concesión de una pensión de orfandad por parte de la institución de Seguridad Social alemana, en virtud de la legislación alemana en materia de Seguridad Social, que prevé la continuación del abono de las prestaciones de orfandad de la Seguridad Social hasta la fecha en que los beneficiarios cumplan 25 años, como máximo, en caso, entre otras cosas, de continuación de sus estudios [artículos 1263 y 1267 de la Reichsversicherungsordnung (en lo sucesivo, «RVo»)]. Dicha solicitud fue desestimada por entenderse que, tras haberse puesto fin al abono de las prestaciones por parte de la institución de Seguridad Social española, de conformidad con las disposiciones comunitarias, no existía derecho a la pensión de orfandad con cargo a la institución de Seguridad Social alemana, en la medida en que no se cumplían los requisitos para tener derecho a la prestación con arreglo, exclusivamente, al Derecho alemán. Y ello porque de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1263 de la RVO, sólo se concederán pensiones de orfandad cuando, en la fecha de su fallecimiento, el fallecido percibía una pensión,

había cubierto el período de seguro para tener derecho a la pensión de invalidez o éste se consideraba cubierto con arreglo al artículo 1252 de la RVO (por ejemplo, invalidez o muerte por accidente de trabajo). Dado que el difunto no había cubierto el período de seguro mínimo de sesenta meses previsto en el Derecho alemán (apartado 2 del artículo 1246 de la RVO) y tampoco estaba comprendido en uno de los restantes supuestos antes referidos, sus huérfanos no podían percibir una pensión con arreglo a la legislación alemana. La reclamación, el recurso jurisdiccional y el recurso de apelación que contra dicha respuesta denegatoria presentaron Gregorio y Manuela Gómez Rodríguez no prosperaron, y su litigio con la institución alemana competente fue sometido al Bundessozialgericht. Este último órgano jurisdiccional se pregunta si la pretensión de los demandantes de percibir una pensión a cargo de la institución de Seguridad Social alemana puede fundarse en los artículos 78 y 79 del Reglamento o, incluso, en el Convenio hispano-alemán antes citado. Por ello, sometió al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

IV. Las cuestiones prejudiciales

«1) ¿Debe interpretarse la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 en el sentido de que la determinación de la legislación aplicable en ella contenida también tiene carácter definitivo cuando el derecho a la prestación de orfandad, aunque existió en un primer momento en el Estado miembro competente según dicha disposición (en este caso, el Estado de residencia), se extinguió luego al cumplirse la edad máxima, mientras que en otro Estado miembro, a cuya legislación también fue sometido el asegurado, se mantendría el derecho a la pensión de orfandad incluso después de ese momento si se aplicara el artículo 79 del Reglamento nº 1408/71, o se produce en tal caso un cambio de legislación aplicable con arreglo al inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 de dicho Reglamento?

2) La expectativa de percibir una pensión de orfandad, ya concedida por un Estado miembro de conformidad con un Convenio vigente entre dos Estados miembros e integrado en su Derecho nacional, durante un período superior (por ejemplo, en el caso de formación escolar o profesional que se prolongue más allá de la fecha en que se cumplen los 18 años de edad) que la pensión de orfandad que haya de reconocerse en virtud de la legislación de otro Estado miembro, aplicable con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento nº 1408/71, ¿también constituye una ventaja de Seguridad Social que no deben perder los huérfanos debido a la inaplicabilidad de tal Convenio como consecuencia de la entrada en vigor de dicho Reglamento?

3) En el caso de que se responda afirmativamente a la segunda cuestión: los huérfanos que ya antes de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/71 tenían derecho a pensión de orfandad con arreglo al Derecho de un Estado miembro en virtud de un Convenio de Seguridad Social celebrado entre dos Estados miembros ¿pueden volver a acogerse a

dicho derecho a pensión cuando se extinga el derecho a prestaciones existente en un primer momento con arreglo a la legislación de otro Estado miembro aplicable con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento nº 1408/71?»

V. Sobre el fondo

6. Como explicaré más adelante (véanse los puntos 42 y siguientes. *infra),* los Convenios bilaterales de Seguridad Social vigentes con anterioridad al Reglamento continúan surtiendo efecto, en determinadas condiciones, con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, siempre que sus disposiciones sean *más favorables* para los trabajadores o sus derechohabientes que las disposiciones del Reglamento. Por ello, examinaré en primer lugar la primera cuestión prejudicial, que plantea la cuestión de si la pretensión de los demandantes puede fundarse en las disposiciones del Reglamento, para, a continuación, examinar las cuestiones segunda y tercera, referentes a la posibilidad de aplicar en el caso de autos el Convenio hispano-alemán antes citado.

A. *Sobre la primera cuestión*

7. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea fundamentalmente que se dilucide si, una vez extinguida la obligación de abono de una pensión de orfandad a los hijos de trabajadores migrantes por parte del Estado de residencia del huérfano, dicha obligación puede transmitirse a otro Estado miembro en el que había cubierto determinados períodos de seguro su difunto padre, aunque insuficientes para la concesión de una pensión con arreglo a la legislación de dicho Estado, sobre la base, exclusivamente, de las normas de totalización previstas en el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 y en la letra a) del apartado 1 del artículo 79 del Reglamento.

