

La protección de los migrante-dependientes

SUMARIO: I. PRELIMINAR. LOS “MIGRANTE-DEPENDIENTES”. II. MARCO NORMATIVO APLICABLE SEGÚN SU NACIONALIDAD. 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: EXTRACOMUNITARIOS Y COMUNITARIOS. 2. LA DEPENDENCIA COMO PRESTACIÓN COORDINADA POR LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL. *A) La coordinación del seguro de dependencia.- B) Encuadramiento de la dependencia en las ramas de seguro previstas en los reglamentos comunitarios. C) Prestaciones por enfermedad en metálico y en especie.* III. EL REQUISITO DE RESIDENCIA. 1. FUNDAMENTO. 2. REGLAS GENERALES. EL REQUISITO DE RESIDENCIA EN LA LEY 39/2006. *A) El concepto de residencia. B) La residencia previa. C) El requisito de residencia y su dudosa compatibilidad con el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea. D) La exportabilidad de las prestaciones económicas.* 3. SUPUESTOS EXCEPTUADOS DEL REQUISITO DE RESIDENCIA. *A) Los emigrantes españoles residentes en el extranjero. a) Ayudas asistenciales extraordinarias para residentes en el exterior (Orden TAS /561/2006). b) Subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior (Orden TAS /874/2007). c) Prestación por razón de necesidad (RD 8/2008). B) Los emigrantes retornados.*

I. PRELIMINAR. LOS “MIGRANTE-DEPENDIENTES”

La entrada en vigor el 1 de enero de 2007 de la LEY 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tiene importantes consecuencias no solo para la población española dependiente residente en España, sino para el

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada

numeroso colectivo de extranjeros que residen permanentemente o parte del año en nuestro país, o incluso para los dependientes españoles residentes en el extranjero, y emigrantes españoles que retornan a nuestro país. No puede desconocerse que España es uno de los países de la Unión en los que las situaciones de dependencia son más elevadas, algo que tiene su origen en la evolución demográfica interna, pero que se agrava por la “inmigración de dependientes” o personas potencialmente dependientes que provienen fundamentalmente del resto de la comunidad -tanto nacionales como comunitarios- fenómeno que ha sido conceptualizado como “gerontoinmigración”² o más ampliamente “migración internacional de retirados”³.

En este sentido, puede considerarse que el colectivo de los “migrante-dependientes” se caracteriza por su enorme diversidad, ya que engloba a categorías muy diferentes, entre los que se encuentran los dependientes extranjeros en sentido amplio (debiendo diferenciarse a su vez los comunitarios y los extracomunitarios), pero también a los nacionales que retornan a nuestro país y sus familiares. Pero igualmente englobaría a los españoles que emigraron, y sufren situaciones de dependencia en el extranjero. Por tanto, los “migrante-dependientes” conforman un colectivo más amplio que el de los “gerontoinmigrantes”, no solo porque englobaría tanto inmigrantes como emigrantes, sino porque no se ciñe a los jubilados, ya que —como se sabe— nuestra Ley de protección de la dependencia prescinde de la edad como requisito para ser considerado dependiente⁴, aunque ello no obsta a

² Expresión acuñada en 2003 por el Grupo Interdisciplinario de Investigación Eur-IN&EN, Inmigración y Envejecimiento en Europa, de la Universidad de Málaga, y que según sus autores hace referencia al “fenómeno complejo que estudia la movilidad transfronteriza de los adultos mayores y ulterior asentamiento en los lugares de acogida”. La gerontoinmigración sería “el resultado de la emigración al sur de Europa y a la edad de jubilación de ciudadanos extranjeros, particularmente del centro y norte del continente, del retomo a España de españoles emigrantes y de sus descendientes, del reagrupamiento familiar de los ascendientes extranjeros de estos últimos y de los residentes extranjeros y, en menor medida por el momento, del envejecimiento de la población extranjera inmigrante laboral” (ECHEZARRETA, M. y RODRÍGUEZ, A.: “La protección de los gerontoinmigrantes comunitarios en España”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 11, 2006, pp. 28 y 29).

³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, V.; CASADO RUIZ, M.^a A.; HUBER, A. (edit.), *La migración de europeos retirados en España*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Unidad de Políticas Comparadas, Madrid, 2005, pp. 19 y ss.

