

La prestación económica de asistencia personalizada para personas con gran dependencia: adecuación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

David Moreno Mendoza

Becario F.P.U. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN: delimitación del objeto de estudio**
- 2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE ASISTENCIA PERSONALIZADA PARA PERSONAS CON GRAN DEPENDENCIA: El Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea**
- 3. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN FINAL**

1. INTRODUCCIÓN: delimitación del objeto de estudio

En el presente estudio se analiza la *prestación económica de asistencia personalizada* establecida en el artículo 19 del actual *Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia*¹ en relación con el artículo 5 de dicho texto, relativo a los titulares de los derechos y, particularmente, se comentan las cuestiones que se consideran problemáticas sobre el alcance y la determinación de la titularidad de este derecho a esta prestación respecto de los ciudadanos de la Unión Europea.

En concreto, el objeto de este análisis se circunscribe al comentario de determinados aspectos del régimen jurídico de esta concreta prestación y en reflexionar sobre la adecuación de las disposiciones del actual Proyecto de Ley –especialmente las previsiones del artículo 5 en relación con la prestación del artículo 19- al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y a la normativa comunitaria sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, sobre la base de la interpretación consolidada que ha consagrado el TJCE sobre la exégesis de esta materia.

Finalmente, se aportarán conclusiones y reflexiones finales sobre la base de los comentarios razonados a lo largo del presente comentario con el fin de transmitir la idea de que el actual Proyecto, por lo que respecta al objeto de estudio del presente trabajo, debería ser rectificado en los términos que se argumentan, precisamente ahora que se está reflexionando sobre su contenido en la tramitación parlamentaria.

2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE ASISTENCIA PERSONALIZADA PARA PERSONAS CON GRAN DEPENDENCIA: El Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

Primeramente, debe iniciarse el presente comentario indicando que es condición *sine qua non* para comprender este estudio poner de relieve que el artículo 5 del actual *Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia*, referente a los Titulares de los derechos previstos en el Proyecto, únicamente indica que los titulares de los derechos establecidos en el citado Proyecto son <<los españoles>> y, siempre que cumplan los requisitos exigidos; los cuales son <<encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos>>, <<tener 3 o más años de edad>>, y,

además, se exige, en el párrafo c) del apartado 1 de dicho precepto, que se debe <<residir en territorio *español* y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud>>. Además, indica este apartado que <<para los menores de cinco años el periodo de *residencia* se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia>>.

Sobre la base de tal redacción, considero que cabe la posibilidad de valorar que parece que los autores de la redacción de este Proyecto de Ley no hayan tomado en consideración los artículos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) que consagran la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad -artículos 39 a 42-, ni la normativa de la Unión Europea sobre coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social; y, especialmente, da la impresión de que, en la elaboración del presente Proyecto, no se ha tenido en cuenta la significación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre esta materia.

Particularmente, considero reprochable la técnica legislativa empleada en la redacción del presente Proyecto, puesto que parece que los redactores de la futura Ley han olvidado que “la adhesión de España a las Comunidades Europeas implica el respeto y el cumplimiento de los Tratados Comunitarios así como todo su derecho derivado (acervo comunitario)²; porque, de acuerdo con el tenor literal del artículo 5 del Proyecto, hay que poner de manifiesto que, *en principio*, no se contempla previsión expresa respecto a los derechos de los ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por tanto, en principio, el Proyecto no los considera titulares de los derechos previstos por la futura Ley, dado que el apartado 2 del artículo 5 expresa, únicamente, que <<las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, *carezcan de la nacionalidad española* se registrarán por lo establecido en la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen*>>; siendo criticable, por consiguiente, que no se contemple previsión ni se haga referencia expresa alguna sobre el respeto de la Ley a la normativa comunitaria sobre la materia³.

