

Capítulo II

Trece años de la prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins (1998-2011).

DRA. ESPERANZA ROALES PANIAGUA
Dpto. Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

I. Preliminar

El objeto del presente trabajo es analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo (en adelante TJ) en la protección de la dependencia como riesgo coordinado en Derecho Comunitario desde 1998 hasta 2011. No obstante, me gustaría hacer algunas aclaraciones previas.

En primer lugar, aunque la última sentencia en la materia que nos ocupa es de 30 de junio de 2011 recaída en el asunto C-338/09 entre João Filipe da Silva Martins contra Bank Betriebskrankenkasse – Pflegekasse, el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, vigente desde el 1 de mayo de 2010 no es aplicable al caso de autos por lo que, necesariamente, hay que atenerse a las disposiciones del Reglamento nº 1408/71. Teniendo en cuenta que el tiempo para resolver los asuntos por el TJ viene a ser aproximadamente de dos años, tendremos que esperar, como mínimo, hasta

finales del año 2012 para poder empezar a encontrar pronunciamientos del Tribunal relacionados con la coordinación de la prestación de dependencia en los que se aplique el Reglamento vigente.

En segundo lugar, aunque existen estudios doctrinales respecto de la jurisprudencia del TJ en materia de dependencia, recaída hasta el año 2006¹, haré un recorrido por los mismos para que no pierdan contexto los pronunciamientos del TJ de los últimos cuatro años.

II. La protección de la dependencia en la normativa comunitaria de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

Es conocido por todos que el Reglamento 1408/71, no recogía en su campo de aplicación material la prestación de dependencia como riesgo protegido por el mismo².

1 C. García de Cortázar y Nebreda, << ¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea >>, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 47 págs.75 y ss.; J. R. Mercader Uguina, << La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse >> en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 11, 2006; C. Sánchez-Rodas Navarro, << La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el riesgo de dependencia >> en La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema. Murcia, 2006, pág. 605 y ss.; M^a. Dolores García Valverde, << Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 de febrero de 2006, asunto Hosse>> en Actualidad Laboral nº 16, 2006.

C. Sánchez –Rodas Navarro, “La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia”, en C. Sánchez-Rodas Navarro (Coord), Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España, Murcia 2007, pág. 23; J.A. Maldonado Molina, << Los ciudadanos comunitarios en España y la Ley de Dependencia>> en C. Sánchez-Rodas Navarro(Coord), Vicisitudes... op. cit. pág. 55.

2 En este sentido, J. R. Mercader Uguina, << La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse >>, cit., 4; C. Sánchez –Rodas Navarro, << La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia >>, op.cit., pág. 23; J. A. Maldonado Molina, << Los ciudadanos comunitarios en España y la Ley de Dependencia>>, cit., pág. 55.

Si nos remontamos a 1971, fecha de aprobación del Reglamento 1408/71, el seguro de dependencia no estaba implantado en los sistemas de protección social de los Estados miembros y por tanto su no inclusión en el ámbito del Reglamento 1408 no respondía en palabras de García de Cortázar y Nebreda a “una decisión definida sino a una imposibilidad de facto e de iure”³. La atención a las personas dependientes no era una cuestión prioritaria para los Estados, toda vez que se aceptaba que la atención a dichas personas se realizaba por miembros de la familia y casi exclusivamente por los miembros femeninos de las mismas (madres, hijas, sobrinas etc.) debido a la escasa integración de la mujer en el ámbito laboral y a la falta de solidaridad interfamiliar.

Durante los últimos cuarenta años, y sobre todo a partir de 1980, debido a los avances sociales, culturales y sanitarios se ha producido una mayor esperanza de vida y un descenso significativo de la natalidad. Ello provoca un cambio en la estructura de la sociedad en la que hay más trabajadores de edad (entre 55-64 años), más personas mayores jubiladas (entre 65- 79 años) y más ancianos (más de 80 años) y menos niños, jóvenes y adultos en edad de trabajar, cambios demográficos que se aceleran a partir de 2010⁴. Nos encontramos así,

El TJCE en la sentencia de 11 de julio de 1996, asunto Otte C-25/95 apartado 22, entre otras, estableció que la enumeración de los riesgos expresamente enunciados en el apartado 1 del artículo 4, tiene carácter exhaustivo, “de modo que toda rama de Seguridad Social que no esté mencionada en ella, escapa a esta calificación”.

- 3 C. García de Cortázar y Nebreda, << El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho español >>, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 77 pág. 51.
- 4 Comunicación de la Comisión, Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», Bruselas, 2005. En él se establecen las tres prioridades esenciales que se deberían mantener ante los cambios demográficos que se aceleran a partir de 2010: 1º “Recuperar el camino del crecimiento demográfico. Debemos plantearnos dos preguntas muy simples: ¿qué prioridad concedemos a los niños? ¿estamos dispuestos a dar a las familias, cualquiera que sea su forma, el lugar que les corresponde en la sociedad europea? Gracias a una aplicación decidida de la agenda de Lisboa (modernización de los sistemas de protección social, aumento de la tasa de empleo de las mujeres y los trabajadores de edad), medidas innovadoras de apoyo a la natalidad y un recurso controlado a la inmigración, Europa puede crear nuevas oportunidades de

ante una población importante de personas mayores que van perdiendo su autonomía y necesitan de terceras personas para realizar las actividades diarias más básicas o esenciales y cuidados de larga duración⁵.

Los últimos datos de los que disponemos sitúan la media de esperanza de vida entre los países de la UE-27, en 76,4 años para los hombres y 82,4 para las mujeres. La esperanza de vida en nuestro país supera en varios años la media, situándose en 78,7 años para los hombres (sólo superados por los 79.1 años de los italianos) y en 84,9 para las mujeres (solo superados por los 85 años de las francesas)⁶.

Se prevé que el gasto público en cuidados de larga duración aumente un 1,25% del PIB hasta 2060 debido a que las personas de edad muy avanzada (superior a 80) constituirán la categoría de edad que aumentará más rápidamente en el futuro. Sin embargo, los factores demográficos no serán los únicos; junto a ellos, la modificación de las estructuras familiares, la mayor tasa de actividad de las mujeres y la creciente movilidad geográfica, podrían reducir la disponibilidad de la tradicional asistencia familiar informal⁷.

inversión, consumo y creación de riqueza”. 2º “Velar por el equilibrio entre las generaciones en el reparto del tiempo a lo largo de toda la vida, la distribución de los frutos del crecimiento y la contribución a las necesidades de financiación vinculadas a las pensiones y a la salud ” y 3º “Inventar nuevas transiciones entre las edades. .Los jóvenes encuentran dificultades persistentes para abrirse paso en el empleo. Un número creciente de «jóvenes jubilados» desea participar en la vida social y económica. El periodo de estudios se alarga, y los «jóvenes activos» desean dedicar tiempo a sus hijos. Estas evoluciones cambian las fronteras y las transiciones entre periodos de actividad y de inactividad”.

5 Sobre el descenso de la mortalidad en los países de la UE-27 y la esperanza de vida en los mismos vid. European Comisión: Demography report 2010. Olander, more numerous and diverse Europeans, Marzo, 2011, pág. 33 y ss. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; La Excedencia Por Cuidado de Familiares. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

6 Vid. op.et. loc. ult, cit.

7 Cfr. Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE: Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

A pesar de los intentos de las instituciones comunitarias, tanto del Consejo como de la Comisión, por impulsar la protección y cuidado de las personas mayores en Informes y Comunicaciones⁸ y de que algunos Estados miembros introdujeron en sus legislaciones la prestación de dependencia como una nueva rama de su sistema de protección social⁹, el Reglamento no fue reformado para incluir esa nueva modalidad de protección que se aparta de las ramas clásicas de la Seguridad Social.