⁴ Hay que advertir que aunque la Ley 39/2006 enuncia la edad dentro del artículo 5, referido a los requisitos, realmente no lo es. Así, indica que “para los menores de 3 años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera”, precisión que es totalmente asistemática, sin que pueda considerarse requisito la edad, sino que simplemente modaliza la cobertura en caso de menores de tres años. La deficiente técnica seguida por el legislador probablemente tenga su causa en que tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley, la edad sí actuaba como requisito, pero finalmente no lo ha sido, por lo que la alusión a los menores en el aparta-

que como regla general sí que la mayor parte de los dependientes sean personas de edad avanzada⁵, y que con carácter amplio pueda afirmarse incluso que la cobertura específica de la dependencia nace por y para los ancianos dependientes, que son quienes han generado la necesidad de una atención particularizada⁶.

Cuantitativamente, el mayor impacto proviene de los ancianos comunitarios. El hecho de que a un país envejecido, como es España, se le sumen los pensionistas comunitarios que deciden pasar la última etapa de su vida en nuestras costas e islas, es un elemento que potencialmente puede agravar la apremiante demanda de una cobertura integral de las situaciones de dependencia. No es un fenómeno nuevo en absoluto, pero sí lo es el que puedan obtener una cobertura por dependencia en España⁷.

El propio Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) ha sido consciente de la necesidad de ponderar el impacto que la presencia de dependientes comunitarios puede tener en la aplicación de la Ley de Dependencia, y encargó un estudio al respecto, que vio la luz en diciembre de 2006⁸, en el que se contabilizan (a través de los registros públicos) cuántos son, de dónde proceden y dónde se ubican⁹, evaluándose la incidencia que puedan ocasionar a los presupuestos públicos de las Administraciones implicadas.

do relativo a los requisitos carece de justificación. Cfr. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, GONZÁLEZ DE PATTO, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, Granada, 2007, p. 164.

⁵ Según los datos del IMSERSO disponibles a 1 de octubre de 2008, el 79,82% de los solicitantes tienen más de 65 años.

⁶ MALDONADO MOLINA, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 18.

⁷ De hecho, si consideramos el fenómeno de la inmigración en la España del siglo XX, encontramos los primeros “inmigrantes” entre los “retirados” europeos que empezaron a asentarse aquí desde la década de los sesenta (alemanes, británicos y franceses que se afincaban en las costas mediterráneas e islas), y que motivaron la llegada no solo de “retirados”, sino de inversores, empresarios y trabajadores europeos que cubrían las necesidades de los “retirados”, que frecuentemente vivían en comunidades cerradas al margen del resto de la población nativa. Desde entonces ha crecido de forma constante el número de comunitarios residentes en España, un crecimiento que ha tenido lugar especialmente por la llegada de población activa, y ya no sólo a las zonas turísticas, sino Madrid y Barcelona. Este importante incremento ha quedado eclipsado por el espectacular aumento de extracomunitarios.

⁸ Estado actual y análisis prospectivo sobre las personas mayores y las personas dependientes en España procedentes de la Unión Europea, estudio de consultoría y asistencia realizado por Alboma 2000 S.L. para el IMSERSO <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/imserso-mayoreseuropeos-01.pdf>.

⁹ Para un análisis sociológico de los jubilados europeos en España, véase RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, V.; CASADO RUIZ, M.ª A.; HUBER, A. (Edit.), *La migración de europeos retirados en*

No obstante, en materia demográfica, hay que partir de una realidad, y es que es difícil saber con exactitud el número de ciudadanos comunitarios residentes en España. En rigor, residentes son únicamente aquéllos que permanezcan en territorio español por un tiempo superior a tres meses¹⁰, debiendo solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia su inscripción en el Registro Central de Extranjeros (norma exigible desde 1 de abril de 2007, y que fue motivada por la necesidad de controlar la entrada de inmigrantes de los nuevos Estados miembros de la Unión). Pero no es infrecuente que un comunitario pase largas temporadas en España manteniendo la residencia en sus países de origen (sobre todo los originarios del centro y norte de Europa), por motivos fiscales, para soslayar normas de tráfico o las más variadas razones¹¹.