A mi juicio, esta actual redacción no es la más acorde con el ordenamiento jurídico-comunitario, porque, de acuerdo con su tenor literal, parece dejar, *a priori*, sin protección a los ciudadanos comunitarios, dado que, atendiendo al tenor literal de su articulado, el texto da a entender que deberían registrarse, puesto que estos ciudadanos *carecen de la nacionalidad española*, por las normas a las que se refiere el citado apartado 2 del artículo 5; lo cual considero que es, a mi entender, una errata significativa de la técnica legislativa empleada por el legislador, puesto que el status jurídico-legal de los ciudadanos de la Unión Europea no se regula por “un Acuerdo internacional más en materia de Seguridad Social”, sino que debe tenerse en cuenta las disposiciones contempladas en el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, de 14 de junio, y en el Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social –que derogará el Reglamento (CEE) 1408/1971, a partir de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento, que será aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor de su Reglamento de Aplicación⁴–.

Respecto a la razón de tal redacción, valoro que es posible considerar que ésta sea consecuencia de que el legislador haya estado influenciado por tendencias protectoras nacionalistas⁵ sin haber tenido en consideración que tal regulación puede, en determinados

casos específicos, obstaculizar la libertad fundamental comunitaria de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea.

En segundo lugar, también, sería criticable, desde mi punto de vista, el redactado del actual artículo 5 del Proyecto, en los términos anteriormente comentados, porque si tenemos en cuenta que en el apartado 2 de la *Exposición de Motivos* del Proyecto expresamente se reconoce que <<la necesidad de *garantizar* a los ciudadanos, y a las propias Comunidades Autónomas, un marco *estable* de recursos y servicios para la *atención a la dependencia* y su progresiva *importancia* lleva ahora *al Estado* a intervenir en este ámbito con la regulación contenida en esta Ley, que la configura como *una nueva modalidad de protección social* que *amplía* y *complementa* la acción protectora *del Estado y del Sistema de la Seguridad Social*>> añadiendo, además, que <<se trata ahora de configurar un *nuevo* desarrollo de los *servicios sociales del país* que *amplíe* y *complemente* la acción protectora de *este sistema* (se entiende que “de la Seguridad Social”)>>, y, si tenemos presente que, de acuerdo con el art. 38.1.e) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, resulta que <<la acción protectora *del sistema de la Seguridad Social comprenderá*: Las *prestaciones de servicios sociales* que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de *inválidos* y de *asistencia a la tercera edad*, *así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente*>>; pues, por todo ello, interpreto que las prestaciones del Proyecto son prestaciones técnicas y económicas, que constituyen un derecho subjetivo a estos *Servicios Sociales*, los cuales son otra parte integrante de la acción protectora del sistema de la *Seguridad Social*⁶.

Y, por tanto, el legislador debería haber considerado, a efectos de la configuración del régimen jurídico de las prestaciones establecidas en el actual Proyecto –y, especialmente, en relación con la prestación del art. 19- que el Reglamento (CE) núm. 883/2004 indica, en su art. 3.1–o el art. 4.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971-, que <<el presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de *seguridad social*>> relacionadas con las prestaciones expresadas en las letras a) a j) del apartado 1 del precepto citado y, muy especialmente, debería haber tenido en cuenta la interpretación que el TJCE ha consagrado sobre la materia y su trascendencia práctica.

Puesto que, de no modificarse el texto del actual Proyecto de Ley, en concreto, el contenido del artículo 5.1.c) en relación con la prestación regulada en el artículo 19 -en conexión con el art. 14.5.-, y en caso de aprobarse el Proyecto con la redacción actual, ello implicaría que el Estado Español incumpliría con las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea por obstaculizar la Libre Circulación de los Trabajadores dentro de la Unión Europea, porque no debe olvidarse que <<como ha declarado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones, las disposiciones del Reglamento núm. 1408/1971 –y entiéndase también del Reglamento (CE) núm. 883/2004-, adoptadas de conformidad con el art. 42 TCE, deben ser interpretadas a la luz del objetivo de este artículo, que es contribuir al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores migrantes>>, ya que <<el objetivo de los artículos 39, 40, 41 y 42 del TCE no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder los beneficios de *seguridad social* que les concede la legislación de un Estado miembro>>⁷.