8. En sus observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, los Gobiernos alemán y austriaco sostienen que la letra b) del párrafo primero del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento debe ser interpretada en el sentido de que determina con carácter definitivo la legislación nacional aplicable, por lo que no es posible, aun cuando se haya producido la extinción del derecho de Seguridad Social nacido con arreglo a dicha legislación, que el asegurado esté sometido a otra legislación nacional. La interpretación opuesta no puede conciliarse, según el Gobierno alemán, con la voluntad del legislador comunitario, tal como se refleja en las actas del Consejo que contiene los debates relativos al proyecto de las controvertidas disposiciones del Reglamento. Además, el Gobierno alemán subraya que la solución que propone es también la única concebible en la práctica. De lo contrario, se daría a menudo la circunstancia de verse obligada Alemania a conceder prestaciones de Seguridad Social injustificadas siempre que la legislación nacional sobre Seguridad Social del Estado de residencia del huérfano no reconozca a este último más derecho a prestaciones de Seguridad Social. En consecuencia, Alemania estaría obligada, por regla general, a abonar prestaciones de Seguridad Social adicionales, y de hecho superiores, a las satisfechas por los Estados de residencia. El Gobierno alemán considera

que la voluntad del legislador comunitario consiste en que, con el fin de evitar esos problemas, no se produzca un cambio de competencia de las instituciones de Seguridad Social nacionales obligadas a la concesión de las prestaciones desde el momento en que la correspondiente institución del Estado de residencia deja de abonar las prestaciones de que se trate, ya que de lo contrario la excepción pasaría a ser norma.

9. Este mismo es el punto de vista del Gobierno austriaco. Para empezar, dicho Gobierno observa que la armonización de las legislaciones que persigue el Reglamento no sólo se inspira en el principio de integración (principe de l'intégration), de conformidad con el cual el Estado de residencia es el único competente para abonar las prestaciones de pensión a los huérfanos, sino que persigue además consolidar la aplicación de este principio. Cualquier otra interpretación de las disposiciones controvertidas del Reglamento contradiría directamente el referido principio. Más concretamente, según el Gobierno austriaco, si se reconoce la obligación que incumbe al Estado miembro de abonar prestaciones al huérfano incluso con posterioridad a la extinción del derecho a pensión a cargo del Estado miembro a quien inicialmente incumbía la competencia de satisfacerlas, en virtud del principio de integración, llegaríamos entonces a un resultado consistente en que los Estados miembros que hayan establecido el límite de edad más elevado en lo que respecta a los derechos a pensión de orfandad serían siempre, finalmente, los competentes para satisfacer las prestaciones con independencia del lugar de residencia de los huérfanos y de la duración de los períodos de seguro cubiertos por el asegurado en los diferentes Estados miembros. Por el contrario, los Estados miembros que hubieran previsto límites de edad bajos quedarían dispensados, en la práctica, de la obligación de pago. En otras palabras, se cuestionarían tanto el criterio de la residencia del beneficiario como el de la duración de los períodos de seguro cubiertos por el asegurado en los que, en principio, se basa el sistema del Reglamento.

10. Sostienen exactamente la interpretación contraria, tanto los demandantes como los Gobiernos español, griego y sueco, además de la Comisión. De conformidad con esta interpretación, del inciso ii) de la letra b) del párrafo primero del apartado 2 del artículo 78 se desprende que la competencia de la institución de Seguridad Social del Estado miembro en el que el difunto haya cubierto períodos de seguro y en cuyo territorio no residan los huérfanos no puede quedar excluida por el mero hecho de que, inicialmente, fuera competente y hubiera abonado las prestaciones una institución de Seguridad Social de otro Estado miembro, es decir, en el presente caso, del Estado miembro de residencia de los huérfanos. De lo contrario, se vulnerarían los principios de libre circulación de personas y de igualdad de trato, desde el momento en que la duración del derecho a prestaciones de un huérfano residente en España sería inferior a la que correspondería a esa misma persona de haber elegido Alemania como lugar de residencia.

11. En primer lugar, procede señalar que la finalidad del artículo 78 consiste en «definir la legislación según la cual deben concederse las prestaciones de orfandad», [2] es decir, persigue definir la legislación aplicable a las prestaciones de que se trata, la cual, con arreglo al apartado 1 del artículo 78, es una y

2 — Sentencia de 16 de marzo de 1978, Laumann (115/77, Rec. p. 805), apartado 7.

exclusiva (principio de unicidad de la legislación aplicable).

12. El criterio para la determinación de la legislación aplicable cuando el trabajador estuvo sometido a las legislaciones de varios Estados miembros, como en el caso de autos, es el del lugar de residencia del huérfano si y en tanto existe un derecho a una de las prestaciones previstas en el apartado 1 del artículo 78, entre ellas las pensiones de orfandad, de conformidad con ese Derecho. Si al amparo de dicha legislación no nace el derecho a una de las referidas prestaciones, en virtud de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 79, que remite expresamente al inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78, se acumularán, en la medida necesaria, los períodos de seguro cubiertos por el trabajador bajo la legislación de otro Estado miembro, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 45 o en el artículo 72 del Reglamento, a los que se hace remisión en la citada letra a) del apartado 1 del artículo 79.

13. Si no existe derecho a la prestación según el primer inciso, el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 establece, en un primer supuesto, que es aplicable la legislación del Estado miembro bajo la que el trabajador hubiera permanecido más tiempo, acumulando, cuando proceda, [3] los períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro.

14. Por último, si tampoco existiera un derecho a prestaciones con arreglo a esta última disposición, en el segundo supuesto del inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 se dispone que los requisitos para el nacimiento del derecho se examinarán en relación con las legislaciones de los otros Estados miembros afectados, siguiendo, en escala decreciente, el orden marcado por la distinta duración de los períodos de seguro o de residencia que tuviera cubiertos el trabajador difunto bajo las legislaciones de tales Estados miembros.