Si nos atenemos a los datos de la Encuesta de Población Activa, en 2007 residían en España 1.417.800 ciudadanos comunitarios (desde enero de 2007 se incluyen los 27 países de la Unión Europea, salvo España), computándose solo los que habitan en viviendas familiares y que lleven residiendo en España al menos un año. Sin embargo, la Oficina del Censo Electoral ha registrado, a partir de los padrones municipales, un total de 1.905.340 ciudadanos de la Unión Europea (mayores de 18 años) residentes en España

España, op. cit., donde se analizan aspectos tan variados como sus motivaciones y estructura poblacional, y cuestiones singulares tales como los retirados comunitarios en Torrevieja, la Costa Blanca, la Costa del Sol, Islas Baleares y Canarias, y centrándose en británicos, alemanes, franceses, finlandeses o suizos.

¹⁰ Arts. 7 y 8 RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

¹¹ El Real Instituto Elcano hace referencia a varias circunstancias que determinan esta realidad, indicando que “según cálculos de diferentes Embajadas en España, más de la mitad de sus nacionales residiendo aquí de forma habitual no se empadronan” (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “Los otros inmigrantes: los europeos comunitarios de países ricos”, Documento de Trabajo núm. 37/2008, de 7 de agosto de 2008). Según este estudio, dentro del grupo de extranjeros nacidos en países de la UE-14, el porcentaje de irregularidad es muy desigual: los portugueses se registran en su casi totalidad, mientras que más del 40% de los alemanes y el 39% de los británicos empadronados no está registrado en el Ministerio del Interior. Así, en enero de 2008, había 165.529 alemanes empadronados y sólo 95.415 con permiso de residencia. Los británicos, por su parte, concentraban 206.000 tarjetas de residencia frente a 334.000 empadronados, lo que implica que el 39% se encontraban en una situación “irregular”. Y si comparamos esta cifra con el millón de británicos que el Foreign Office del Reino Unido calcula que poseen una vivienda en España y pasan aquí temporadas cada año, o los 17 millones de visitas al año de ciudadanos británicos a España, comprobaremos que resulta una misión imposible, con las fuentes actuales, conocer el número de residentes. Lo mismo ocurre con los alemanes: frente a esa cifra en el Padrón de 165.000, las fuentes alemanas calculan que la realidad se encuentra entre 500.000 y 800.000.

que podrán ejercer el derecho de voto en España en las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009¹².

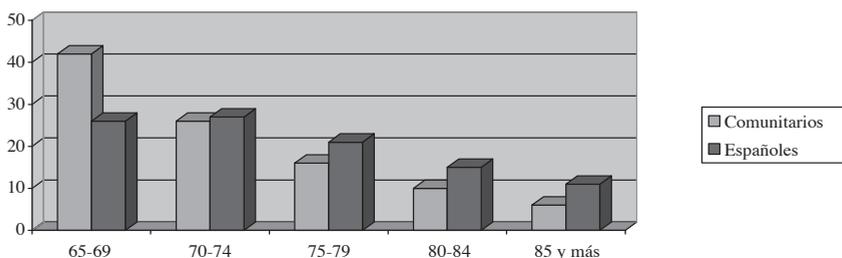
Ante esta incertidumbre estadística, creemos que lo relevante no son los datos concretos, sino las características principales que sí se desprenden de las diversas fuentes estadísticas.

1. ¿Cuántos son? Con datos de 2006 (sin computar a los nacionales de la última ampliación), se estima que residen en España más de 130 mil mayores de 65 años procedentes de la UE. A diferencia de los inmigrantes extracomunitarios, que son básicamente menores de 65 años y saludables, los comunitarios tienen un importante grupo de mayores de 65 años. De hecho, del conjunto de extranjeros mayores residentes en España, cerca del 72% son nacionales de países de la UE

Sin embargo, para calibrar en sus justos términos el impacto de los jubilados comunitarios residentes en España, deben tenerse en cuenta las siguientes observaciones:

a) Una, que hay un mayor incremento de comunitarios activos que pasivos. Sólo una cuarta parte de los extranjeros procedentes de los países más desarrollados de la UE que viven en España son jubilados. El resto forma una población activa. Así, la proporción de pasivos se reduce cada año: en 1999 representaban el 20,6% del total de comunitarios en España, y en 2006 el 16,3%.

