CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 9 de noviembre de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Bayerische Landessozialgericht ha planteado al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Ha de interpretarse el apartado 3 del artículo 44 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en el sentido de que las prestaciones en favor de los huérfanos, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del Reglamento (CEE), han de otorgarse a un huérfano residente en Italia sin aplicar el apartado 1 del artículo 48 del Reglamento (CEE), cuando el asegurado tan sólo ha cubierto en Italia menos de doce meses de período de seguro [apartado 1 del artículo 48 del Reglamento (CEE)], pero ha cubierto el período de carencia y cumple los requisitos internos de Italia para tener derecho a percibir prestaciones, aunque de forma conjunta con los períodos cubiertos en los demás Estados miembros?»

Contexto

2. El contexto de esta cuestión se puede resumir como sigue:

El padre del Sr. Natalino Ventura falleció el 30 de agosto de 1974. Era un trabajador migrante italiano que cotizó a la Seguridad Social en Alemania durante ciento veinticinco meses y en Italia durante cinco meses. Cuando en junio de 1975 el Sr. Natalino Ventura se fue a vivir a Italia, el Landesversicherungsanstalt Schwaben (en lo sucesivo, «LVA Schwaben») dejó de pagarle la mitad de la pensión de orfandad. El LVA Schwaben basó su resolución en el 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 [modificado y actualizado por el Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, DO 1983, L 230, p. 8; EE 05/03, p. 53]. El inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 de este Reglamento señala como legislación aplicable la del Estado de residencia. La institución italiana de Seguridad Social, el INSP, negó, no obstante, toda prestación al Sr. Ventura, basándose para ello en un requisito fijado por la legislación italiana, que exige un período mínimo de seguro de sesenta meses, y en el apartado 1 del artículo 48 del mencionado Reglamento (CEE) nº 1408/71, según el cual el Estado miembro en el que la duración del período del seguro no llegue a ser de un año puede denegar cualquier prestación en razón de disposiciones nacionales. El LVA Schwaben —teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se cita en el punto 9— decidió, el 2 de diciembre de 1980, conceder al Sr. Ventura una pensión complementaria de orfandad por importe de 80 DM al mes, lo que correspondía a la diferencia entre la pensión de orfandad alemana y (una estimación de) la italiana.

* Traducido del neerlandés.

3. El Sr. Ventura interpuso, sin éxito, ante el Sozialgericht de Augsburgo una demanda solicitando la anulación de la resolución del LVA Schwaben. Posteriormente, recurrió en apelación ante el Bayerische Landessozialgericht (en lo sucesivo, «Juez remitente»), quien ha planteado al Tribunal de Justicia la cuestión antes expuesta.

La inaplicabilidad del apartado 1 del artículo 48 del Reglamento (CEE) nº 1408/71

4. La cuestión planteada por el Juez remitente se refiere a la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 48 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 a las pensiones de orfandad (de las que tratan los artículos 78 y 79 de dicho Reglamento). El apartado 1 del artículo 48 niega cualquier derecho a prestaciones a cargo de un Estado miembro determinado:

«cuando la duración total de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro no llegue a ser de un año y, cuando el cómputo exclusivo de esos únicos períodos no basta para conferir derecho a las prestaciones en el marco de dicha legislación».

En consecuencia, la aplicación del apartado 1 del artículo 48 tendría por efecto que la institución italiana de Seguridad Social no tuviera que conceder prestación alguna.

5. La respuesta a esta cuestión se halla en el apartado 3 del artículo 44 del mencionado Reglamento (CEE) nº 1408/71, artículo al que se refiere la cuestión del Juez remitente. Este artículo reza como sigue:

«El presente capítulo [el capítulo 3] no atañe a los incrementos o suplementos de pensión para menores, ni a las pensiones de orfandad que son concedidas con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 8 [es decir, los artículos 77 a 79].»

El citado apartado 1 del artículo 48 forma parte del capítulo 3, por tanto, no es aplicable a las pensiones de orfandad.

6. Sin duda alguna, en el capítulo 8 y concretamente en el apartado 1 del artículo 79 se hace una remisión al artículo 45, que también pertenece al capítulo 3, pero, en mi opinión, ello no menoscaba el alcance claro y general del apartado 3 del artículo 44. La única finalidad de esta remisión es evitar repetir la descripción de determinado método de cálculo y, por tanto, constituye una economía de redacción de texto a la que deban atribuirse consecuencias de fondo.

7. La razón por la que no se declara aplicable a las pensiones de orfandad el apartado 1 del artículo 48 guarda relación, así me parece, con la regla contenida en la letra b) del apartado 2 del artículo 78. En cuanto a las pensiones de orfandad, este artículo sólo designa una de las diferentes legislaciones nacionales de Seguridad Social eventualmente aplicables, en lugar de designar, como es el caso para las pensiones de vejez y de invalidez, las legislaciones de diferentes Estados miembros, a saber, a prorrata de la duración de los respectivos períodos de seguro. En un sistema de prorrateo entre las diferentes legislaciones nacionales, como en el caso de las pensiones de vejez y de invalidez, la regla del apartado 1 del artículo 48 tiene por objeto excluir las prestaciones mínimas en virtud de una (o varias) de dichas legislaciones. Esta regla es superflua en un sistema como el que rige para las pensiones

de orfandad, en el que la designación de una sola legislación excluye automáticamente las prestaciones mínimas.