15. Es cierto que, literalmente, este último supuesto no remite a las disposiciones sobre totalización de la letra a) del apartado 1 del artículo 79. No obstante, como correctamente destaca la Comisión, esa omisión ha de atribuirse a razones de sistema del texto y a un deseo de evitar repeticiones. En efecto, la remisión a la disposición mencionada se había efectuado ya dos veces en el marco de la definición del método de determinación de la legislación aplicable, por lo que su repetición una tercera vez hubiera sido superflua, por innecesaria. Por otro lado, no hay ninguna razón de fondo para que se permita la totalización con respecto al Estado de residencia del huérfano o al Estado en el que el trabajador haya cubierto períodos de seguro de mayor duración y, por otro lado, se excluya con respecto al Estado en el que se hayan cubierto períodos de seguro de menor duración.

3 — Es decir, como expuse en el punto precedente, si, eventualmente, el trabajador no cubrió el período mínimo de seguro que exige la legislación de dicho Estado para la adquisición del derecho a prestaciones.

Por otra parte, ello sería contrario al fin perseguido por el legislador comunitario. En efecto, del tenor de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 se desprende de forma meridiana la preocupación del legislador comunitario por que se agoten todos los medios que contempla el ordenamiento jurídico comunitario con el fin de que los huérfanos no resulten privados de cualquier prestación por el hecho de que el trabajador fallecido no haya cubierto, eventualmente, los períodos de seguro exigidos para estar sujeto exclusivamente a la legislación de un Estado miembro. [4]

16. No obstante, ha de tenerse en cuenta que las disposiciones del artículo 78, por su propia naturaleza, son normas imperativas y deben ser objeto de aplicación uniforme y homogénea en la Comunidad. Mediante dichas normas, el legislador comunitario privó a los Estados miembros de la posibilidad de determinar a su arbitrio la legislación nacional aplicable en cada caso. [5] Lo mismo se aplica, con mayor razón, a los beneficiarios de prestaciones, quienes, por tanto, no pueden elegir por su propia iniciativa la legislación a la que estarán sujetos.

17. Además, la coherencia interna entre las disposiciones de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 permite inferir que cada uno de los tres supuestos es autónomo y no debe confundirse con el anterior o el siguiente, así como que el orden en que se aplican cada uno de ellos es obligatorio. Por consiguiente, para que se apliquen los supuestos segundo o tercero debe haber concluido infructuosamente el examen a la luz del supuesto inmediatamente precedente. De ello se sigue que también los criterios relacionados con la aplicación de cada supuesto deben tomarse en consideración en el marco de cada uno de dichos supuestos, en el orden apropiado, no permitiéndose la confusión de criterios correspondientes a supuestos distintos.

18. Pasemos ahora a la cuestión relativa a si la determinación de la legislación aplicable con arreglo al apartado 2 del artículo 78 es definitiva o puede modificarse y, en su caso, en qué condiciones.

19. El hecho de que la legislación aplicable sea una y exclusiva no significa que su determinación sea definitiva e inmutable. Dichas disposiciones se refieren a la «concesión» de las prestaciones de orfandad, la cual está sujeta a determinados requisitos de hecho y de Derecho. Los requisitos de Derecho se regulan, en parte, en los ordenamientos jurídicos nacionales y, en parte, en el ordenamiento comunitario, mientras que los requisitos de hecho dependen de la situación personal del interesado y, en general, de los hechos de cada asunto concreto.

En consecuencia, se suscita una cuestión relativa a la legislación aplicable en cada ocasión en que se trata de conceder una prestación de

4 — Es característico que el segundo supuesto contemplado en el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 haga referencia únicamente, a falta de períodos de seguro, a «períodos de residencia» para la determinación del derecho a prestaciones. Análoga benevolencia del legislador comunitario se desprende de las correspondientes disposiciones de la letra b) del apartado 2 del artículo 77, que se refieren a las prestaciones de los hijos a cargo de los titulares de pensiones.

5 — Véase la sentencia de 22 de septiembre de 1982, Kuijpers (276/81, Rec. p. 3027), apartado 14.

Seguridad Social, teniendo en cuenta, por otro lado, que el principio general es que el momento pertinente para la determinación de los requisitos de hecho y de Derecho para poder disfrutar de las prestaciones es el momento de concesión de estas últimas.

En consecuencia, en la medida en que los requisitos de hecho y de Derecho con arreglo a los cuales se concedió la prestación se mantengan inalterados, en principio, no cabe hablar de cambio de legislación aplicable según el apartado 2 del artículo 78. No obstante, en la medida en que entretanto hayan variado los requisitos de hecho y de Derecho con arreglo a los cuales se concedió una prestación, eventualmente puede plantearse la cuestión de la legislación aplicable según el apartado 2 del artículo 78. En otras palabras, la legislación aplicable de conformidad con el apartado 2 del artículo 78 del Reglamento sigue siendo la misma, siempre y cuando los requisitos pertinentes de hecho y de Derecho con arreglo a los cuales se concedió la prestación hayan permanecido inalterados.

20. Como ejemplo de cambio de régimen jurídico que entraña un cambio de legislación aplicable cabe referir la modificación del artículo 42 del Reglamento nº 3, [6] que designaba al Estado de empleo de la persona fallecida como deudor de la pensión de orfandad, introducida mediante el artículo 1 del Reglamento nº 1/64/CEE. [7]

Según su tenor modificado, el referido artículo, en la letra b) de su apartado 6, contiene disposiciones análogas a las de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento nº 1408/71, es decir, se refiere a la competencia del Estado de residencia de los huérfanos para la concesión de las prestaciones. Como es habitual en estos casos, mediante la disposición transitoria del artículo 4 del Reglamento nº 1/64 se regularon las cuestiones de Derecho transitorio derivadas de la modificación efectuada.