En relación con lo anteriormente comentado, considero importante advertir que, probablemente, en caso de aprobarse finalmente el texto del actual Proyecto y cuando se intente poner en práctica la Ley, resultará que el régimen jurídico de las prestaciones –y,

especialmente por lo que se refiere a la determinación de los titulares de los derechos a las mismas- contempladas en el actual redactado del Proyecto, seguramente, creará situaciones de dificultad interpretativa y aplicativa en relación con la determinación del alcance de la protección respecto a los ciudadanos comunitarios, lo cual generará situaciones litigiosas que podrán llegar a conocimiento del TJCE, en virtud del mecanismo previsto en el artículo 226 del TCE y del mecanismo regulado en el artículo 234.a) del TCE.

En este sentido, el autor y redactor del Proyecto debería haber tenido en cuenta que, de conformidad con la jurisprudencia *consolidada* emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –siendo este órgano jurisdiccional de la Unión Europea el garante de la interpretación y aplicación *uniforme* del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros [ex art. 220 TCE], y teniendo en consideración que la mayoría de estos pronunciamientos son sentencias *prejudiciales* “de interpretación” emitidas al resolver cuestiones prejudiciales [ex art. 234.a) TCE]⁸, lo que significa que dichas sentencias despliegan un efecto *general*, puesto que la interpretación que realiza el TJCE de la norma comunitaria vincula a los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros que deban aplicarla en cualquier tipo de litigios⁹-, resulta que el TJCE ha consagrado que debe interpretarse que, aunque no se mencionen como rama a parte, ni se definan por la dificultad de llegar a una definición común aceptada por todos los Estados miembros, hay que considerar que las *prestaciones de dependencia* están *incluidas* en el campo de aplicación del Reglamento (CEE) 1408/1971 -y, actualmente, también, del Reglamento (CE) 883/2004-.

Sobre la base de la jurisprudencia del TJCE¹⁰ y, especialmente, de conformidad con su sentencia de 5 de marzo de 1998, asunto C-160/96, *M. Molenaar*, debería haberse tomado en consideración que este Tribunal ha interpretado, en relación con estas prestaciones, que son prestaciones, en especie *o en metálico*, que *complementan* las del seguro de enfermedad. Y que, por ello, las primeras se conceden conforme a la legislación del país en el que se reside; pero, dado que las *económicas* son abonadas por la institución del país de aseguramiento o afiliación, que, en consecuencia, son *exportables*.

También, se debería haber prestado atención en que la sentencia de 8 de marzo de 2001, en el asunto C-215/99, *F. Jauch* -que confirma la línea iniciada en el asunto *Molenaar*- consideró que la “asignación de asistencia austríaca, abonable a las personas que *residen* en Austria para proporcionar ayuda y que puedan vivir de forma autónoma, *a pesar de estar incluida en el Anexo II bis del Reglamento (CEE) 1408/71 (lo que la excluiría de la exportación)* fue, no obstante, a juicio del TJCE, considerada una prestación de naturaleza idéntica a las prestaciones alemanas a que se refirió la sentencia *Molenaar* y, como tal, estimó que era una prestación *en metálico* que *completa* las prestaciones del seguro de *enfermedad* con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Añadiendo que, a tales efectos, es *irrelevante* que la “asignación de asistencia”, sea *o no* de carácter *contributivo*. Y, considero que, a consecuencia de lo anterior y de su calificación como prestación *en metálico* de *enfermedad*, debía abonarse aunque el interesado *no resida* en Austria¹¹.

Y, además, también es altamente significativo comentar que esta jurisprudencia del TJCE consolidada se reitera, recientemente, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 21 de febrero de 2006, asunto C-286/03, *S. Hosse v. Land Salzburg*, mediante la cual el TJCE ha interpretado que <<una prestación podrá ser considerada una prestación de *seguridad social* en la medida en que se conceda a sus beneficiarios, *al margen* de cualquier apreciación individual y *discrecional* de las necesidades personales, en función

de una situación *legalmente definida* y en la medida en que la prestación se refiera a *alguno* de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71 (sentencias de 27 de marzo de 1985, *Hoeckx*, 249/83, Rec. pg. 973, apartados 12 a 14; de 16 de julio de 1992, *Hughes*, C-78/91, Rec. pg. I-4839, apartado 15; de 5 de marzo de 1998, *Molenaar*, C-160/96, Rec. pg. I-843, apartado 20, y *Jauch*, apartado 25)>>¹².