8. Como ha señalado el LVA Schwaben en sus observaciones escritas, parece que el Consejo ha elegido deliberadamente designar una sola legislación para las pensiones de orfandad. En un principio se hizo esta elección para los subsidios familiares de los huérfanos en la letra a) del apartado 2 del artículo 42 del Reglamento (CEE) nº 1/64 del Consejo, de 1 de febrero de 1964, y posteriormente también para las pensiones de orfandad en el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo. Esta elección obedeció al deseo de simplificar el sistema, tal como se dice en la introducción del Reglamento (CEE) nº 1/64, DO 1964, p. 1, primer considerando:

«Considerando que el método de cálculo de los subsidios familiares para huérfanos y para hijos de titulares de pensiones o rentas, previsto en el artículo 42 del Reglamento nº 3 y en los artículos 69 y 70 del Reglamento nº 4, en la práctica ha resultado ser demasiado complejo y que conviene sustituir el sistema actual por otro más sencillo» *(traducción no oficial).*

9. Ciertamente, el hecho de que en la jurisprudencia ulterior del Tribunal de Justicia, relativa al artículo 51 del Tratado, y en especial en la sentencia de 9 de julio de 1980 (Gravina, 807/79, Rec. 1980, p. 2205, apartado 6), se pusiera el acento en la obligación que tiene la institución de Seguridad Social, de un Estado miembro distinto del Estado miembro designado, de pagar una prestación complementaria —obligación que en el caso de autos reconoció el LVA Schwaben y que cumplió desde el 2 de diciembre de 1980 (véase más adelante en el apartado 14)— ha limitado en cierto sentido la simplificación deseada por el Consejo, tal como lo señala el Gobierno italiano en sus observaciones escritas. Por esta razón, en el pago de las prestaciones se ven interesadas de nuevo dos o más instituciones, según el caso. Esta designación de una institución complementaria de Seguridad Social responsable de la prestación obedece a la necesidad de respetar los derechos adquiridos; sin embargo, habida cuenta del texto explícito del apartado 3 del artículo 44 y de la opción política que lo rige, comentada en los puntos 7 y 8 anteriores, ello no puede tener por efecto que, con todo, sea aplicable el apartado 1 del artículo 48 (sentencia de 12 de junio de 1986, Ten Holder, 302/84, Rec. 1986, p. 1821, apartado 22).

10. Las observaciones que preceden pueden bastar para responder a la cuestión prejudicial planteada por el Juez remitente. Sin embargo, parece útil pararse brevemente a examinar dos alegaciones aducidas, la primera por el Gobierno italiano y la segunda por el Sr. Ventura.

Conformidad con el artículo 51 del Tratado CEE

11. En sus observaciones escritas el Gobierno italiano desarrolla el razonamiento de que los artículos 78 y 79 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 son contrarios al espíritu y a la letra del artículo 51 del Tratado CEE. Este razonamiento versa especialmente sobre la ya citada disposición del inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, según la cual, por lo que atañe al presente caso, se designa como única legislación aplicable en principio la del Estado miembro en cuyo territorio resida el huérfano («où réside l'orphelin»), en el caso de autos la legislación italiana.

12. Aunque la cuestión prejudicial del Juez remitente tiene por objeto exclusivamente la interpretación de artículos del mencionado Reglamento, *a priori* no parece que se deba excluir que el Tribunal de Justicia examine la importante cuestión de derecho sobre la validez de una parte del Reglamento cuando dicha cuestión guarda estrecha relación con la cuestión planteada por el Juez remitente en la que está contenida implícitamente, de modo que la respuesta que se dé puede entrañar consecuencias para el litigio pendiente ante el Juez remitente (véanse las sentencias de 15 de octubre de 1980, Roquette, 145/79, Rec. 1980, p. 2917, apartado 7; de 2 de junio de 1976, Milch-, Fett- und Eierkontor, 125/75, Rec. 1976, p. 771, apartado 7; y de 1 de diciembre de 1965, Schwarze, 16/65, Rec. 1965, p. 1081). En el caso de autos, la invalidez del inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 dejaría sin efecto la designación de la legislación italiana como legislación aplicable y tendría ciertamente una incidencia semejante.