21. Lo mismo sucede cuando se sustituye íntegramente el régimen de un Reglamento por un nuevo Reglamento, situación en la que una vez más, por regla general, se regulan las cuestiones de Derecho transitorio suscitadas mediante disposiciones transitorias, siendo la regla la protección de los derechos adquiridos al amparo del régimen anterior. De este modo, por ejemplo, el apartado 5 del artículo 94 del Reglamento nº 1408/71, que se aplica, por mandato expreso del legislador comunitario, también a las prestaciones contempladas en el artículo 78, establece que los derechos de todos aquellos que antes de la entrada en vigor del Reglamento, es decir, antes del 1 de octubre de 1972 o, en su caso, de la fecha de aplicación del Reglamento en el territorio del Estado miembro interesado (en el caso de autos, desde el ingreso de España en la CEE, el 1 de enero de 1986), podrán ser revisados, a petición de las personas interesadas, con arreglo a lo dispuesto en el nuevo Reglamento. [8]

6 — DO 1958, 30, p. 361.

7 — DO 1964, 1, p. 1.

8 — No obstante, un hecho nuevo sobrevenido durante la vigencia del nuevo Reglamento, que influye en el derecho a prestaciones, tal como un cambio en la situación personal del asegurado, debe apreciarse de conformidad con las disposiciones del nuevo Reglamento. Véase la sentencia de 4 de mayo de 1988, Viva (83/87, Rec. p. 2521).

22. Procede considerar que la misma solución se aplica también en caso de sustitución de las disposiciones de un Convenio de Seguridad Social bilateral antes vigente por las disposiciones del Reglamento, supuesto que interesa de manera especial en el presente asunto. Ciertamente, el Reglamento nº 1408/71, a diferencia del Reglamento nº 3 anteriormente vigente, que en su artículo 41 se ocupaba de las cuestiones de Derecho transitorio derivadas de la derogación de las disposiciones de Convenios bilaterales anteriores, no regula esta cuestión de forma expresa y exhaustiva. Sin embargo, dada la generalidad del tenor del artículo 94, debe considerarse que dicho artículo comprende también los casos de los derechos nacidos con anterioridad con arreglo a Convenios bilaterales.

Esta interpretación resulta también corroborada por el tenor del apartado 9 del artículo 94, que se refiere, en particular, a los derechos que los interesados derivan de acuerdos bilaterales concluidos por Francia. *A contrario,* se infiere que los derechos derivados de acuerdos bilaterales concluidos por los restantes Estados miembros se regulan, en lo sucesivo, por las disposiciones generales del artículo 94, en relación, en lo que respecta a las pensiones de orfandad, con las disposiciones del artículo 78.

23. Por este motivo, parece que la institución de Seguridad Social alemana, la cual, como ya se ha expuesto (véase el punto 5 *supra),* era inicialmente competente, con arreglo al Convenio hispano-alemán, para la concesión de la pensión a los demandantes, quedó dispensada de la correspondiente obligación desde la fecha del ingreso de España en la CEE (y, por tanto, desde la aplicación a España del Reglamento nº 1408/71), con la consecuencia de resultar competente la institución de Seguridad Social española. Así pues, aquí, el cambio de régimen jurídico regulador de la relación de Seguridad Social puede implicar un cambio de legislación aplicable a efectos de la concesión de las prestaciones. [9]

24. En lo que respecta a los requisitos de hecho para la concesión de las prestaciones, cuya variación puede conducir a la variación del derecho a prestaciones de orfandad, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 92 del

9 — Si, como ya he expuesto, las cuestiones de Derecho transitorio se regulan en este caso por las disposiciones del artículo 94 del Reglamento, con razón se pregunta la Comisión en sus observaciones escritas con qué base jurídica se produjo el traspaso de la competencia para la concesión de la pensión a los demandantes. En efecto, como indiqué en el punto precedente, con arreglo al apartado 5 del artículo 94 los derechos ya liquidados antes de la aplicación del reglamento, como sucedió en el presente caso, pueden revisarse únicamente a petición de las personas interesadas. Interpretando esta disposición, este Tribunal ha declarado que el derecho de que se trata se ejerce, en principio, exclusivamente por parte del interesado y en beneficio suyo, y que la institución competente de un Estado miembro no puede actuar en lugar de un asegurado en el ejercicio de sus derechos [sentencia de 13 de octubre de 1976, Saieva (32/76, Rec. p. 1523), apartado 18, y sentencia Viva, citada en la nota 8 *supra,* apartado 10]. No obstante, en esta última sentencia el Tribunal de Justicia expresó de forma clara que este principio no se aplica a situaciones que impliquen de oficio una nueva liquidación de los derechos a prestaciones, tal como en caso de cambio sobrevenido en la situación individual del interesado con posterioridad a la derogación, con arreglo al artículo 100 del reglamento nº 1408/71, del Reglamento anterior al amparo del cual se había liquidado el derecho (apartado 11 de la sentencia Viva). Según mi parecer, por analogía, la sustitución de un Convenio bilateral por el Reglamento constituye un motivo para proceder de oficio a la revisión de los derechos a prestaciones, de conformidad con las nuevas disposiciones del artículo 78 relativas a la competencia y a la legislación aplicable, al margen de que el interesado haya presentado la correspondiente solicitud. Por consiguiente, la institución de Seguridad Social alemana obró correctamente al conceder la pensión durante el período en que era competente, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio hispano-alemán, al igual que cuando remitió el expediente a la institución de Seguridad Social española, a la que correspondía la competencia en lo sucesivo.

Reglamento nº 574/72, [10] que establece lo siguiente:

«Cualquier persona a la que, en virtud del artículo 77 o del artículo 78 del Reglamento, se le paguen prestaciones por hijos del titular de una pensión o de una renta o por huérfanos tendrá la obligación de informar a la institución deudora de dichas prestaciones:

— De cualquier cambio que se produzca en la institución [léase "situación"] de los hijos o de los huérfanos y que pueda modificar el derecho a las prestaciones.

— De cualquier variación en el número de los hijos o los huérfanos que han motivado las prestaciones debidas.