Tampoco el actual Reglamento 883/2004, en vigor desde el 1 de mayo de 2010, incluye en su ámbito de aplicación material (artículo 3) la prestación de dependencia. Exclusión que, dada la fecha de aprobación del Reglamento, no puede atribuirse a un olvido sino a la posición interesada de algunos Estados Miembros¹⁰. En este caso, no hay excusas aceptables para dicha omisión.

8 Las de los años 2001, 2002 y 2003, analizadas en Los estudios de J.R. Mercader Uguina, << La prestación de dependencia... >>, cit. y de V. Pérez Menayo, << Situaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea >>, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 47, pág. 295.

Vid también Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2004 - Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del «método abierto de coordinación» Com (2004) 304 final. Esta Comunicación propone ampliar el método abierto de coordinación al sector de la asistencia sanitaria y de larga duración, con objeto de establecer un marco que facilite el intercambio de experiencias y de buenas prácticas, apoyando así a los Estados miembros en sus esfuerzos para reformar la asistencia sanitaria y la asistencia de larga duración. En dicha Comunicación se reafirman las tres orientaciones que se hicieron tras los Consejos Europeos de Lisboa y de Gotemburgo para la reforma de los sistemas de protección social: la accesibilidad a la asistencia sobre la base de los principios de universalidad, equidad y solidaridad; ofrecer una asistencia de calidad, y medidas que garanticen la sostenibilidad financiera de dicha asistencia (establecidas en la Comunicación de 2001 sobre el futuro de las asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores).

9 Un análisis individualizado de los Estados miembros puede verse en V. Pérez Menayo, << Situaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea >>, cit., pág. 299 y ss y C. García de Cortázar y Nebreda, << El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho español >>, cit., pág. 44 y ss.

10 Cfr. C. García de Cortázar y Nebreda, op.últ. cit. pág. 51. El mismo autor en su

Sin embargo, aunque la lista de las contingencias establecidas en los artículos 4 y 3 de los Reglamentos 1408/71 y 883/04 respectivamente es taxativa y no meramente orientadora, y en ese sentido se había pronunciado el TJ para excluir a otras prestaciones que no se recogían en dichos artículos¹¹, el Tribunal desde el caso *Molenaar* se ha decantando por calificar, a efectos del Derecho comunitario, como prestación coordinada de Seguridad Social la cobertura de la dependencia, al estar comprendidas dentro del seguro de enfermedad.

III. La protección de la dependencia en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (1998-2011)

A. Prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de necesidad de asistencia: su inclusión como prestación de enfermedad

1. El caso *Molenaar*: Sentencia de 5 de marzo de 1998 (asunto C-160/96)

En este primer caso, llamado el verdadero “leasing case”¹², el Sr. y la Sra. *Molenaar* trabajaban por cuenta ajena en Alemania pero residían en Francia. Estaban afiliados voluntariamente al seguro de enfermedad alemán y quedaron incluidos en el seguro de asistencia

artículo << El campo de aplicación del Reglamento 883/2004 >>, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 64, págs. 60 y ss, expone como a pesar de que el Consejo planteó la posibilidad de una regulación propia para el seguro de dependencia, fue un fracaso total. Sólo se admitió un nuevo artículo para la acumulación de prestaciones asistenciales de duración indeterminada (artículo 34), con el único fin de evitar que apareciera el término prestaciones de dependencia. << El Reino Unido se opuso totalmente a este término, dado que muchas de sus prestaciones consideradas como no contributivas de tipo mixto y, por tanto, no exportables, quedarían comprendidas dentro de ese concepto (dependencia), por lo que en base a la sentencia *Jauch* serían exportables>>.

11 Así ocurrió con las prestaciones de prejubilación. Vid. J.A. Maldonado Molina, op. cit., pág. 56.

12 Expresión que utiliza J. R. Mercader Uguina, op. cit., pág. 5.

a partir de 1995 por la *Pflegeversicherungsgesetz* (Ley reguladora del seguro de asistencia en caso de necesidad de cuidados especiales). No obstante, en diciembre de 1994 y enero de 1995, la Caja de Seguridad Social competente, les informó que mientras que residieran en Francia no podían reclamar el pago de las prestaciones del seguro de asistencia¹³. Ante esta situación, el Sr. y la Sra. Molenaar entablaron sendas demandas destinadas a que se declarara que no estaban obligados a cotizar al régimen de seguro de asistencia mientras no pudieran obtener sus prestaciones. Además alegaron que el requisito de residencia exigido para la obtención de estas prestaciones era contrario a los artículos 6 y 48 del Tratado.

Por otro lado, el *Socialgericht Karlsruhe* plantea cuestión prejudicial preguntando fundamentalmente si el artículo 6 y el apartado 2 del artículo 48 del Tratado se oponen a que un Estado miembro imponga a trabajadores que prestan servicios en su territorio pero residen en otro Estado miembro la obligación de cotizar a un régimen de Seguridad Social como el del seguro de asistencia aunque excluyendo el pago de las prestaciones de tal régimen en el Estado miembro en que residan estos trabajadores.

Para examinar todas estas cuestiones el Tribunal procede a examinar si el seguro de asistencia está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento. Así alude a la doctrina establecida en el caso *Hughes*¹⁴ para recordar que la distinción entre prestaciones excluidas e incluidas del ámbito del Reglamento, se basa esencialmente en “los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional”¹⁵. Así, considera que una prestación será considerada como de Seguridad Social cuando cumpla al menos

13 En virtud del artículo 34.1 del Libro XI del SGB, la obtención de las prestaciones del seguro de asistencia se condiciona a la residencia del asegurado en territorio alemán.

14 Sentencia de 16 de julio de 1992 asunto C-78/91.

15 Vid. *Molenaar C-160/96* apartado 19.

dos requisitos: 1º que la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida independientemente de cualquier tipo de apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales y 2º que la prestación se refiera a algunos de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71¹⁶.

Por lo que respecta al segundo requisito¹⁷, el seguro de asistencia alemán da derecho, en primer lugar a prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados prestados a domicilio por terceras personas¹⁸; da derecho, además, a la asunción de los gastos ocasionados por los cuidados dispensados a los asegurados en establecimientos de asistencia, prestaciones destinadas a suplir la ausencia por vacaciones del tercero que se dedique al cuidado del asegurado, y prestaciones que cubran los gastos ocasionados por la compra de equipamiento especializado o la realización de obras de acondicionamiento en el domicilio del asegurado; y, en determinadas circunstancias se hace cargo del pago de las prestaciones de del seguro de vejez e invalidez y del seguro de accidentes de la persona que se asiste al asegurado.

El Tribunal concluye que las prestaciones del seguro de asistencia están establecidas para proporcionar autonomía, sobre todo económica, a las personas necesitadas de la asistencia para compensarles el incremento de los gastos ocasionados por el estado en que se encuentran. Así, estas prestaciones tienen como finalidad completar 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, y

16 Vid. Molenaar C-160/96 apartado 20.

17 El primero no se discute en este asunto, pues par el Tribunal consta claramente en las disposiciones relativas a la concesión de las prestaciones del seguro de asistencia. Vid. apartado 21.

18 Estas prestaciones llamadas “cuidados a domicilio” pueden proporcionarse bien en forma de cuidados dispensados por organismos autorizados, bien en forma de subsidio mensual llamado “subsidio de cuidados” que permite al beneficiario elegir la forma de ayuda que considere más adecuada a su situación.

aún cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas como prestaciones de enfermedad en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71¹⁹.