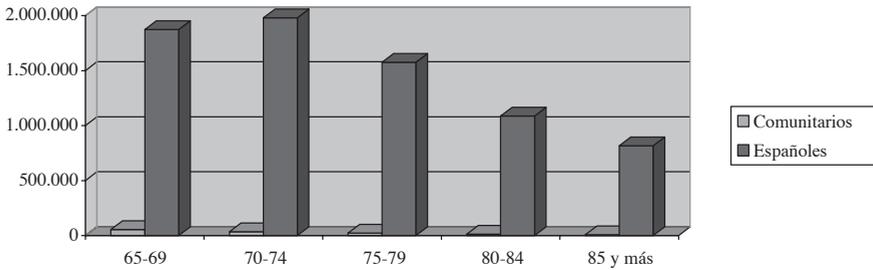
b) Si analizamos cuál es su edad, se observa que en España suelen estar en los primeros años de su retiro laboral, cuando aún son independientes, y regresan a sus países a partir de los 75 años de forma general. La proporción de comunitarios residentes en España con mayor probabilidad de ser dependientes (85 y más años), es reducida comparada con la de los españoles.



Fuente: elaboración propia a partir de datos del IMSERSO.

¹² Por provincias, la mayor presencia de ciudadanos de los países de la Unión Europea se da en Madrid (con 294.669 posibles electores), Alicante (247.372), Barcelona (145.502) y Málaga (127.895). Por nacionalidad, superan los 150.000 residentes mayores de edad: Rumania (651.311), Reino Unido (320.445) y Alemania (170.185).

c) Es tan elevado el número de mayores nacionales, que los comunitarios no son sino una gota en un océano, que por tanto no se espera que vayan a desequilibrar los presupuestos en la materia. Con las cifras absolutas se ve claramente que el número de comunitarios mayores no es desequilibrante.



Fuente: elaboración propia a partir de datos del IMSERSO.

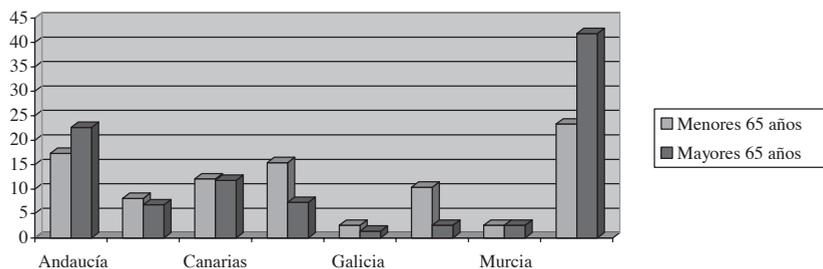
Tramos de edad

- entre 65-69 años: españoles: 1.874.237; comunitarios: 54.804
- entre 70-74 años: españoles: 1.979.735; comunitarios: 34.549
- entre 75-79 años: españoles: 1.575.076; comunitarios: 21.275
- entre 80-84 años: españoles: 1.087.466; comunitarios: 12.796
- 85 y más: españoles: 815.753; comunitarios: 7.675

2. ¿De dónde vienen? Del conjunto de los países miembros de la UE, hay un claro protagonismo de los 15 frente a los de reciente adhesión (el 93% son de los 15). Pero dentro de los 15, hay dos nacionalidades que protagonizan la tercera edad comunitaria en España: Reino Unido: 36,82%; y Alemania: el 22,59 %. Es decir, cerca del 60% de los comunitarios con más de 65 años son ingleses o alemanes.

3. ¿Dónde viven? Geográficamente, hay una acusada preferencia por vivir en las costas mediterráneas, sobre todo Andalucía y Valencia, tendencia que es muy destacada entre los mayores de 65 años¹³.