En concreto, afirma el Tribunal que <<las *prestaciones*, concedidas de modo *objetivo*, en función de una situación *legalmente* definida, con el fin de *mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes*, están fundamentalmente destinadas a *completar las prestaciones* del seguro de *enfermedad* y *deben* ser consideradas «*prestaciones de enfermedad*» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71 (sentencias, antes citadas, *Molenaar*, apartados 24 y 25, y *Jauch*, apartado 28) >>¹³. Añadiendo que <<el hecho de que la concesión de la asignación no esté necesariamente ligada al abono de una prestación del seguro de enfermedad o de una pensión que se haya concedido en virtud del seguro de enfermedad *no* puede alterar este análisis>>¹⁴; afirmando además el TJCE que <<y *aun cuando presenten características propias*, tales prestaciones *deben* ser consideradas «*prestaciones de enfermedad*» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71>>¹⁵.

Por todo ello, y haciendo referencia al caso en concreto sobre el que se pronunció, el TJCE consideró que <<una prestación *de enfermedad* que se presenta como una *ayuda económica* que permite mejorar, en conjunto, el nivel de vida de las personas *dependientes*, de forma que se *compense* el incremento de los gastos ocasionados por el estado en que se encuentran, está *incluida* entre las «*prestaciones en metálico*» del seguro de *enfermedad* a que se refiere, en especial, el artículo 19, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 1408/71 (sentencia *Molenaar*, antes citada, apartados 35 y 36)>>¹⁶; y, por consiguiente, reiteró que <<el artículo 19 de dicho Reglamento, cuyo objeto consiste, precisamente, en garantizar al trabajador y a los miembros de la familia que *residen* en un Estado miembro *distinto* del Estado competente la concesión de las prestaciones de *enfermedad* previstas por la legislación aplicable, siempre que los miembros de la familia *no* tengan derecho a esas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en cuyo territorio residen>>¹⁷. Y, por tanto, concluyó poniendo de manifiesto que <<además, el artículo 19, apartado 2, del Reglamento núm. 1408/71 tiene por objeto, en particular, que la concesión de las prestaciones de *enfermedad* *no* esté supeditada a la *residencia* de los miembros de la familia del trabajador en el Estado miembro competente, *para no disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación*>>¹⁸. Por esto, en el caso concreto, interpretó que <<en consecuencia, sería contrario al artículo 19, apartado 2, del Reglamento núm. 1408/71, privar a la hija de un trabajador del beneficio de una prestación a la que tendría derecho si *residiese* en el Estado competente>>¹⁹.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE comentada anteriormente y, tanto sobre la base del Reglamento 1408/1971, como de acuerdo con las previsiones del nuevo Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, considero relevante reflexionar sobre la conformidad del artículo 5.1.c) -en relación con el artículo 19- del actual *Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia* con el ordenamiento jurídico-comunitario.

En primer lugar, si analizamos el citado artículo 19 -en relación con el art. 14.5 del actual Proyecto que consagra que <<las personas con *gran dependencia* podrán recibir una *prestación económica de asistencia personalizada* en los términos del artículo 19 (aunque,