Otra cuestión importante a dilucidar era si las prestaciones del seguro de asistencia alemán, y en concreto el subsidio por cuidados, eran prestaciones “en especie” o “en metálico” del seguro de enfermedad. Cuestión no baladí, pues de su calificación depende que se le aplique la letra a) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento o la letra b) del mismo apartado y artículo. Si las prestaciones son en especie, un trabajador por cuenta ajena que resida en un Estado miembro distinto del Estado en que trabaja, tiene derecho a que se le abonen las prestaciones en especie del seguro de asistencia, en la medida que la legislación del último Estado, establezca prestaciones en especie destinadas a cubrir los mismos riesgos que los cubiertos por el seguro de asistencia del Estado de empleo, “independientemente de la denominación más específica del sistema de protección social en el que se inserte”; si las prestaciones son en metálico, el trabajador tiene derecho a ellas, aunque la legislación del Estado en que resida, no establezca prestaciones de este tipo²⁰.

19 Cfr. Molenaar C-160/96 apartados 22, 24 y 25.

Según se expone en la propia Sentencia (apartado 16), todas las partes que intervienen en el proceso estaban de acuerdo en que el Reglamento 1408/71 se aplicaba a la controversia establecida en el procedimiento principal. En lo que no estaban de acuerdo era en que apartado iban a ser clasificadas las prestaciones del seguro de asistencia, dentro de la enumeración del apartado 1 del artículo 4. Así, los demandantes del procedimiento principal y los Gobiernos alemán, austriaco y sueco, consideraron que dichas prestaciones podían ser clasificadas entre las “prestaciones de enfermedad”. Los demandantes del procedimiento principal consideraron además, la posibilidad de que fueran clasificadas entre las “prestaciones de vejez”. Por el contrario la Comisión entiende que, aunque las prestaciones del seguro de asistencia están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, no pueden ser clasificadas exclusivamente en una u otra rama de la Seguridad de las mencionadas en el apartado 1 del artículo 4, pues comparten características comunes con las ramas de enfermedad, invalidez y vejez, sin que pueda identificarse en rigor con una u otra de ellas.

20 Los Gobiernos alemán y sueco consideraron que las prestaciones de seguro de asistencia eran prestaciones en especie aunque se abonaran en forma de subsi-

El Tribunal consideró que el subsidio por cuidados presenta características propias que lo apartan de las prestaciones en especie por enfermedad porque su carácter es periódico, su cuantía se fija independientemente de los gastos realmente realizados y el beneficiario goza de una amplia libertad para la utilización de las cantidades que se le abonan.

Por tanto, la disposición contenida en el apartado 1 del artículo 34 del libro XI del SGB, que prohíbe el pago de las prestaciones en metálico en el Estado miembro en que reside el trabajador migrante, infringe lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento. Sin embargo esta infracción no exime a los trabajadores migrantes del pago de las cotizaciones destinadas a la financiación del seguro de asistencia, tal como pretendían el Sr. y la Sra. Molenaar, ya que “equivaldría a consagrar, respecto al alcance de los riesgos cubiertos por el seguro de enfermedad, una diferencia de trato entre las persona afiliadas, dependiendo de que residan o no en el territorio del Estado de afiliación”.

B. Prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de necesidad de asistencia: la mera inclusión en el anexo II del Reglamento 1408/71 no tiene efecto constitutivo suficiente para calificarla como prestación especial no contributiva

1. El caso Jauch: Sentencia de 8 de marzo de 2001 (asunto C- 215/99)

El Sr. Jauch, alemán que siempre había residido Lindau (Alemania) cerca de la frontera austriaca, había trabajado en Austria desde mayo de 1941 hasta junio de 1958, periodo durante el que estuvo cubierto por el seguro obligatorio y, posteriormente, desde julio de 1958 hasta noviembre de 1981, periodo en el que estuvo afiliado con carácter voluntario al régimen del seguro de pensiones austriaco. Desde el 1 de mayo de 1995, percibía una pensión de jubilación pagada por la Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.

dio mensual, como el subsidio de cuidados; Por otra parte, los demandantes, el Gobierno austriaco y la Comisión, consideraron al subsidio de cuidados como prestaciones en metálico (Vid. apartado 29 y 30).

El Sr. Jauch, no percibía ninguna pensión alemana pues prácticamente no cotizó al seguro alemán, pero entre el 1 de septiembre de 1996 y el 31 de Agosto de de 1998 recibió las prestaciones del seguro alemán de asistencia, pagadas por la Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) Bayern, Pflegekasse Lindau, que dejaron de ser abonadas por esta institución basándose en la Sentencia del TJ, recaída en el asunto Molenaar, al entender que era una prestación en metálico y, por tanto, exportable y debía ser pagada por las autoridades austriacas. La Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter desestimó la solicitud de la concesión de la asignación de asistencia conforme a la Bundespflegegeldgesetz (BPGG)²¹ que le había solicitado el Sr. Jauch por entender que ésta era una prestación especial de carácter no contributivo, expresamente incluida en el Anexo II bis del Reglamento nº 1408/71 y, consecuentemente, le era de aplicación el artículo 10bis del mismo. Al considerarse de esa naturaleza la prestación estaba sujeta a las cláusulas de residencia y no era exportable.

El Sr. Jauch interpuso recurso contra tales desestimaciones en ambos Estados miembros.

En el proceso iniciado en Austria, el órgano jurisdiccional (el Landesgericht Feldkirch), decidió suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, habida cuenta de las especiales circunstancias en las que entró en vigor el procedimiento previsto

21 Según el artículo 1 de la BPGG, la asignación de asistencia está destinada a garantizar, mediante una contribución uniforme, ayuda y asistencia a las personas que lo necesitan, con el fin de aumentar sus posibilidades de vivir de forma independiente y con arreglo a sus necesidades. El artículo 3 de la misma Ley establece que las personas afectadas tiene derecho a percibirla siempre y cuando residan habitualmente en Austria. Conforme al artículo 22 BPGG, la asignación de asistencia es abonada por las instituciones del seguro obligatorio de pensiones y accidentes. No obstante, en virtud del artículo 23, el Estado reembolsará a dichas instituciones los gastos que resulten probados de conformidad con lo establecido en la BPGG y que se refieran a la asignación de asistencia, las prestaciones en especie, los gastos de viaje, el servicio del médico asesor y el seguimiento habitual, los gastos de notificación, la parte de los gastos administrativos correspondientes a estos gastos y los gastos diversos.

para la financiación de la asignación de asistencia pues éste coincidió con un aumento correlativo de la cotización al seguro de enfermedad. El Landesgricht planteaba si dicha asignación era efectivamente una prestación especial de carácter contributivo en el sentido del artículo 10 bis del Reglamento que establece que las personas afectadas la obtiene exclusivamente en el territorio del Estado miembro en que residen y con arreglo a su legislación o si el requisito de residencia previsto para su concesión es contrario al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento.

El TJ en el análisis de la cuestión prejudicial parte de que las disposiciones del Reglamento deben ser interpretadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 de la CE para contribuir a que se consiga la mayor libertad posible en el ámbito del derecho a la libre circulación de los trabajadores migrantes, que no se alcanzaría si como consecuencia del ejercicio de ese derecho, los trabajadores perdieran los beneficios de Seguridad Social que les concede la legislación de un Estado miembro, sobre todo, cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que pagaron²².

Aún cuando admite que el legislador comunitario puede introducir excepciones al principio de exportación de las prestaciones de seguridad social, como las establecidas en el artículo 10 bis del Reglamento, éstas tienen que ser objeto de una interpretación restrictiva y sólo puede aplicarse a aquellas prestaciones que reúnan simultáneamente los requisitos fijados en el apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento, esto es, su carácter especial y no contributivo²³; no es suficiente para calificara una prestación como especial y no contributiva que los Gobiernos las incluyan como tales en el Anexo II del Reglamento, tal como hizo y defendía el Gobierno austriaco. En esto último radica la trascendencia de la sentencia Jauch²⁴.