¹³ La concentración geográfica destaca en una doble dirección, tanto en las zonas de asentamiento preferentes como en los países de donde proceden, con un predominio de Estados miembros de la UE (los 15-1) (93,13%) sobre los países de reciente adhesión (los 10). Las principales nacionalidades de los extranjeros mayores asentados en España son las correspondientes a: Reino Unido (36,82%), Alemania (22,59%), a mayor distancia Francia (7,42%) y Bélgica, Italia, Holanda, Portugal, Suiza, Suecia y Noruega que suponen el 27,8% en su conjunto. Estas diez nacionalidades suponen el 95% de los extranjeros comunitarios de 65 y más años residentes en España.



Fuente: elaboración propia a partir de datos del IMSERSO.

	Andal.	Balea.	Canar.	Catal.	Galic.	Madrid	Murc.	Valen.
Menores 65	17,3	8,1	12,1	15,4	2,6	10,4	2,6	23,3
65 o más	22,6	6,8	11,8	7,3	1,4	2,6	2,6	41,8

Los datos sobre presencia de mayores comunitarios por Comunidades Autónomas tienen especial interés porque la puesta en práctica de las prestaciones por dependencia españolas ha quedado, en buena parte, en manos de las Comunidades Autónomas, y -como se observa- hay Comunidades en las que el peso de los comunitarios es importante. Sin embargo, por el momento el número de dependientes comunitarios no ha tenido reflejo en el número de prestaciones reconocidas en las distintas Comunidades, fundamentalmente porque si hay algo que está caracterizando la implantación autonómica de las prestaciones económicas es la desigualdad, desigualdad motivada por circunstancias extrajurídicas, que hacen que se den situaciones muy dispares¹⁴, dándose la llamativa circunstancia de que la Comunidad de Madrid, a 1 de octubre de 2008, no haya reconocido ninguna prestación económica de las previstas en la Ley 39/2006.

En todo caso, y concluyendo el análisis demográfico, puede afirmarse que si bien los datos no reflejan una situación preocupante, no puede desconocerse que sí que se trata de un colectivo cuantitativamente importante, cuya atención pasará por la cobertura articulada por el Sistema Nacional de Dependencia.

¹⁴ Proporcionalmente, en relación con la población de cada Comunidad, encabezan el número de dictámenes/población las Comunidades de Cantabria (1,97), La Rioja (1,88), y Andalucía (1,76). Por el contrario, cierran la lista la Comunidad Valenciana (0,58), Canarias (0,39) y Madrid (0,33). Cfr. Información Estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Situación a 1 de octubre de 2008.

<http://www.seg-social.es/imserso/estadisticas/saad/estsisaad20081001.pdf>

II. MARCO NORMATIVO APLICABLE SEGÚN SU NACIONALIDAD

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: EXTRACOMUNITARIOS Y COMUNITARIOS

La Ley 39/2006, tras enumerar en el artículo 4 los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, pasa a definir en el artículo 5 quiénes son titulares de tales derechos. Su redacción y contenido ponen de relieve que ni es un precepto en el que se defina el ámbito subjetivo de la Ley, ni enumera todos los requisitos para ser titular de tales derechos y beneficiarios de la cobertura. En efecto, bajo la rúbrica de “titulares de derechos”, el artículo 5 aborda las diversas categorías de sujetos que pueden causar el derecho a la cobertura por dependencia, y lo hace de un modo un tanto farragoso y desordenado, con alusiones a requisitos que no son tales, y con remisiones a otros preceptos de la Ley o incluso a eventuales desarrollos normativos que podrán (o no) tener lugar, como es el caso de los españoles en el extranjero. Considerando que se trata de un precepto en el que se definen, ni más ni menos, quiénes son “titulares de los derechos”¹⁵, hubiera sido de agradecer una mayor concreción y sistemática.

El artículo 5 enumera en su apartado primero los requisitos que los españoles deberán cumplir para ser titulares de los derechos (que actúan como requisitos comunes para nacionales y extranjeros); el segundo es el relativo a los extranjeros en sentido amplio, a los que exige los mismos requisitos que los españoles pero además condiciona su cobertura a la normativa que les sea aplicable.