como dispone el art. 17.1 <<únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el convenio celebrado entre la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma>>-), se observa que establece una <<prestación económica de asistencia personalizada>>, la cual <<tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con *gran dependencia*>>, puesto que <<su objetivo es *contribuir* a la contratación de una asistencia personalizada, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria>>; y, teniendo en cuenta que el art. 14.1 del Proyecto expresa, por lo que respecta a las *prestaciones económicas por dependencia*, que está destinada a <<atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria>>, por consiguiente, se puede afirmar que esta prestación es una como la que el TJCE ya ha considerado incluida en las *prestaciones en metálico de enfermedad*; ya que, como he citado anteriormente, el Tribunal considera una prestación de *enfermedad*, como aquella que se presenta como una ayuda económica que permite mejorar, en conjunto, el nivel de vida de las personas dependientes, de forma que se compense el incremento de los gastos ocasionados por el estado en que se encuentran -dado que, además, de acuerdo con el artículo 17.2 del Proyecto la prestación económica comentada de carácter personal <<estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio>>, lo que significa que, lógicamente, va dirigida a compensar el incremento de gastos ocasionado por la adquisición del servicio-. Y, sin duda, el fin de la prestación económica del artículo 19 del Proyecto es plenamente incardinable dentro de esta doctrina del TJCE que consideraría esta prestación como una *prestación en metálico de enfermedad*.

En segundo lugar, si analizamos rigurosamente esta concreta prestación del Proyecto se observa que, considerando que el art. 17.1 dispone que <<la prestación económica, que *tendrá* carácter *periódico*, se reconocerá, en los términos que se establezca *reglamentariamente* >>, y teniendo en cuenta que en virtud del art. 27.3 del Proyecto -relativo a la valoración de la situación de dependencia-, establece que <<el baremo establecerá los criterios *objetivos* de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia, y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso>>, se observa que tal prestación comentada debe ser considerada prestación de *enfermedad* en el sentido del art. 3.1.a) del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de conformidad con la exégesis comentada del TJCE, puesto que es constatable que tal prestación, como indica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 21 de febrero de 2006, asunto C-286/03, *S. Hosse v. Land Salzburg*, es <<una prestación de *seguridad social*>>, porque <<se conceda a sus beneficiarios, *al margen* de cualquier apreciación individual y *discrecional* de las necesidades personales, en función de una situación *legalmente definida* y en la medida en que la prestación se refiera a uno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1.a), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71>> -y, actualmente, en el art. 3.1.a) del nuevo Reglamento-.

Es altamente significativo poner de relieve que la comentada jurisprudencia del TJCE debe entenderse que continúa siendo aplicable, aunque haya entrado en vigor el nuevo Reglamento (CE) núm. 883/2004, puesto que las disposiciones contenidas en éste no desvirtúan las interpretaciones consagradas por el TJCE sobre el anterior Reglamento²⁰.

Aunque el anterior Reglamento 1408/1971 será derogado cuando sea aplicable el nuevo Reglamento, no obstante, considero relevante señalar que el TJCE considera estas prestaciones de dependencia como prestaciones de *enfermedad* porque, por lo que respecta al Reglamento 1048/1971, en su artículo 4, referente a su campo de aplicación material, se consagra, en su apartado 1 letra a), que el Reglamento <<se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de *seguridad social* relacionadas con: las prestaciones de *enfermedad*>>. Y, por ello, de acuerdo con su artículo 19.1.b), resulta que debe tenerse en cuenta que <<el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que *resida* en el territorio de un Estado miembro *distinto* del Estado *competente* y que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del artículo 18, disfrutará en el Estado de *su residencia*: de las prestaciones en *metálico* servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique>>. Y, además, también, debe tenerse presente que el apartado 2 de dicho precepto especifica que <<las disposiciones del apartado 1 serán aplicables por analogía a los miembros de la familia que *residan* en el territorio de un Estado miembro *distinto* del Estado competente, *siempre que no tengan derecho a estas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en cuyo territorio residen*>>.

E incluso, haciendo referencia al nuevo Reglamento 883/2004, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TJCE comentada no debería considerarse inaplicable para la interpretación del nuevo reglamento puesto que las previsiones de éste también permiten obtener la misma interpretación que el TJCE ya ha consagrado sobre la base del antiguo Reglamento, porque el artículo 3.a) del nuevo Reglamento también establece que éste <<se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de *seguridad social* relacionadas con las prestaciones de *enfermedad*>>. Y, porque, además, el artículo 34 establece que <<la persona asegurada y los miembros de su familia que *residan o se encuentren* en un Estado miembro *distinto* del Estado miembro *competente* tendrán derecho a prestaciones en *metálico* por parte de la institución competente de conformidad con la legislación que esta última aplica>>.