22 Vid. apartado 20 de la sentencia.

23 Vid. apartado 21 de la sentencia.

24 Cfr. C. Sánchez –Rodas Navarro, << La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia >>, cit., pág. 28.

La sentencia Jauch propició la modificación del apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento 1408/71, llevado a cabo por el Reglamento nº 647/2005, de 13

Aunque admite que la asignación de asistencia objeto del asunto principal, puede eventualmente estar sujeta en el ámbito nacional a un régimen jurídico diferente²⁵, establece que es de naturaleza idéntica a las prestaciones del seguro alemán de asistencia que se trataba en el asunto *Molenaar*, y que también se concede de manera objetiva en función de una situación legalmente definida. De esta manera, apoyándose en la tesis mantenida en la misma considera que, ya sea de carácter contributivo o no contributivo²⁶, la asignación de asistencia austriaca es una prestación de enfermedad en metálico, “siendo irrelevante que la asignación de asistencia haya tenido por objeto completar desde el punto de vista económico, habida cuenta de la necesidad de asistencia de una persona, una pensión que se concedió por una razón distinta de la enfermedad”. El Tribunal, por otra parte, opta por su carácter contributivo²⁷ pero no es una cuestión de gran trascendencia para el Tribunal²⁸ puesto que ya se había decantado por negar el carácter especial de la asignación de asistencia.

La sentencia *Jauch* propició la modificación del apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento 1408/71, llevado a cabo por el Reglamento nº 647/2005, de 13 de abril de 2005, para precisar los criterios acumulativos que hay que tener en cuenta para que dichas prestaciones

de abril de 2005, para precisar los criterios acumulativos que hay que tener en cuenta para que dichas prestaciones puedan aparecer en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 (considerando 3).

25 En concreto se refiere a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la BPGG, en el que el derecho a percibir la asignación de asistencia sólo se reconoce a los beneficiarios de una pensión como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional o a los titulares de una pensión concedida con arreglo a la Ley General de Seguridad Social (*Allgemeine Sozialversicherungsgesetz*).

26 El Tribunal opta por su carácter contributivo (Vid. apartados 29 al 33 de la sentencia), pero no es una cuestión de gran trascendencia para el Tribunal puesto que ya se había decantado por negar el carácter especial de la asignación de asistencia.

27 Vid. apartados 29 al 33 de la sentencia.

28 En este sentido C. García de Cortázar y Nebreda, “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”, cit., pág. 83.

puedan aparecer en el Anexo II bis del Reglamento citado (considerando 3)²⁹.

2. El caso *Silvia Hosse: Setencia de 21 de febrero de 2006 (asunto C-286/03)*

En este asunto nos volvemos a encontrar ante una prestación especial de carácter no contributivo notificada por el gobierno austriaco notificada en el Anexo II, sección III, en el que se menciona “Las prestaciones concedidas en virtud de las legislaciones de los “Bundesländer” a favor de los minusválidos y personas sin asistencia”. En este caso el beneficiario era familiar del titular asegurado.

En concreto, el Sr.Hosse, de nacionalidad alemana, era un trabajador fronterizo con un empleo de profesor en Austria, en el Land de Salzburgo. Cotizaba y estaba afiliado al seguro de enfermedad de ese Estado. Residía en Alemania, cerca de la frontera austriaca, con su hija, la Srta Hosse, nacida en 1997 que sufría una discapacidad grave. La madre de ésta, ejerció en su día una actividad económica que le daba derecho al seguro de dependencia alemán. Hasta el final de su permiso parental, en septiembre de 2000, su hija, como beneficiario a su cargo, pudo recibir la asignación de asistencia. No obstante, al finalizar el permiso dejó de abonarse tal asignación porque la madre no volvió a ejercer ninguna actividad económica.

Así, se solicitó para la Srta. Hosse, la asignación de asistencia en

29 Al respecto vid. C. Sánchez-Rodas Navarro, “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 64, pág. 128 y ss. También de la misma autora, << Novedades en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la comunidad Europea sobre el Reglamento 1408/71, en El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas, Murcia, 2008, en especial, pág. 45 y ss, en donde analiza la STJCE de 18 de octubre de 2007 recaída en el asunto 299705, que ha sido la primera que se dicta sobre el Anexo II bis tras reforma introducida en el mismo por el Reglamento 645/2005. Asimismo, cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro, “Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico no Contributivas” en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010; pp. 349-360.

virtud de la SPGG. El Land de Salzburgo deniega la petición, alegando que para recibir dicha asignación, el artículo 3, apartado 1, número 2, exige que la persona dependiente tenga su domicilio en dicho Land.

El asunto resultó controvertido en los propios órganos jurisdiccionales austriacos que tuvieron opiniones radicalmente distintas, cuyas diferencias residían en la aplicación o no de la doctrina establecida por el TJ en el caso Jauch. Así, el órgano de primera instancia desestimó la pretensión declarando que la asignación era una prestación especial de carácter no contributivo, no comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 por lo que no era posible su exportación. Sin embargo, el órgano jurisdiccional de apelación, remitiéndose a la sentencia Jauch declaró que la asignación controvertida constituía una prestación de enfermedad en el sentido del artículo 4, apartado 1 letra a) del citado Reglamento y que por ser una prestación en metálico debía ser exportada con arreglo a los principios aplicables a la asignación de asistencia abonada por Austria. El órgano de apelación estima que el requisito relativo al domicilio, establecido en el artículo 3 del SPGG, cede ante el efecto directo del artículo 19, apartados 1 y 2 del Reglamento.

Por último, el Oberster Gerichtshof, que conoce del recurso de casación planteó al TJC varias cuestiones prejudiciales: por un lado, pregunta si la asignación de asistencia concedida por la SPGG, es realmente una prestación especial de carácter no contributivo excluida del ámbito de aplicación del Reglamento, por aplicación de su artículo 4, apartado 2 ter; y, por otro, si un miembro de la familia de un trabajador por cuenta ajena que presta servicios en el Land de Salzburgo, puede solicitar el pago de la asignación de asistencia conforme a la SPGG como prestación de enfermedad en metálico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 y otras disposiciones concordantes del Reglamento, cuando cumple los demás requisitos de concesión, con independencia que viva con su familia en Alemania.

En la primera cuestión el Tribunal sigue la misma argumentación mantenida en la sentencia Jauch, y como cuestión preliminar entien-

de que si bien es posible que se establezcan excepciones al principio de exportación de las prestaciones, dichas excepciones y en particular el artículo 4, apartado 2 ter, del Reglamento tienen que ser interpretadas en sentido restrictivo, al excluir del ámbito de aplicación del Reglamento las prestaciones especiales de carácter no contributivo, mencionadas en la sección III del anexo II, cuya aplicación se limita a una parte del territorio del Estado miembro. De lo contrario, sería difícil garantizar el objetivo del artículo 42 CE de alcanzar la plena efectividad del derecho a la libertad de circulación de los trabajadores migrantes³⁰.

Aunque la asignación de asistencia cuestionada en el litigio principal, tiene un régimen jurídico diferente del aplicable a las prestaciones del seguro de dependencia alemán (establecido en el asunto *Molenaar*) y de la asignación federal de asistencia austriaca, (establecida en el caso *Jauch*), aprecia el Tribunal que tiene naturaleza idéntica a éstas y debe ser considerada prestación de enfermedad, en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a) del Reglamento ya que se concede 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 la persona dependiente”³¹. Ni los requisitos para su concesión, ni la forma de financiación pueden alterar la naturaleza de las prestaciones.

La calificación dada por las autoridades nacionales, no cambia la verdadera naturaleza jurídica de una prestación, por lo que la mera notificación de una prestación especial de carácter no contributivo por un Estado miembro no es, por sí, suficiente para considerarla como una prestación de este tipo.

En cuanto a la segunda cuestión, partiendo de que la asignación prevista en la SPGG se presenta como una ayuda económica para compensar el incremento de gastos que produce el estado en que se encuentran las personas dependientes, no cabe duda de que estamos ante una prestación en metálico del seguro de enfermedad.