— De cualquier traslado de residencia de los hijos o de los huérfanos.

— Del ejercicio de cualquier actividad profesional que origine un derecho a prestaciones o subsidios para esos hijos o esos huérfanos.»

25. Las modificaciones de los referidos requisitos pueden conducir a la revisión del derecho a prestaciones en el marco de la legislación aplicable y, eventualmente, también a un cambio de legislación aplicable. Así, el cambio de residencia del huérfano implica, en la medida en que el trabajador haya estado sujeto a las legislaciones de al menos dos Estados miembros, un cambio de legislación aplicable. [11]

26. El cambio de situación personal del beneficiario de las prestaciones (primer supuesto) puede, en principio, conducir a la revisión de la decisión relativa a la concesión de la prestación, en el marco de la segunda legislación aplicada. [12]

27. La mayoría de edad del huérfano constituye, sin lugar a dudas, un cambio en la situación personal que influye en el derecho

10 — En su versión codificada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83.

11 — Esto se considera tácitamente aceptado en todos aquellos casos en que las familias o huérfanos que han regresado a sus lugares de origen solicitan un complemento de las prestaciones al Estado a cuya legislación estuvo sujeto el trabajador y que concede las prestaciones más elevadas. El propio concepto de «complemento» que, según la jurisprudencia de este Tribunal, equivale a la diferencia entre las prestaciones efectivamente abonadas en el Estado de residencia y las prestaciones que tendrían derecho a percibir los beneficiarios con arreglo a la legislación del Estado que concede las prestaciones más elevadas, presupone que el traslado al Estado de residencia determina en lo sucesivo la aplicabilidad de la legislación de este último Estado.

12 — Como, por ejemplo, el paso, por fallecimiento del cónyuge, del estado de persona «casada» al de persona «que vive sola» (véase la sentencia Viva, citada en la nota 8 *supra*).

a prestaciones. Así, en España, dicha mayoría de edad, que se alcanza a la edad de 18 años, lleva aparejado el fin del abono de la pensión. En Alemania, cuando el beneficiario alcanza esa misma edad, en principio, también se pone fin al abono de la pensión de orfandad. Sin embargo, en este último país, la circunstancia de estar cursando estudios constituye otro cambio en la situación personal que justifica la conservación o recuperación del derecho a prestaciones. Y ello porque, con arreglo al Derecho alemán, si el huérfano continúa sus estudios se le sigue abonando la pensión hasta que cumple 25 años. [13]

Así pues, la cuestión estriba en determinar si la mayoría de edad, unida a la circunstancia de estar cursando estudios, que con arreglo al Derecho español entraña, *ipso facto*, la interrupción del abono de la pensión, puede conducir a un cambio de legislación aplicable con arreglo al apartado 2 del artículo 78 del Reglamento.

28. Los demandantes, al igual que los Gobiernos español, griego y sueco, y la Comisión, en líneas generales, invocando la conocida jurisprudencia de este Tribunal (sentencias Laterza, [14] Gravina, [15] D'Amario [16] y Athanasopoulos y otros), [17] sostienen que la respuesta a este interrogante ha de ser positiva, con arreglo a lo dispuesto en el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento.

29. Para empezar, procede señalar que, en la citada jurisprudencia, este Tribunal introdujo una ruptura en el principio de unicidad y exclusividad de la legislación aplicable adoptado en los artículos 77 y 78 del reglamento. Mediante dicha jurisprudencia, interpretando el reglamento a la luz del artículo 51 del Tratado, que tiene por objeto garantizar la libre circulación de los trabajadores migrantes, el Tribunal de Justicia declaró que el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 y el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77 no pueden hacer que desaparezca ni reducir, en el Estado de residencia, derechos en materia de Seguridad Social anteriormente adquiridos en otro Estado miembro, y que cuando el importe de las prestaciones debidas por otro Estado miembro que abona prestaciones más ventajosas, el interesado tiene derecho a recibir, a cargo de este último Estado, un complemento de las prestaciones equivalente a la diferencia entre ambos importes.

No obstante, esa jurisprudencia, como correctamente sostiene el Gobierno alemán, se refiere al complemento de prestaciones, es decir, a casos en los que el beneficiario es titular de un derecho a prestaciones tanto en el Estado de residencia como en el otro Estado que concede las prestaciones más ventajosas, cuya pérdida o reducción prohíbe el Derecho comunitario, de tal modo que tiene derecho a un complemento equivalente a la diferencia entre ambos importes.

13 — Digo conservación o recuperación puesto que, como lógicamente cabe suponer, el huérfano tendrá derecho a una pensión a partir de la fecha en que cumpla 18 años en la medida en que esté estudiando en ese momento y mientras continúa haciéndolo, hasta que cumpla 25 años (conservación del derecho). No obstante, si comienza sus estudios a la edad de 20 años, supongo que el abono de la pensión se reanudará desde ese momento (recuperación del derecho).

14 — Sentencia de 12 de junio de 1980 (733/79, Rec. p. 1950).

15 — Sentencia de 9 de julio de 1980 (807/79, Rec. p. 2205).

16 — Sentencia de 24 de noviembre de 1983 (320/82, Rec. p. 3811).

17 — Sentencia de 11 de junio de 1991 (C-251/89, Rec. p. I-2797).

De ello se infiere que el interesado no tiene derecho al complemento en aquellos casos en que el trabajador del cual deriva su derecho a las prestaciones [18] no tenía, a título individual, un derecho a prestaciones en el otro Estado.