13. En el caso de autos, deseo sugerir, no obstante, que no se siga este camino. Como se desprende del artículo 78 del Reglamento, la elección hecha por el Consejo para designar la legislación del Estado de residencia del huérfano como única legislación aplicable en principio —y ello en contra de cuanto rige para las pensiones de vejez entre otras (véase el apartado 7 anterior)— me parece que es una elección (impuesta por motivos de simplificación, como se ha señalado en el apartado 7) que emana de:

«la libertad reconocida al Consejo por el artículo 51 de elegir [...] cualquier modalidad objetivamente justificada, aunque las disposiciones adoptadas no consigan eliminar cualquier riesgo de desigualdad entre trabajadores como consecuencia de las disparidades entre los regímenes nacionales de que se trata» (sentencia de 13 de julio de 1976, Triches, 19/76, Rec. 1976, p. 1243, apartado 18) *(traducción provisional).*

Bien es verdad que el Consejo no puede añadir disparidades adicionales a las que ya emanan de la falta de armonización de las legislaciones extranjeras y menos aún cuando de este modo se introduce una forma encubierta de discriminación por razón de la nacionalidad [según la sentencia de 15 de junio de 1986, Pinna, 41/84, Rec. 1986, p. 1, apartado 21, en relación con el apartado 2 del artículo 73 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 aquí examinado]. Sin embargo, esto no parece ser el caso con el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del referido Reglamento.

Conflictos de competencia entre instituciones de Seguridad Social

14. En segundo lugar, me permito examinar brevemente una argumentación desarrollada por el Sr. Ventura y a la que la Comisión también ha aludido en el curso de la fase oral, porque se refiere al aspecto práctico del asunto. El Sr. Ventura hace notar que es víctima de un conflicto de competencia surgido entre dos instituciones nacionales de Seguridad Social. En efecto, desde el 1 de agosto de 1980 el Sr. Ventura solamente percibe una prestación complementaria de la institución alemana de Seguridad Social por importe de 80 DM, y ello de acuerdo con la ya mencionada y reiteradamente confirmada jurisprudencia del Tribunal en el asunto Gravina (*supra*, apartado 9) (por otra parte sorprende que la institución alemana no se haya atenido con efecto retroactivo a esta sentencia, con todo, interpretativa del Tribunal de Justicia). Esta situación lleva al Sr.

Ventura a sostener que la institución alemana, LVA Schwaben, como segunda institución responsable según el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, debía haber seguido pagando la totalidad de la prestación ya que la institución italiana, INPS, no se consideraba competente.

15. Esta tesis viene a decir que la aplicación de la regla subsidiaria del inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 depende de la propia interpretación que la institución de Seguridad Social de un Estado miembro haga del inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78. No se puede admitir esto (véase la sentencia de 12 de junio de 1986, Ten Holder, 302/84, Rec. 1986, p. 1821, apartado 21). En caso de desacuerdo entre instituciones nacionales acerca de la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, les corresponde más bien aplicar las disposiciones prescritas al respecto, a saber: en cuanto al procedimiento que deberá seguirse, la letra a) del artículo 81 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y, en cuanto a las medidas provisionales, el artículo 114 del Reglamento (CEE) nº 574/72, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 (DO 1972, L 74, p. 1; EE 05/01, p. 156). Este último artículo reza como sigue:

«Cuando haya discrepancia entre las instituciones o las autoridades competentes de dos o varios Estados miembros ya sea sobre la legislación que corresponde aplicar en virtud del título II del Reglamento ya sobre la determinación de la institución llamada a abonar las prestaciones, el interesado que pudiera solicitar las prestaciones si no hubiese discrepancia, disfrutará a título provisional de las prestaciones previstas por la legislación que aplique la institución del lugar de residencia, o, si el interesado no reside en el territorio de uno de los Estados miembros afectados, de las prestaciones previstas por la legislación que aplique la institución afectada que haya sido la primera en recibir la solicitud.»

Es evidente que la «institución del lugar de residencia» del interesado, designada según esta disposición para aplicar su propia legislación, debe tener en cuenta los períodos durante los cuales el trabajador migrante trabajó en los diferentes países.

Respuesta que se propone a la cuestión prejudicial

16. En vista de lo que se ha dicho en los puntos 4 a 9 acerca de la inaplicabilidad del apartado 1 del artículo 48 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, a las pensiones de orfandad contempladas en el artículo 78 del mismo Reglamento —resultado en el que no pueden hacer mella ni las observaciones del Gobierno italiano relativas a la validez del artículo 78 ni las del Sr. Ventura referentes al conflicto surgido entre las instituciones nacionales de Seguridad Social— me adhiero a la proposición de respuesta sugerida por la Comisión en sus observaciones escritas y propongo que

se responda a la cuestión planteada por el Bayerische Landessozialgericht de la siguiente forma:

«El apartado 3 del artículo 44 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 debe ser interpretado en el sentido de que el Estado miembro de residencia del huérfano debe abonar las prestaciones previstas en el artículo 78 de este Reglamento, sin que sea aplicable el apartado 1 del artículo 48 de dicho Reglamento, cuando el asegurado ha cubierto un período de seguro inferior a doce meses en dicho Estado miembro, pero ha cubierto el período de carencia y ha cumplido los demás requisitos nacionales de la prestación, habida cuenta de los períodos cubiertos en otros Estados miembros.»