³⁰ Vid. apartados 24 y 25 de la sentencia.

³¹ Vid. apartado 38 de sentencia.

Aunque el Tribunal considera que la asignación prevista en la SPGG es un derecho propio de la Srta. Hosse, y no un derecho derivado de su padre, dicha cuestión no impide que se le deba aplicar el artículo 19 del Reglamento³², “pues privar a la hija de un trabajador del beneficio a una prestación a la que tendría derecho si residiese en el Estado competente”, va en contra del artículo 19, apartado 2 del Reglamento”.

C. La asunción por el seguro de dependencia del pago de las cotizaciones del seguro de vejez del tercero que se ocupa del cuidado de una persona dependiente

1. El caso *Gaumain-Cerri y Barth: Sentencia de 8 de julio de 2004 (asuntos acumulados C-502/01 Y C- 31/02)*

La Sra. Gaumain-Cerri de nacionalidad alemana y su marido, nacional francés, residían en Francia pero ejercían su profesión, como trabajadores fronterizos, en una empresa situada en Alemania. Su hijo, que reside con ellos, sufre una discapacidad y, como beneficiario del seguro de sus padres, percibe del segurote dependencia, la

32 Aunque el Tribunal ha declarado que, en virtud del artículo 2 del Reglamento, los miembros de la familia de un trabajador sólo pueden reclamar derechos derivados, es decir, derechos adquiridos en la condición de miembros de la familia de un trabajador, y no derechos propios que se le conceden independientemente de toda relación familiar con el trabajador; el mismo Tribunal ha matizado esa jurisprudencia únicamente a los supuestos en los que un miembro de la familia invoca disposiciones del Reglamento aplicables exclusivamente a los trabajadores y no a los miembros de su familia, como las relativas a las prestaciones por desempleo. Así la citada jurisprudencia no es aplicable al artículo 19 del Reglamento ya que su objeto consiste, en garantizar al trabajador y a los miembros de su familia que residen en un Estado miembro distinto de competente las prestaciones por enfermedad previstas en la legislación aplicable, siempre que los miembros de la familia no tengan derecho a esas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en el que residen. Vid. apartados 52 y 53 de la sentencia. Sobre la jurisprudencia, en ocasiones contradictoria, sobre esta materia Vid. C. Sánchez-Rodas Navarro, << El impacto de la sentencia Cabanis sobre la protección dispensada por el Derecho Comunitario a los familiares del trabajador migrante >>, *Temas Laborales* n° 45, 1997, pág. 167 y ss.

asignación de asistencia. Sus progenitores asumen el cuidado, gratuitamente y en su domicilio de su hijo. Sin embargo, la entidad aseguradora del riesgo de dependencia, KKh, en este caso, se niega a asumir las cotizaciones del seguro de vejez³³ de la Sra. Gaumain-Cerri y de su marido por su dedicación a actividades de asistencia a persona dependiente porque no residen en territorio alemán. En opinión de la aseguradora, el carácter no profesional de la actividad de que se trata tampoco les confiere la condición de trabajador, para que puedan acogerse al lo dispuesto en el Reglamento.

Por otro lado, la Sra. Barth, de nacionalidad alemana, reside en Bélgica, en la proximidad de la frontera alemana, y se ocupa en este último país a cuidar de un funcionario jubilado, del que percibe una retribución de 400 euros. La actividad de la Sra. Barth también se considera no profesional. La persona dependiente de cuyo cuidado se ocupa recibe sus prestaciones del seguro de dependencia de dos organismos: una de la entidad propia del régimen básico de seguridad social para funcionarios públicos (el Landesamt) y otra de una entidad de seguro complementario de contratación privada y obligatoria, sujetas a condiciones a las aplicables al régimen básico de seguridad social (la Pax). Por motivos relacionados con la residencia fuera de Alemania de la Sra. Barth, el Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, ordenó la interrupción de las cotizaciones que permitían a la Sra. Barth adquirir sus derechos de pensión.

La Sra. Gaumain-Cerri y Barth, recurrieron dichas decisiones, exigiendo que el seguro de dependencia cubriera las cotizaciones al régimen del seguro de vejez s relación con su asistencia a persona dependientes.

Los órganos judiciales presentaron varias cuestiones prejudiciales que pueden resumirse en lo siguiente: primero, si la asunción, por

33 En Alemania, la Ley relativa al seguro contra el riesgo de dependencia (la Pflegeversicherungsgesetz) cubre, entre otras prestaciones, las cotizaciones del seguro de vejez e invalidez y del seguro de accidentes de la persona que se ocupa del cuidado del asegurado.

parte de entidad aseguradora del riesgo de dependencia, de las cotizaciones sociales del seguro de vejez del tercero que presta asistencia a domicilio a un persona dependiente, constituye una prestación de enfermedad o de vejez, en el sentido del Reglamento; segundo, si las disposiciones del mismo se aplican cuando la cobertura asegurada deriva de la celebración de un contrato privado de seguro contra el riesgo de dependencia; y, tercero, si dichas prestaciones deben concederse con independencia de que la persona dependiente o su cuidador residan fueran del Estado competente.

El Tribunal recordando de nuevo la doctrina establecida en el asunto Molenaar recuerda que el sistema del seguro de dependencia alemán tiene como finalidad, entre otras, promover el recurso a los cuidados a domicilio antes que los cuidados en residencia, lo que se consigue con la asignación de asistencia. La persona dependiente puede hacer uso de ella, con total libertad, y puede emplearla en retribuir a un tercero para que se encargue de su cuidado. Así considera que las prestaciones destinadas a garantizar la cobertura del riesgo de vejez del tercero que se ocupa de una persona dependiente, también constituyen prestaciones de enfermedad ya que “no existe ninguna circunstancia particular en el presente procedimiento que exija modificar esta apreciación”. También debe considerarse prestación en metálico del seguro de enfermedad porque la asunción de las cotizaciones del seguro de vejez, por su carácter accesorio a la asignación de dependencia propiamente dicha, complementa a la asignación de asistencia propiamente dicha porque facilita enormemente uno de sus fines como es la asistencia a domicilio por un tercero³⁴.

La calificación como prestación de enfermedad no queda alterado por el hecho de que el tercero que presta asistencia a la persona dependiente sea beneficiario a título personal de dicha prestación, ya que la persona dependiente tiene derecho a beneficiarse de todas las prestaciones de asistencia para ayudarle a obtener en las mejores condiciones los cuidados que requiere su estado.

34 Vid. apartados 20 y 27 de la sentencia.

Por la aplicación del artículo 19. 2 del Reglamento, los familiares de un trabajador que residan en un Estado miembro distinto del Estado competente, podrán beneficiarse en su Estado de residencia de las prestaciones en metálico del seguro de enfermedad concedidas por la entidad del Estado miembro competente, siempre que los familiares no tengan derecho a estas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en el que residen. En consecuencia, en el caso de la Sra. Gaumain-Cerri, la entidad alemana competente debe asumir las cotizaciones del seguro de vejez de dicha Sra³⁵.

En el caso de la Sra. Barth, el hecho de que una aseguradora privada, sobre la base de un contrato privado sea quien cubra el seguro de dependencia, no impide su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento cuando la celebración de dicho contrato deriva directamente de la aplicación de la normativa de la seguridad social controvertida.

El negarse a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez del tercero que presta asistencia a una persona dependiente, en base a que no reside en el Estado competente supone otorgar un trato diferente a personas que se encuentran en la misma situación. El criterio de residencia de estos terceros no es una diferencia objetiva que justifique un trato diferente, sino una discriminación prohibida por el Derecho comunitario³⁶.

En este caso no se discute que deba aplicarse la normativa del Estado competente (también Alemania), donde reside la persona necesitada de asistencia, siendo irrelevante el lugar de residencia del cuidador³⁷.