Para los *extracomunitarios*, la Ley 39/2006 se remite a 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, y en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal

¹⁵ Alude a la expresión “titulares de derechos”, fórmula que no vuelve a ser usada a lo largo del texto de la Ley, en la que sí se habla de “beneficiarios”, lo cual puede generar la duda de si hay una equivalencia entre ámbos o no. No puede desconocerse que el ámbito de la protección social, junto con el titulares de un derecho, puede haber sujetos causantes del mismo, y beneficiarios de la cobertura, pudiendo ser sujetos diferentes. Sin embargo, la lectura del conjunto de la Ley resuelve la cuestión al no haber beneficiarios fuera de las personas que se encuentran en situación de dependencia, ya que en los preceptos relativos a los familiares y cuidadores, no se les atribuye un derechos propios, sino que son patrimonio del haber protector de las personas dependientes, que de este modo son titulares y beneficiarios de la cobertura prevista por la Ley.

como en el autonómico, así como en los tratados internacionales (art. 5.2 Ley 39/2006).

Si se trata de extracomunitarios residentes legalmente en nuestro país, habrá que estar al artículo 14.2 LO 4/2000, que extiende a los extranjeros residentes el derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. Por tanto, procede una total equiparación, debiendo cumplir los requisitos generales previstos en el artículo 5 (declaración de la situación de dependencia y la residencia previa).

Por el contrario, si se trata de extranjeros en situación irregular, su cobertura podrá verse limitada, aunque esa limitación deberá matizarse en lo referente a la asistencia sanitaria que perciban. De este modo, “los irregulares podrían quedar al margen de la protección, aunque ello puede plantear ciertos puntos de conflicto con la universalidad de la asistencia sanitaria, entendida en términos amplios”¹⁶

En cuanto a los *comunitarios*, hay que determinar igualmente su marco regulador. Como se sabe, si bien en nuestro Derecho son extranjeros quienes carezcan de la nacionalidad española, ya dispongan de otra nacionalidad, ya sean apátridas (art. 1.1 LO 4/2000), y por tanto lo también los ciudadanos comunitarios. Ahora bien, los nacionales de países miembros de la UE tienen un régimen particular, de forma que legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España tan sólo se les aplica en los aspectos que le sean más favorables (art. 1.3 LO 4/2000).

A diferencia de otras normas que en últimamente se han aprobado en el campo de la protección social (*v.gr.*, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud)¹⁷, no hay una referencia expresa a los comunitarios, lo cual hubiera dotado de más orden al precepto, dado el régimen tan singularizado por el que se rigen unos y otros no nacionales. Ello no obsta, desde luego, a que sean titulares del derecho, ya que las normas comunitarias les posibilitan el derecho, en los términos que pasaremos a analizar, de modo que “no podrá haber diferencia entre los nacionales españoles y nacionales de otros Estados miembros de la Comunidad Europea”¹⁸. Por tanto,

¹⁶ CABEZA PEREIRO, J.: “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, p. 494.

¹⁷ Así, el artículo 3 de la Ley 16/2003, enumera como titulares, además de los españoles y los extranjeros (estos en los términos previstos en el artículo 12 LO 4/2000), a los “nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación”.

¹⁸ CABEZA PEREIRO, J., “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, *op. cit.* p. 500.

habrá que estar a los Reglamentos comunitarios que coordinan la Seguridad Social de los trabajadores emigrantes.

2. LA DEPENDENCIA COMO PRESTACIÓN COORDINADA POR LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

A) *La coordinación del seguro de dependencia*

Como es sabido, el Derecho comunitario prevé la coordinación de los regímenes de seguridad social para que las personas puedan desplazarse sin perder sus derechos de seguridad social. Se trata de los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y 574/72, cuya sustitución ya se prevé, una vez que entre en vigor el Reglamento 883/2004, de 29 de abril. Una primera aproximación al tema podría llevar a la conclusión de que tales Reglamentos no son de aplicación, ya que ni se recoge expresamente en ellos, pero es que además tales normas comunitarias tienen como objeto la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, mientras que la Ley 39/2006 no ha incluido la cobertura de la dependencia dentro de la Seguridad Social, sino en un sistema autónomo, el Sistema Nacional de Dependencia.

Sin embargo, la Jurisprudencia del TJCE ha interpretado en un sentido amplio el concepto de Seguridad Social y el de Asistencia Social, de modo que “para poder responder a la cuestión de si una prestación se encuentra incluida entre las prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el Derecho comunitario y, por tanto, ser calificada como prestación de Seguridad Social, conviene inspirarse en el objetivo fundamental del artículo 42 del Tratado -antiguo artículo 51-, consistente en implantar las condiciones más favorables para llevar a cabo la libertad de circulación y empleo de los trabajadores comunitarios en el territorio de cada uno de los Estados miembros”¹⁹.