Además, tanto el anterior Reglamento como el nuevo establecen que <<no podrán ser objeto de *ninguna* reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario *resida* en el territorio de un Estado miembro *distinto* de aquél en que se encuentra la institución deudora>>²¹.

En este sentido, ya desde el considerando núm. 16 del nuevo Reglamento se indica que <<no está justificado que dentro de la comunidad los derechos a prestaciones de *seguridad social* dependan del lugar de *residencia* del interesado>>.

Y, así debería interpretarse para no menoscabar la *igualdad de trato* consagrada tanto en el art. 3.1 Reglamento 1408/1971 como en el art. 4 del nuevo Reglamento, en virtud de la cual 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*.

3. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN FINAL

En conclusión, sobre la base de las argumentaciones razonadas anteriormente, considero que el redactado del actual artículo 5.1.c) en relación con la prestación establecida en el artículo

19 del actual Proyecto de Ley podría ser considerado contrario al ordenamiento jurídico-comunitario.

Para intentar demostrar tal afirmación, comentaré un caso -que podría suceder realmente en la práctica- y que servirá para ayudarnos a reflexionar sobre lo que se ha comentado en el presente estudio: imaginemos que un trabajador fronterizo de nacionalidad portuguesa trabaja -por cuenta propia o ajena- en España, y resulta de aplicación la normativa española a efectos de la normativa comunitaria sobre la coordinación de los sistemas de *Seguridad Social* -en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.f) y 11.3.a) del Reglamento 883/2004-, y, supongamos que ejerce la guarda y custodia de un menor de 5 años con *gran dependencia* -de acuerdo con las previsiones del Proyecto-, y que en Portugal -Estado miembro de *residencia* de ambos-, no existe legislación que le otorgue un derecho a una prestación análoga a la regulada en el artículo 19 del Proyecto de Ley.

En principio, de acuerdo con la interpretación de la normativa de coordinación comunitaria de los sistemas de seguridad social consagrada por la jurisprudencia del TJCE -comentada anteriormente-, resultaría que este menor sí tendría derecho a disfrutar de esta prestación económica puesto que se podría calificar como una prestación en *metálico* de *enfermedad*; además, es *miembro de la familia del trabajador* -aunque no *residan* en España- y, porque en Portugal -Estado miembro de *residencia* de ambos-, no existe legislación que le otorgue un derecho a una prestación análoga a la regulada en el artículo 19 del Proyecto; puesto que de acuerdo con la normativa comunitaria de coordinación de los sistemas de seguridad social <<la concesión de las prestaciones de *enfermedad* no esté supeditada a la residencia de los miembros de la familia del trabajador en el Estado miembro competente, *para no disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación*>>²². Y, <<en consecuencia, sería contrario>> a la normativa comunitaria sobre coordinación de los sistemas de seguridad social <<privar a>> un hijo <<de un trabajador del beneficio de una prestación a la que tendría derecho si *residiese* en el Estado competente>>.

Esta interpretación sería conforme a la jurisprudencia del TJCE, puesto que <<cuando cumple los demás requisitos de concesión, el *miembro de la familia de un trabajador* -en el caso que planteo está empleado en España-, que *reside* con su padre en Portugal, puede reclamar a la institución competente del lugar de empleo del trabajador -Estado Español- el pago de la *prestación económica de gran dependencia* regulada en el art. 19 del Proyecto de Ley, en tanto que prestación de *enfermedad* en metálico, tal como establece la normativa comunitaria de coordinación de los sistemas de seguridad social, *siempre que este miembro de la familia no tenga derecho a una prestación análoga en virtud de la legislación del Estado en cuyo territorio reside*²³.