35 No consta en el procedimiento que la normativa francesa permita la asunción de las cotizaciones al seguro de vejez de la Sra. Gaumain-Cerri en concepto de la asistencia prestada a su hijo dependiente.

36 C. Sánchez-Rodas Navarro, “La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia”, cit., pág. 30, se plantea a raíz de esta sentencia, si los cuidadores informales que no residen en Alemania podrían invocar el Reglamento 1408/71 para causar prestaciones reconocidas por la legislación alemana, al haber estado asegurados por un régimen coordinado de Seguridad Social, cuestión que remitiría a otra como la de determinar si el cuidador puede ser calificado como trabajador a los efectos del Derecho Comunitario.

37 El propio Gobierno alemán consideró que el recurso de la Sra. Barth debió admitirse porque la Sra. Barth, se beneficiaba, en virtud de la normativa alemana,

D. Prestaciones en especie destinadas a cubrir el riesgo de dependencia: residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente

1. El caso *Von Chamier-Glisczinski*: Sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto C-208/07)

En el presente caso, la Sra. Von Chamier-Glisczinski, alemana, y residente en Múnich, recibía del DAK, organismo de seguridad social en el que estaba asegurada a través de su marido, las prestaciones del seguro de dependencia previstas en el artículo 38 del Libro XI del SGB, esto es, las prestaciones mixtas³⁸.

de un derecho al pago de cotizaciones al seguro de vejez obligatorio, dado que la actividad de asistencia se desarrollaba en Alemania (apartado 14 de la sentencia).

38 El seguro alemán contra el riesgo de dependencia prevé, en el Libro XI del SGB, tres formas de intervención: 1º.- Las personas que necesiten asistencia y cuidados a domicilio tienen derecho a prestaciones en especie por parte de los empleados de los servicios ambulatorios concertados con la Caja de dependencia. Los gastos de esas intervenciones corren a cargo de esta Caja dentro de un límite máximo, variable en función del nivel de dependencia del beneficiario (establecidas en el artículo 36 del SGB). 2º.- Las personas dependientes pueden disfrutar de una asignación de dependencia mensual, cuando se procuren autónomamente las prestaciones de cuidados y asistencia que necesiten. Esta asignación puede ser utilizada libremente por el beneficiario, bien para el pago de prestaciones no cubiertas por el seguro o realizadas por personal no perteneciente a los servicios concertados (establecidas en el artículo 37 del SGB). Su importe varía en función del nivel de dependencia. 3º.- El artículo 38 del citado texto, establece las prestaciones mixtas, combinación de las dos anteriores, mediante las cuales el beneficiario que no recibe todas las prestaciones en especie a las que tiene derecho, puede obtener también la asignación de dependencia del artículo 37 de cuyo importe se deducirá la parte correspondiente a la utilización de las prestaciones en especie. El beneficiario es el que decide que parte de prestaciones en especie desea percibir. Las prestaciones mixtas.

4º.- En virtud del artículo 43 del SGB, las personas en situación de dependencia tienen derecho a una asistencia total en un establecimiento de personas dependientes cuando las asistencia domiciliaria o una asistencia parcial en dicho establecimiento no sea posible. En este supuesto la Caja de dependencia cubre a tanto alzado los gastos de asistencia, de asistencia médica y de asistencia social. El asegurado que opte por la asistencia total en un establecimiento de personas dependientes a pesar de que la Caja considere que no es necesario, tiene derecho

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

El 27 de agosto de 2001, el Sr. Von Chamier-Glisczinski, solicitó al DAK, que las prestaciones del seguro de dependencia a las que tenía derecho su esposa en virtud de la normativa alemana, se prestaran en la forma de asistencia total prevista en el artículo 43 del SGB, en un establecimiento situado en Austria, debido a que tenía la intención de hacerse cargo de la gestión de una empresa situada cerca de Salzburgo y deseaba ingresar a su esposa en un establecimiento de asistencia a personas dependientes cerca de esa ciudad.

La DAK, desestimó la solicitud el 31 de agosto de 2001, alegando que la asistencia prevista en el artículo 43 del SGB era una prestación en especie y por tanto no exportable, y que el Derecho austriaco no preveía prestaciones en especie para los afiliados a su régimen de Seguridad Social. Por otro lado, pone de manifiesto que el establecimiento especializado radicado en Austria, no era un establecimiento concertado en el sentido del Libro XI del SGB. Por tanto, sólo tenía derecho a la asignación de dependencia en cuanto prestación de enfermedad en metálico, tal como había establecido la sentencia Molenaar.

No obstante, desde el 17 de septiembre de 2001 al 18 de diciembre de 2003, la Sra. Von Chamier-Glisczinski permaneció en un establecimiento de atención a personas dependientes reconocido por Austria.

A finales de 2003, el Sr. Von Chamier-Glisczinski, declaró una actividad comercial en Laufen (Alemania), cambió su residencia a dicha localidad e hizo trasladar de nuevo a Alemania. A partir de julio de 2004, su esposa pudo obtener asistencia en un establecimiento situado en las inmediaciones de Laufen.

El Sr. Von Chamier-Glisczinski, pretendía que le fueran reembolsados los gastos ocasionados por la estancia en el establecimiento de asistencia austriaco por un importe equivalente a la diferencia entre la asignación de dependencia concedida y la cantidad prevista por la

a una ayuda equivalente al máximo previsto en el artículo 36 para la categoría de dependencia al que pertenezca.

Las prestaciones que sobrepasen los máximos previstos por el seguro de dependencia corren a cargo de la persona en situación de dependencia.

normativa alemana para la asistencia total establecida en el artículo 43 del SGB.

El tribunal de instancia desestimó dicha pretensión y el órgano jurisdiccional de apelación planteó las siguientes cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión radica en determinar si con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1, letra a) del Reglamento, la institución del Estado miembro de residencia del trabajador está obligada a realizar, por cuenta de la institución competente, prestaciones en metálico en forma de reembolso o asunción de gastos, en las situaciones en que el sistema de Seguridad Social de dicho Estado, a diferencia del de la institución competente, no prevea para sus propios afiliados prestaciones en especie. En concreto de lo que se trata es de aclarar sin si los demandantes por el artículo 19 del Reglamento, tienen un derecho equivalente en metálico de las prestaciones en especie ante los organismos de seguridad social de su Estado de residencia.

Aunque el órgano jurisdiccional competente había señalado el artículo 19 del Reglamento como única referencia normativa para la primera cuestión, el Tribunal analizó si para el asunto podía tomarse en consideración el artículo 22 del Reglamento en la medida en que al Tribunal le corresponde deducir de todos los elementos que le proporciona el órgano jurisdiccional nacional los elementos de Derecho comunitario que requieren una interpretación. En las conclusiones presentadas por el Abogado general, éste consideró, sin embargo, que el objeto de la litis encuadraba mejor en el ámbito del artículo 22, apartado 1, letra b, del Reglamento³⁹. En efecto, el artículo 19 regula la situación de un trabajador o miembro de su familia que, en el momento en que se materializa el riesgo de que determina el derecho a las prestaciones de seguridad social, reside en un Estado miembro distinto del competente, mientras que en el artículo 22 se establece la situación de un trabajador o un miembro de su familia

39 Presentadas el 11 de septiembre de 2008, por el Sr. Paolo Mengozzi. Apartados 35 a 37.

que, después de haberle sido reconocido el disfrute de las prestaciones a cargo de del Estado competente, traslada su residencia a otro Estado miembro.

El Tribunal, sin embargo, no consideró necesario pronunciarse sobre cual de las dos disposiciones era aplicable al caso al entender que aunque ambos preceptos contemplan situaciones y tienen objetivos diferentes, los mecanismos establecidos por ellos tienden a garantizar a los miembros de la familia de los trabajadores las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de residencia conforme a su legislación aplicable y las prestaciones en metálico conforme a la legislación aplicable a la institución competente⁴⁰.