30. Por otra parte, dicho derecho no se adquiere exclusivamente basándose en las normas relativas a la totalización contempladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 79 del Reglamento. Ello se desprende de forma clara de la sentencia de este Tribunal de 27 de febrero de 1997, Bastos Moriana y otros. [19] En aquel asunto, unos beneficiarios de prestaciones con arreglo a los artículos 77 y 78 del Reglamento, residentes en España, solicitaron el abono de un complemento de prestaciones a la institución de Seguridad Social de Alemania, país en el cual, sin embargo, el derecho a prestaciones se había adquirido únicamente en virtud de las normas de totalización del artículo 45 del Reglamento y no exclusivamente en virtud de la legislación alemana. El Tribunal de Justicia, interpretando la jurisprudencia Athanasopoulos y otros (apartado 21) y la sentencia de 28 de noviembre de 1991, Durighello (C-186/90, Rec. p. I-5793), apartado 22, consideró que las prestaciones de las que la aplicación de los artículos 77 y 78 no priva a los interesados eran las concedidas *únicamente* con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, en función de los períodos de seguro cubiertos en dicho Estado, y no las adquiridas en el Estado de que se trate mediante totalización (apartados 17 a 19). Así, el Tribunal declaró que: «[...] el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento deben interpretarse en el sentido de que la institución competente de un Estado miembro no está obligada a conceder a los titulares de pensiones o de rentas, o a los huérfanos, que residan en otro Estado miembro prestaciones familiares complementarias en caso de que el importe de las prestaciones familiares pagadas por el Estado miembro de residencia sea inferior al de las prestaciones que prevé la legislación del primer Estado miembro, cuando el derecho a la pensión de orfandad no se haya adquirido exclusivamente en razón de los períodos de seguro cubiertos en dicho Estado» (apartado 23 y parte dispositiva).

31. Por consiguiente, mediante dicha sentencia, una cuestión que estaba pendiente desde hacía mucho tiempo, a saber, la de si por «derecho adquirido» debe entenderse únicamente el derecho pleno a prestaciones adquirido en el otro Estado miembro o también la expectativa de derecho (o derecho condicional), fue resuelta, a mi entender, de forma clara, en favor del primer punto de vista. [20]

32. A mi entender, la misma solución se impone también en el presente caso, dado que los hechos y las pretensiones de los interesados en ambos asuntos coinciden en gran medida. El hecho de que en aquel asunto se solicitase un complemento de la prestación, mientras que en el presente lo que se solicita a la institución alemana es la propia prestación, carece de importancia, habida cuenta de la precisa aclaración efectuada por este Tribunal en el sentido de que el interesado puede exigir la prestación al otro Estado únicamente si el derecho a la misma se causó en dicho Estado de conformidad con su legislación.

18 — Véase la sentencia Athanasopoulos y otros, antes citada, apartado 32.

19 — Asunto C-59/95 (Rec. 1997, p. I-1071).

20 — Procede señalar que el Abogado General Sr. Fennelly sostuvo el punto de vista opuesto en sus conclusiones (véase el punto 31 de las conclusiones en el asunto Bastos Moriana y otros). La misma postura había sido mantenida anteriormente también por el Abogado General Sr. Van Gerven (véanse los puntos 14 y 15 de sus conclusiones en el asunto Athanasopoulos y otros).

33. Por otro lado, la circunstancia de que en el asunto Bastos Moriana y otros el Tribunal se limitase a interpretar los dos incisos i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77 y de la letra b) del apartado 2 del artículo 78, [21] únicas disposiciones que citó, denota indirectamente, aunque de forma clara, que no cabe aplicar las alternativas previstas en el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 de dichos artículos.

Ello es corolario lógico del criterio antes citado del Tribunal de Justicia, dado que tanto en el asunto Bastos Moriana y otros como en el presente las pretensiones de los interesados podrían satisfacerse, a través del mecanismo previsto en el inciso ii), únicamente si a los períodos de seguro cubiertos por el trabajador asalariado en Alemania (insuficientes, por sí solos, para fundar un derecho con arreglo al ordenamiento jurídico alemán) se sumaran, mediante totalización, los períodos de seguro en España, posibilidad ésta que, sin embargo, fue excluida por el Tribunal de Justicia.

Por este motivo, soy del parecer de que no cabe aplicar en el presente asunto el mecanismo del inciso ii) en favor de los solicitantes.

34. Las alegaciones aducidas de contrario no convencen. Para empezar, debería aclararse que la letra a) del apartado 1 del artículo 79, que, si no me equivoco, el órgano jurisdiccional remitente considera aplicable de forma autónoma, no puede aplicarse de manera aislada con el fin de determinar la legislación aplicable, sino únicamente en relación con las disposiciones de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 y en la medida en que estas disposiciones remitan al referido artículo. Ello se desprende claramente del tenor del apartado 1 del artículo 79, que presupone que ya se ha localizado la legislación aplicable de conformidad con el artículo 78, así como de la introducción de la letra a) del apartado 1 del artículo 79. [22] Por tanto, el apartado 2 del artículo 78 no remite exactamente a la letra a) del apartado 1 del artículo 79 sino al *mecanismo* de totalización mencionado en esta disposición, mecanismo que se define en los artículos 45 y 72 del Reglamento.

Habida cuenta de lo que antecede, la «adquisición», «conservación» y «recuperación» del derecho a prestaciones a las que contribuye la totalización contemplada en la letra a) del apartado 1 del artículo 79 deben entenderse *dentro* de la legislación aplicable, *ya* determinada de conformidad con el apartado 2 del artículo 77 y el apartado 2 del artículo 78. En otras palabras, las demandantes se equivocan al tratar de *recuperar* el derecho a pensión que en otro tiempo les concedió la institución de Seguridad Social alemana, principalmente porque dan por hecho precisamente aquello que solicitan, a saber, la aplicabilidad del presente caso de la legislación alemana. [23]

21 — Apartados 8 y 9 de la sentencia.

22 — «a) si esta legislación [es decir, la determinada en los artículos 77 y 78] prevé que [...]».