En definitiva, aunque puede afirmarse que el TJCE ha optado por una interpretación extensiva del concepto de legislación de Seguridad Social *a los efectos comunitarios*, no obstante, no existe un concepto perfectamente terminado, sino que “será, en principio, aquella que, relacionándose con las ramas de Seguridad Social, configure al beneficiario en una posición legalmente definida, *prescindiendo de toda apreciación discrecional -propia de la asistencia social-*”²⁴, interpretación que podría considerarse que sería de aplicación, como ejemplo más claro de las prestaciones del Proyecto de Ley, a la prestación del artículo 19, por los razonamientos comentados en los razonamientos anteriores, “a los efectos *comunitarios*”.

Por todo ello, el requisito de *residencia* exigido en el art. 5.1c) del actual Proyecto para ser titular *v.gr.* de la prestación del artículo 19 debería ceder ante el efecto de aplicación directa

en todos los Estados miembros que ostentan los Reglamentos Comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social y por la obligatoriedad de todos sus elementos, de conformidad con el art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Además, es trascendente comentar que aunque el Estado Español pretendiera la inclusión de la futura Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia en el anexo en el cual los Estados miembros pueden comunicar qué legislaciones y regímenes consideran no incluidos en el campo material de aplicación del Reglamento comunitario de coordinación de los sistemas de seguridad social, a efectos de la no exportabilidad de las prestaciones²⁵, no obstante, debe tenerse en cuenta que, como recientemente ha reiterado el TJCE, resulta que es *irrelevante* la calificación que reciba una prestación en el ordenamiento interno o las declaraciones que haya efectuado el Estado miembro, porque lo trascendente es la *naturaleza y objeto* de la prestación²⁶. Y, debe destacarse que el TJCE siempre ostenta la posibilidad de calificar una legislación nacional como de *Seguridad Social, a los efectos comunitarios*, aunque tal normativa no se encuentre en la lista facilitada por el Estado en cuestión²⁷.

© David Moreno Mendoza

© IUSLabor 4/2006

ISSN: 1699-2938

¹ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales -Congreso de los Diputados-*, VIII Legislatura, núm. 84-1, Serie A, 5 de mayo de 2006, pp.:1-17.

² BLASCO SÁIZ, J.: "La Coordinación Comunitaria de los Sistemas de Seguridad Social. Las prestaciones por desempleo y las prestaciones por enfermedad y maternidad, especialmente referidas al sistema español de Seguridad Social (II)", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 39, 2005, p.:11.

³ v.gr.: se podría haber añadido <<sin perjuicio de la aplicación, en su caso, para determinadas prestaciones, del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, de 14 de junio, o del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social>>.

⁴ Reglamento de Aplicación que, a la fecha de este comentario, aún no ha entrado en vigor.

⁵ Vid. comentarios sobre las tendencias de los legisladores a configurar los sistemas nacionales de Seguridad Social atendiendo a criterios nacionalistas destacados por GONZALO GONZÁLEZ B.: "Apuntes sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 2, 1997, p.: 101.

⁶ En este sentido, vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: *Protección social, seguridad social y asistencia social. España y la Unión Europea*. CES, Madrid, 2005, pp.: 130-131; el cual recoge la doctrina más importante sobre la cuestión de "los servicios sociales como prestación de Seguridad Social", del que se puede concluir que los servicios sociales son prestaciones del Sistema de Seguridad Social y no prestaciones de Asistencia Social.

⁷ Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 2006, asunto C-286/03, *S. Hosse v. Land Salzburg*, apartado 24.

⁸ Lo que permite al TJCE <<asegurar en todas las circunstancias de ese Derecho el mismo efecto en todos los Estados miembros de la Comunidad>> [Vid. Sentencia de 16-1-1974, *Rheinmühlen*, (166/73), p. 33].

⁹ Vid. LIÑÁN NOGUERAS, D.J. "Efectos de las sentencias prejudiciales", en MANGAS MARTÍN, A. e *id.* *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, 3ª ed. Madrid, 2002. p. 471, "in fine".