Esto ha hecho que haya una jurisprudencia reiterada del TJCE que extiende la aplicación del Reglamento 1408/71 a prestaciones que no se contemplan en el art. 4 del Reglamento 1408/71, pero siempre que se cumplan dos circunstancias: una, que se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida; y otra, siempre que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n.º 1408/71.

En efecto, si bien en alguna ocasión el TJCE se ha pronunciado sobre el derecho a prestaciones que no se contemplan en el art. 4 del Reglamento

¹⁹ SÁNCHEZ RODAS, C.: “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2005, p. 116.

1408/71 en sentido contrario a su cobertura²⁰, hay una jurisprudencia reiterada que considera como prestación de Seguridad Social toda prestación que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios 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 apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n.º 1408/71²¹.

B) Encuadramiento de la dependencia en las ramas de seguro previstas en los reglamentos comunitarios.

Una vez sentado que serán de aplicación los Reglamentos sobre coordinación de la Seguridad Social, procede determinar dentro de cuál de las diferentes ramas de seguro contempladas en tales Reglamentos se inserta la cobertura de la dependencia, ya que de forma expresa no aparece que en ninguno de ellos. Pues bien, sobre esta cuestión se ha pronunciado el TJCE, estimando que hay que estar a las prestaciones por enfermedad (aún y cuando la legislación nacional les confiera el carácter de prestaciones especiales no contributivas). En efecto, al Alto Tribunal Comunitario, en tres ocasiones ha sustanciado litigios que versan sobre prestaciones por dependencia, habiendo considerado que deben entenderse comprendidas dentro del seguro de enfermedad: STJCE de 5 de marzo de 1998 (asunto C-160/96, Molenaar)²², STJCE de 8 de marzo

²⁰ Así sucedió con las prestaciones por prejubilación (sentencias C-57/90; C-253/90).

²¹ Véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249/83, Rec. p. 973, apartados 12 a 14; Scrivner, 122/84, Rec. p. 1027, apartados 19 a 21; de 20 de junio de 1991, Newton, C-356/89, Rec. p. I-3017, y Huges, apartado 15.

²² Un análisis pormenorizado de la misma, en SÁNCHEZ RODAS, C.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea sobre el riesgo de dependencia", en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pp. 609 y 610.

Los hechos planteados fueron los siguientes: el matrimonio Moolenaar cotizó al Seguro de Dependencia Alemán (de carácter obligatorio), y trasladó su residencia a Francia, donde solicitaron de la Administración alemana la cobertura a sus necesidades de cuidados por dependencia. Ante la negativa de la administración alemana de cubrir los cuidados requeridos por residir en otro estado de la Unión Europea solicitan se les exonere de las cuotas del seguro de dependencia, dando respuesta la administración alemana en el sentido de que venían obligados en cumplimiento de la Ley del Seguro de dependencia alemán. Recurren a los tribunales alemanes que interponen una cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo de Luxemburgo sobre el derecho que les pudiera asistir a estos ciudadanos alemanes, ya que estas prestaciones por su novedad no se contemplan dentro del Reglamento (CEE) 1408/71.

de 2001 (asunto C-215/99, F. Jauch) y STJCE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-286/03, S. Hosse). En estas tres sentencias, el TJCE ha sentado los siguientes criterios:

- a) Irrelevancia de la calificación otorgada por el Estado. Y ello aún y cuando la legislación nacional les confiera el carácter de prestaciones especiales no contributivas. Es irrelevante que sea o no contributiva. Así, la STJCE de 8 de marzo de 2001 (asunto C-215/99, F. Jauch) tenía la singularidad de ser una prestación incluida expresamente en el Anexo II bis del Reglamento (CEE) 1408/71 como prestación especial no contributiva (lo que la excluiría de la exportación). Pese a esta circunstancia, el TJCE estimó que se trataba de una prestación de naturaleza idéntica a las prestaciones alemanas a que se refirió la sentencia *Molenaar*. Lo que prima es la finalidad de la prestación, que es mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes.
- b) Es una prestación que se encuadra dentro del seguro de enfermedad. Unas prestaciones de tales características están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. En estas circunstancias, y aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas “prestaciones de enfermedad” en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n.º 1408/71. Y ello atendiendo a dos elementos:
 - Uno, su finalidad. “fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales.
 - Otra, su encaje organizativo: está destinada a complementar el seguro de enfermedad, pero advirtiendo 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” (STJCE 2006).