Conforme a la definición acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado, tanto a domicilio como en establecimientos especializados, están incluidas entre las prestaciones en especie a las que se refiere la letra a), del apartado 1, del artículo 19 del Reglamento, tal como se había recogido en la sentencia Molenaar. En este caso, tanto si se aplica el artículo 19 como el 22 del Reglamento, la conclusión a la que se llega es la misma, en el sentido de que cuando la normativa del Estado de residencia no prevea prestaciones en especie para cubrir el riesgo para el que se reclama el derecho a tales prestaciones, el Reglamento no exige servir dichas prestaciones fuera del Estado competente por cuenta de la institución competente.

Sin embargo, lo anterior no significa que el acceso del trabajador a prestaciones en especie en caso de residencia en un Estado miembro distinto del de empleo se regule exclusivamente por la normativa del Estado de residencia. Cuando este último no prevé prestaciones en especie, el Reglamento no impide que la institución del Estado competente pueda conceder tales prestaciones en especie. Entender que el Reglamento prohíbe a un Estado miembro otorgar a los traba-

⁴⁰ Vid. apartados 45 y 46 de la sentencia.

jadores y miembros de su familia una protección social más amplia que la que se desprende de dicho Reglamento, supone ir más allá de la propia finalidad de la citada norma y “situarse fuera de los objetivos y del marco del artículo 42 CE”⁴¹. La interpretación en dichos términos conduciría a resultados incompatibles con las finalidades del Reglamento. Así sucedería en el caso de que el “Estado miembro competente para la cobertura de un determinado riesgo, previese sólo prestaciones en especie y el Estado miembro de residencia solamente prestaciones en metálico: en este caso, el trabajador no recibiría prestaciones en metálico por no estar previstas por el Estado competente, obligados a servir las con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19.1.apartado a), ni prestaciones en especie por no estar previstas por el Estado miembro de residencia”. En tal hipótesis, el trabajador recibiría un trato desigual, o bien al de los afiliados al sistema de seguridad social del Estado competente que fueran residentes en dicho Estado, o bien al de los afiliados al sistema de seguridad del Estado de residencia⁴².

La segunda cuestión prejudicial se centra en determinar si en aplicación del artículo 18 CE, o en los artículos 39 y 49 CE, se puede exigir el derecho a que la institución competente, previa autorización, asuma los gastos de un periodo de internamiento en un establecimiento de atención a las personas dependientes de otro Estado miembro, por el importe de las prestaciones que se conceden en el Estado miembro competente.

El Tribunal recuerda que el Derecho comunitario no supone ninguna merma de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social. Dado que no existe armonización de los sistemas a escala comunitaria, corresponde a la legis-

41 Cfr. apartado 56 de la sentencia.

Puede verse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, en la sentencia de 10 de enero de 1980 (caso Jordens-Vosters, asunto 69/79) y en la sentencia de 16 de marzo de 1978 (caso Pierik I, asunto 11/77) analizadas en las Conclusiones del Abogado General, cit., apartados 52 y 53.

42 Vid. conclusiones, apartado 55.

lación de cada Estado determinar los requisitos de la concesión de las prestaciones de seguridad social. En todo caso, al ejercitar dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario. En el presente caso, aunque se ha determinado en la primera cuestión prejudicial que la normativa que regula la prestación de dependencia alemana, es acorde con el Derecho Derivado establecido en los artículos 19 y 22 del Reglamento, dicha aseveración no supone que la citada normativa escape a las disposiciones del Tratado.

La aplicabilidad al asunto del que venimos tratando de los artículos 19 y 22 del Reglamento, no excluye, por sí sola, que el interesado haya solicitado, con arreglo al Derecho primario, la asunción de determinados gastos ocasionados por el internamiento en un establecimiento en otro Estado miembro⁴³.

Dado el contexto fáctico del litigio principal, la segunda cuestión prejudicial se limita a interpretar el artículo 18 CE relativo a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados miembros con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado CE y en las disposiciones adoptadas para su aplicación⁴⁴.

De la jurisprudencia se desprende que las facilidades concedidas por el Tratado no producirían plenos efectos si se pudiera disuadir a un nacional de un Estado miembro de hacer uso de aquéllas, por los obstáculos a sus residencia en el Estado miembro de acogida derivados de una normativa de su Estado de origen que le penaliza por el mero hecho de haberlas ejercido⁴⁵. Una normativa nacional que

43 La Comisión estableció objeciones referidas a la posible aplicación del Derecho comunitario, pues considera que las disposiciones del Tratado, sólo podrían ser de aplicación previa, en el caso de que previamente se declarara la ilegalidad del artículo 19 del Reglamento (apartado 62 de la sentencia). En contra se manifiesta el abogado general en sus conclusiones nº 66.

44 La no aplicación de los artículos 39 y 49 CE, no fue una cuestión controvertida. Los gobiernos alemán, noruego, la Comisión, el Abogado General y el propio Tribunal estuvieron de acuerdo al no darse en el litigio los presupuestos de hecho regulados en dichos preceptos.

45 Vid. apartado 82 de la sentencia y jurisprudencia allí citada. También sentencia de 9 de noviembre de 2006, caso Turpein C-502/04, apartado 22.

perjudicar a unos nacionales por haber ejercido el derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro, provocaría una desigualdad de trato entre nacionales.

En el presente caso, la Sra. Von Chamier-Glisczinski por haberse trasladado a un centro de asistencia para personas dependientes sito en Austria, se le deniega el reembolso, dentro de los límites de la cobertura garantizada por dicho régimen, de los gastos ocasionados por su internamiento en dicho centro, mientras que dicho reembolso se hubiera producido de haber estado internada en un establecimiento concertado situado en el territorio de Estado miembro de afiliación. Ahora bien, dado que el artículo 42 CE prevé la coordinación, no la armonización de regímenes de seguridad social, es legítimo que se establezcan diferencias de fondo y de forma entre ellos.

En este contexto, cuando un asegurado ejercita su derecho a la libre circulación, el artículo 18 CE no puede garantizar que “su desplazamiento sea neutro en materia de seguridad social” y, sobre todo, en lo referente a las prestaciones de enfermedad. Se considera por el Tribunal que dado que la República Federal de Alemania y la República de Austria, pueden establecer libremente sus regímenes del seguro de enfermedad, no puede considerarse que un de ellos es la causa de una discriminación por el mero hecho de que produzca consecuencias desfavorables cuando se aplica, combinándolo con el régimen de otro Estado miembro, conforme a los mecanismos de coordinación⁴⁶.

Consecuentemente declara -en el apartado 88 de la sentencia- que el artículo 18 CE no se opone a que, conforme al artículo 34 del SGB, la institución competente deniegue la asunción de los gastos ocasionados, en forma de reembolso, por la estancia en un establecimiento de asistencia a personas dependientes situado en el Estado miembro de residencia, y por un importe equivalente a las prestaciones a las que la persona tendría derecho si la misma asistencia se hubiera dis-

46 Cfr. apartado 87 de la sentencia.

pensado en un establecimiento concertado situado en el territorio del Estado competente.

El Abogado General, en esta segunda cuestión prejudicial, propone al Tribunal que responda a ella en un sentido contrario⁴⁷ al que con posterioridad asumiría el Tribunal y que se ha expuesto más arriba. Considera que la diferencia de trato sólo podría estar justificada si se basara en consideraciones objetivas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional: constatado el incremento de la esperanza de vida en los países comunitarios, las exigencias de planificación vinculadas al mantenimiento de un sistema equilibrado y accesible a todos los centros de acogida para personas que están en una situación de dependencia, y las exigencias de contención de los gastos que soportan los regímenes nacionales de seguridad social, serán argumentos válidos para justificar esa diferencia de trato⁴⁸.