¹⁰ Vid. el comentario de las sentencias más importantes del TJCE sobre la naturaleza de las prestaciones de dependencia realizado por MERCADER UGUINA, J.R.: "Concepto y concepciones de la dependencia", en GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, Mª.G. (Coords.): *Protección social de las personas dependientes*. La Ley, Madrid, 2004, p.:80-81; MERCADER UGUINA, J.R.: "La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse", en iustel.com, *RGDTSS*, nº. 11, mayo 2006, pp.: 5-24; DILLA CATALÁ, Mª.J.: "La asignación de dependencia, ¿prestación de Seguridad Social o prestación especial no contributiva?", en *Actualidad Laboral*, nº. 13, julio 2006, pp.: 1613-1615; GARCÍA VALVERDE, Mª. D.: "Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 de febrero 2006, asunto Hosse", en *Actualidad Laboral*, nº. 16, septiembre 2006, pp.: 1928-1943.

¹¹ Interpretación comentada por VIVES CABALLERO, M.: "Seguridad Social y Constitución Europea: Presente y Futuro", en LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.M. (Dir.): *Aspectos y Cuestiones Actuales de Seguridad Social*. Cuadernos de Derecho Judicial, I-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp.: 76-81.

¹² Apartado núm. 37.

¹³ Apartado núm. 38.

¹⁴ Apartado núm. 43.

¹⁵ Apartado núm. 44.

¹⁶ Apartado núm. 48.

¹⁷ Apartado núm. 53.

¹⁸ Apartado núm. 54.

¹⁹ Apartado núm. 55.

²⁰ Aunque el nuevo Reglamento 883/2004 en su art. 70.4 -relativo a las prestaciones especiales en metálico no contributivas- disponga que <<las prestaciones recogidas en el apartado 2 únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan y de conformidad con su legislación. Esas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia>>, no obstante, no cabe interpretar que las prestaciones por dependencia deban ser consideradas como tales prestaciones puesto que aquéllas cumplen los requisitos de una <<prestación de seguridad social>> en el sentido tanto del artículo 4, apartado 1 del Reglamento 1408/1971 como del artículo 3 apartado 1 del nuevo Reglamento 883/2004. En este sentido se pronuncia la más reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea de 21 de febrero de 2006, asunto C-286/03, *S. Hosse v. Land Salzburg* -apartado 36- que confirma que no son una <<prestación especial de carácter no contributivo>>.

²¹ Art. 7 del Reglamento 883/2004 y art. 10.1 del Reglamento 1408/1971.

²² Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006 antes comentada, apartado 54.

²³ En este mismo sentido vid. STJCE de 21 de febrero de 2006, apartado 56.

²⁴ Conclusión de MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*. CES, Madrid, 2005, p.: 224.

²⁵ De momento, según el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, no se han incardinado estas prestaciones dentro del Sistema de la Seguridad Social, porque <<esto significaría que estas prestaciones serían *exportables, de acuerdo con los principios de la jurisprudencia comunitaria*>>. *vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 187, de 22 de junio de 2006, p.:9465, *in fine*.

²⁶ En este sentido, *vid.* la sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006 comentada, en la cual, en sus apartados 21 a 23, se considera que aunque un Estado miembro -en este caso, era Austria- haya declarado que una legislación a favor de personas dependientes y que necesitan asistencia -mediante la cual se concedan prestaciones a favor de éstas personas- se incluye en el citado anexo, no obstante, como afirma el TJCE <<*esta mención no basta*>>; puesto que la distinción entre prestaciones excluidas y prestaciones incluidas en el campo de aplicación del Reglamento núm. 1408/1971 -o del nuevo Reglamento- reposa esencialmente en los *elementos constitutivos* de cada prestación, particularmente en sus *objetivos* y las condiciones para su concesión [sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1983, asunto 139/82, *Piscitello*, Fº. de Dº. 10].

²⁷ “son numerosas las sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha debido pronunciarse sobre la inclusión o no de una legislación en el campo de aplicación material del Reglamento ... y, por tanto, sobre la calificación de una prestación como de *Seguridad Social a nivel comunitario*”, *vid.* MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: *op. cit.* p.:218.