23 — No cabe hablar de «adquisición» del derecho, de acuerdo con todo lo expuesto en los puntos que anteceden. Pero tampoco puede hablarse de «conservación» del derecho a prestaciones con arreglo a la legislación española, dado que, como ya se ha indicado, dicha legislación excluye en el caso de autos la continuación del abono de la pensión.

35. Habida cuenta de lo que antecede, considero que en las presentes circunstancias no cabe aplicar las disposiciones del inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento y, por tanto, que no es posible traspasar a la institución de Seguridad Social alemana la competencia relativa a la concesión de la pensión.

36. Ciertamente, ello no significa que la legislación aplicable determinada de conformidad con el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 no pueda cambiar en ningún caso. Estoy convencido de que *si* el padre de los demandantes *hubiera* cubierto en Alemania el período exigido para causar derecho a pensión, aplicando la jurisprudencia de este Tribunal, incluida la sentencia Bastos Moriana y otros, los demandantes podrían reclamar de la institución alemana la continuación del abono de la pensión, por razón de estudios, al margen de que la legislación española no contemple semejante derecho. Y ello porque, en tal caso, se trataría de una ventaja parcial o de un derecho parcial o accesorio del derecho a pensión básico, que correspondería al asegurado con arreglo al Derecho alemán y que no podrían perder los demandantes debido a la aplicación del artículo 78. [24]

37. Si esta hipótesis es correcta, lleva a la conclusión de que la causa principal por la cual los demandantes no pueden obtener la continuación del abono de la pensión con arreglo al Derecho alemán no es la circunstancia del traslado de la residencia familiar a España efectuado por su difunto padre y el hecho de que residan en ese país, sino el hecho (desgraciadamente irremediable) de que el trabajador no había cubierto el período de seguro exigido con arreglo al Derecho alemán.

38. Los demandantes alegan que una interpretación del artículo 78, como la que propongo, es contraria a los principios de igualdad de trato y al artículo 51 del Tratado, además de conducir a resultados absurdos. Y ello porque, como también observa el órgano jurisdiccional remitente, si un huérfano en esas circunstancias abandonase Alemania poco después de cumplir 18 años *conservaría* el derecho a pensión, mientras que si abandonase el país poco antes de la mayoría de edad se vería *privado* de dicha ventaja, como sucede en el caso de autos.

39. Esta alegación se basa en un presupuesto erróneo, puesto que el primer término de la comparación efectuada no es válido. En efecto, si los demandantes hubieran permanecido en Alemania, para cursar sus estudios, hasta pocos meses después de cumplir 18 años, continuarían percibiendo prestaciones durante ese período con cargo a la institución de Seguridad Social alemana. Sin embargo, tanto dichas prestaciones como las que percibieran con anterioridad a su mayoría de edad en Alemania, en razón de su residencia, se abonarían sobre la base de la

24 — Naturalmente, en tal caso, los demandantes tendrían también derecho a percibir un complemento de la pensión a cargo de la institución alemana hasta su mayoría de edad si, eventualmente, la prestación alemana fuese más elevada que la española.

totalización de los períodos de seguro de su padre en España, de conformidad con el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78, la letra a) del apartado 1 del artículo 79 y el artículo 45 del Reglamento, puesto que, como ya se ha examinado, el período de seguro del fallecido en Alemania era insuficiente para causar el derecho únicamente con arreglo a dicho ordenamiento jurídico. En consecuencia, mediante su traslado a España, de acuerdo con la sentencia Bastos Moriana y otros, habrían perdido el derecho a pensión ante la institución de Seguridad Social alemana.

40. Quizás la objeción basada en la desigualdad de trato resultaría más convincente si se basara en la comparación de la presente situación de los demandantes en España con la situación en que se hubieran encontrado de haberse trasladado a Alemania y haber permanecido allí con posterioridad a su mayoría de edad, o con la situación de otros huérfanos de trabajadores migrantes que, en circunstancias similares, hayan residido en todo momento en Alemania.

Por lo que respecta a la primera parte de dicha objeción, procede observar que la decisión de permanecer en España o, eventualmente, trasladarse a Alemania, corresponde, en principio, a la libre voluntad de los demandantes. Dicha decisión depende de la ponderación de numerosos factores, muchos de ellos subjetivos, y no está determinada exclusiva o principalmente por la perspectiva de percepción de una prestación de orfandad en el Estado de acogida. En consecuencia, en mi opinión, dicha hipótesis no presenta un grado de objetividad suficiente para sustentar un juicio sobre la existencia de una desigualdad de trato.

En lo que respecta a la segunda parte de la referida objeción, básicamente por los mismos motivos, no estoy enteramente convencido de que las dos situaciones sean comparables. Al igual que en el caso de los demandantes, la decisión de los progenitores o de la familia de permanecer en el mismo lugar o trasladar su residencia se toma previa ponderación de numerosos factores, y no exclusivamente en función de la perspectiva de percepción de prestaciones de Seguridad Social en el futuro.

41. A este respecto, aunque también en relación con la segunda objeción, relativa a la contradicción del artículo 51 del Tratado por el artículo 78 del Reglamento, que se formula de forma más bien indefinida, debe asimismo tenerse en cuenta que, como se desprende de la resolución de remisión, el padre de los demandantes falleció antes del ingreso de España en la Comunidad Europea y, por tanto, no tiene la calidad del trabajador a efectos del artículo 48 del Tratado, [25] ni tampoco, por ende, a efectos del artículo 51. Dado que los derechos de los demandantes se derivan de los derechos del trabajador fallecido, [26] dudo que, en estas circunstancias, pueda invocarse eficazmente el artículo 51 del Tratado.

25 — Véase la sentencia de 25 de junio de 1997, Mora Romero (C-131/96, Rec. p. I-3659), apartado 17.