No sería contrario, por tanto, al artículo 18 CE la exigencia de autorización previa para obtener el reembolso de los gastos siempre que los requisitos a los que está supedita la autorización estén justificados en base a “criterios objetivos, no discriminatorios y establecidos previamente, y se atengan al requisito de la proporcionalidad”. Sin embargo, en el caso de autos la denegación del reembolso de los gastos no fue justificada en dichos términos, sino que fue denegada sobre la base única del artículo 19 del Reglamento, por lo que no puede considerarse legítima.

47 Vid. conclusiones apartados 73 a 78, inclusive.

48 Extiende los argumentos recogidos en la sentencia 12 de julio de 2001 (asunto Smits y Peerbooms C-157/99) para los servicios médicos hospitalarios, a las prestaciones de cuidados y asistencia a personas en situación de dependencia realizadas en establecimientos especializados.

E. Afiliación al seguro social obligatorio en el estado miembro de residencia. Sobre la posibilidad de continuar afiliado, con carácter facultativo, al seguro de dependencia en el antiguo estado de empleo

1. El caso *Da Silva Martins: Sentencia de 30 de junio de 2011 (asunto C-388/09)*

El marco fáctico del litigio principal es el siguiente: el Sr. da Silva Martins, de nacionalidad portuguesa, después de haber trabajado breve tiempo en Portugal, se estableció en Alemania. Desde 1974 estuvo afiliado a Bank BKK para el seguro de enfermedad y desde el 1 de enero de 1995, para el seguro de dependencia. Percibe una pensión de jubilación alemana y otra portuguesa desde septiembre de 1996 y mayo de 2000, respectivamente. Desde que empezó a percibir una pensión de jubilación en Alemania, el Sr. da Silva Martins estuvo afiliado al organismo del seguro de enfermedad de los jubilados, y a partir de agosto de 2001, la Bank BBK le concedió prestaciones de dependencia en especie. Durante una estancia provisional en Portugal, la citada entidad le concedió una asignación de dependencia desde el 1 de enero de 2002 hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Cuando Bank BKK conoció que el Sr. da Silva había presentado una declaración de salida definitiva de Alemania, con efectos desde el 31 de julio de 2002, declaró extinguida su afiliación al seguro de dependencia y posteriormente le reclamó la devolución de las asignaciones de dependencia pagadas durante los meses de agosto a diciembre de 2002.

Según las observaciones hechas por el Gobierno portugués, el Derecho luso no prevé prestaciones específicas para las prestaciones de dependencia⁴⁹.

La cuestión controvertida entre el Sr. da Silva Martins y Bank BKK reside en determinar si el demandante puede continuar afiliado

49 El gobierno portugués puntualiza que las prestaciones de ayuda a personas dependientes se proporcionan a lo sumo en forma de prestaciones en especie en el marco de los servicios sociales y del seguro de enfermedad.

al seguro de dependencia alemán en virtud de un seguro facultativo y si en base a él, puede seguir disfrutando de una prestación en metálico correspondiente a dicha afiliación, en el supuesto de que no exista en el Estado miembro de residencia prestaciones correspondientes al riesgo específico de dependencia.

El órgano jurisdiccional alemán encargado del recurso de casación (el Bundessozialgericht), haciendo una interpretación acomodaticia a los intereses alemanes, estima que dado que las prestaciones de dependencia se incluyen en el ámbito del seguro de enfermedad, según la sentencia Molenaar, las reglas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento se oponen al mantenimiento de la afiliación del Sr. da Silva Martins al seguro de dependencia en Alemania. En este razonamiento se obvia que aunque el Tribunal de Justicia ha equiparado ciertas prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia a prestaciones de enfermedad en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a) del Reglamento, ha reconocido también que las prestaciones relacionadas con el riesgo de dependencia tienen a lo sumo “ un carácter complementario de las prestaciones de enfermedad clásicas comprendidas, “stricto sensu”, en esa disposición, y no se incluyen necesariamente en ella”⁵⁰. En efecto, a diferencia de las prestaciones de enfermedad “stricto sensu”, las prestaciones de dependencia, aunque deban equipararse a prestaciones de enfermedad en el sentido del artículo 4 de Reglamento, pueden presentar por sus modalidades de aplicación, características que en la realidad “se aproximan también en cierto grado a las ramas de invalidez y de vejez previstas en las letras b) y c) de dicho artículo 4, apartado 1, sin que en rigor puedan identificarse con una u otra”⁵¹. Esta aproximación a otros riesgos incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina⁵².

50 Vid. sentencia Hosse, apartado 43.

51 Vid. apartado 48 de la sentencia.

52 C. Sánchez-Rodas Navarro, “La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia”, cit., pág. 43, aclarando que aunque hasta la fecha la jurisprudencia del TJCE había incardinado el riesgo de dependencia en el riesgo de enfermedad a

El principio de unicidad del régimen de seguridad social persigue que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan dentro de la Unión queden sujetos al régimen de seguridad social de un único Estado miembro. El artículo 15.1 del Reglamento no será aplicable al caso puesto que las disposiciones contenidas en él sólo serán aplicables en materia de seguro voluntario, cuando para alguna de las ramas expuestas en el artículo 4 del Reglamento no exista en un Estado miembro más que un régimen de seguro voluntario: en el presente asunto, el seguro de dependencia alemán tiene carácter obligatorio. Por otra parte, el artículo 15.2 pretende evitar que una persona tenga que cotizar por un único riesgo a dos regímenes de seguridad social diferentes, uno obligatorio y otro facultativo, sin embargo aunque el riesgo de dependencia sea asimilable al riesgo por enfermedad a efectos del Reglamento, presenta características propias que la distinguen de las prestaciones por enfermedad “*stricto sensu*”.

Se puede afirmar que en este caso el artículo 15 apartado 1 y 2 del Reglamento, no se opone al que el Sr. da Silva pueda mantener una afiliación de carácter facultativo al seguro de dependencia alemán, aún cuando también esté afiliado con carácter obligatorio, al régimen de seguridad social portugués por el mismo periodo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de Reglamento, corresponde a Portugal en cuanto Estado miembro de residencia garantizar las prestaciones de enfermedad. A esta misma solución habría de llegarse en lo que respecta a las prestaciones de dependencia en tanto en cuanto se asimilan a las de enfermedad a los efectos del artículo 4.1.a). Sin embargo, dicho artículo 27 debe interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48 del TFUE, (antes artículo 42 CE) teniendo en cuenta las particularidades de las prestaciones

efectos comunitarios, sería perfectamente posible que las prestaciones reguladas en la Ley 39/2006, aún calificándolas de prestaciones de seguridad social, las vinculara con otro de los riesgos incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento como la invalidez.

correspondientes al riesgo de dependencia en relación con las de enfermedad en sentido estricto. De esta manera, sería contrario a la finalidad pretendida por el artículo 48 TFEU que por tal circunstancia tuviera que perder toda ventaja que constituye la contrapartida de cotizaciones que ha pagado en un antiguo Estado miembro de empleo conforme a un régimen específico de seguro que no cubre el riesgo de enfermedad stricto sensu, sino el riesgo de dependencia. Por consiguiente, al Estado alemán le correspondería seguir pagando la asignación de dependencia al Sr. da Silva, en cuanto prestación en metálico y, por tanto, exportable, aunque la normativa alemana (en concreto el artículo 34 del SGB), establezca que el seguro facultativo continuado, se suspende mientras el asegurado se encuentre en el extranjero.

Por el contrario, si en el Estado miembro de residencia estuviesen previstas prestaciones en metálico correspondientes al riesgo de dependencia, por un importe inferior al de las prestaciones por ese mismo riesgo en el otro Estado miembro deudor de una pensión, el artículo 27 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que “la persona tiene derecho a cargo de la institución competente de ese último Estado a un complemento de prestaciones igual a la diferencia entre los dos importes”⁵³.

53 Vid. apartado 88 de la sentencia.