26 — Véase la sentencia Athanasopoulos y otros, antes citada, apartado 32.

B. *Sobre las cuestiones segunda y tercera*

42. Dado que, como antes afirmé, el apartado 2 del artículo 78 del Reglamento no proporciona fundamento para atender la pretensión de los demandantes, deben examinarse las cuestiones segunda y tercera, en las que el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, a este respecto, cabe aplicar las disposiciones del Convenio hispano-alemán de 1973, modificado en 1975.

43. Los Gobiernos alemán y austriaco proponen que se dé una respuesta negativa, mientras que las restantes partes que presentaron observaciones sostienen que la respuesta debe ser afirmativa.

44. Como es sabido, en la sentencia de 7 de junio de 1973, Walder, [27] invocada por los Gobiernos mencionados, se declaró que el Reglamento nº 1408/71 sustituye los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados anteriormente, si no se mencionan en el Anexo pertinente de dicho Reglamento, aun cuando su aplicación implique, para el beneficiario de las prestaciones, ventajas superiores a las derivadas del Reglamento (apartados 8 y 9).

45. No obstante, mediante su sentencia de 7 de febrero de 1991, Rönfeldt, [28] el Tribunal de Justicia, tras considerar que se entiende por prestaciones concedidas por la legislación también las prestaciones resultantes de las disposiciones de los Convenios internacionales de Seguridad Social que colocan al trabajador interesado en una situación más favorable de la resultante de la normativa comunitaria (apartado 27), declaró que: «el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivaría, para los trabajadores interesados, de la inaplicabilidad como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/81, de los Convenios vigentes entre dos o varios Estados miembros y que estén integrados en su Derecho nacional» (apartado 29).

46. En su posterior sentencia de 9 de noviembre de 1995, Thévenon, [29] el Tribunal de Justicia comprobó que el Sr. Thévenon, trabajador francés que había estado empleado en Francia y en Alemania y solicitaba la aplicación a su favor del Convenio de Seguridad Social franco-alemán de 1950, ejerció el derecho de libre circulación *después* de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/71, es decir, en un momento en que el Convenio ya había sido sustituido por el Reglamento. Ello diferenciaba el caso del Sr. Thévenon del asunto Rönfeldt, en el que el trabajador, además de en Alemania, había

27 — Asunto 82/72 (Rec. 1973, p. 599).

28 — Asunto C-227/89 (Rec. 1991, p. I-323).

29 — Asunto C-475/93 (Rec. 1995, p. I-3813).

trabajado en Dinamarca *antes* del ingreso de dicho país en la CEE y, en consecuencia, antes de la entrada en vigor, en ese país, del Reglamento. Habida cuenta de estas circunstancias, el Tribunal consideró que el Sr. Thévenon no podía pretender haber sufrido una pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivarían para él del Convenio franco-alemán y que, por tanto, en ese caso, este último Convenio no podía aplicarse (apartados 22 a 26).

Con esa motivación, el Tribunal de Justicia declaró que: «el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el Reglamento nº 1408/71, de conformidad con su artículo 6, sustituya a cualquier Convenio que vincule exclusivamente a dos Estados miembros, cuando un asegurado sólo haya cubierto, antes de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/71, períodos de seguro en uno de los Estados contratantes, ni siquiera cuando la aplicación del Convenio bilateral de Seguridad Social hubiera sido más favorable para el asegurado».

47. En el caso de autos, el Sr. Rodríguez falleció antes del ingreso de España en la CEE, tras haber trabajado en Alemania (Estado miembro) y en España (Estado no miembro), y sus hijos, que derivan de él sus derechos, causaron derecho a pensión sobre la base del Convenio hispano-alemán, pensión que les fue abonada por la institución de Seguridad Social alemana desde febrero hasta diciembre de 1985. Por otra parte, dicho Convenio se integró en el derecho de los dos países referidos.

48. Soy del parecer de que, una vez causado, dicho derecho está protegido no sólo en lo que respecta a la cuantía de la pensión sino también en cuanto a los restantes requisitos para su concesión, tanto sustantivos como temporales, siempre que sean más favorables para el asegurado o, por la misma razón, para sus derechohabientes.

49. No se discute que, de aplicarse en el presente caso el Convenio hispano-alemán, los demandantes tendrían derecho a que continuara abonándose la pensión con cargo a la institución de Seguridad Social alemana.

Por ello soy del parecer de que, en estas circunstancias, los artículos 48 y 51 del Tratado exigen la aplicación, en el presente caso, de las disposiciones del Convenio hispano-alemán, que es más favorable a los demandantes que la aplicación del régimen comunitario, es decir, del inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento.

VI. Conclusión

Habida cuenta de lo que antecede, propongo que se responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas:

«1) El inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 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, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que los huérfanos no tengan ya derecho a pensión de orfandad en su Estado miembro de residencia, por haber alcanzado la mayoría de edad, la institución competente de otro Estado miembro, cuya legislación contempla la continuación del abono de dicha pensión en razón de estudios, no está obligada a concederles la pensión siempre y cuando el huérfano no haya causado su derecho exclusivamente sobre la base de los períodos de seguro cubiertos en dicho Estado.

2) El apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la pérdida de ventajas de Seguridad Social que provocaría a los trabajadores por cuenta ajena interesados y a sus hijos huérfanos la imposibilidad de aplicar, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/71, los Convenios que estaban vigentes entre dos o más Estados miembros y que se integraron en su legislación nacional, en caso de que ya antes de la entrada en vigor del Reglamento se hubiera causado un derecho a la percepción de la pensión, de conformidad con las disposiciones del Convenio de que se trate. Como tal ventaja ha de entenderse también la continuación del abono de una pensión a los huérfanos con posterioridad a su mayoría de edad, en caso de estar cursando estudios.»