La STJCE de 8 de marzo de 2001 (asunto C-215/99, F. Jauch) también versó sobre una prestación enmarcada dentro del seguro de dependencia, pero austriaca, y cuya concesión se condiciona a la residencia en Austria, lo que situaba como no exportable “cuando el beneficiario trasla-

daba su domicilio a otro Estado en el que el Derecho comunitario resultara aplicable”²³. Y además tenía la singularidad de ser una prestación incluida expresamente en el Anexo II bis del Reglamento (CEE) 1408/71 como prestación especial no contributiva (lo que la excluiría de la exportación). Pese a esta circunstancia, el TJCE estimó que se trataba de 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, consideró que, a consecuencia de lo anterior y de su calificación como prestación en metálico de enfermedad, debía abonarse aunque el interesado no residiera en Austria.

Por su parte, la STJCE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-286/03, S. Hosse v. Land Salzburg) mantuvo el mismo criterio, subrayándose el hecho de que la calificación otorgada por el Estado competente no es definitiva a estos efectos. Así, indica 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)”²⁴.

Nuevamente el Tribunal prescinde de los requisitos nacionales, y atiende a la finalidad perseguida por la prestación, considerando 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

²³ SÁNCHEZ RODAS, C.: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea sobre el riesgo de dependencia”, *op. cit.*, p. 610.

²⁴ En este caso se trata de un trabajador transfronterizo, de nacionalidad alemana, que reside en Alemania, pero que trabaja y cotiza en Austria. Y demanda una prestación (para su hija discapacitada, que vive en Alemania) al Land de Salzburgo (cuya normativa requiere que la persona dependiente tenga su domicilio principal en ese Land). Sobre dicha sentencia, véase SÁNCHEZ RODAS, C.: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea sobre el riesgo de dependencia”, *op. cit.*, pp. 615-617.; y GARCÍA VALVERDE, M.^a D.: “Prestaciones de Seguridad Social: Coordinación Comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 de febrero de 2006, Asunto Hosse”. *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2006.

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”, 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”. En conclusión, declara que “aún 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”.

La principal consecuencia de esta doctrina es que serán de aplicación las reglas reguladoras de la prestación por enfermedad, que impide que la concesión de la prestación se supedita a períodos de residencia de los familiares. En efecto, indica el Tribunal comunitario 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”. Es más, “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”, concluyendo el Tribunal que “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”.

C) *Prestaciones por enfermedad en metálico y en especie*

Como ya hemos indicado, el TJUE ha señalado que tales prestaciones se consideran como prestaciones que complementan el seguro de enfermedad. A su vez, tal rama protectora presenta dos variantes: prestaciones en especie o en metálico. En consecuencia, procede aclarar cuál de las dos modalidades de prestación por enfermedad sería la del seguro de dependencia. No es una diferenciación baladí, ya que según sea de uno u otro tipo, cabrá la exportabilidad de las prestaciones o no. Así, según el artículo 19 Reglamento 1408/71 que distingue las prestaciones en especie de las

prestaciones en metálico por enfermedad (cuya finalidad es suplir rentas dejadas de percibir)²⁵, señalando que:

- a) las prestaciones en especie serán servidas por cuenta de la institución competente del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado a la misma;
- b) las prestaciones en metálico serán servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique”:

La diferencia entre ambas modalidades puede sintetizarse como sigue. Las prestaciones por enfermedad en especie comprenden la asistencia médica y dental, medicinas y hospitalización, así como también los pagos directos para reembolsar los costes de aquellas (básicamente referido al reintegro de gastos médicos abonados por los otros Estados). Por su parte, las prestaciones por enfermedad en metálico tienen una finalidad sustitutoria, ya que tratan de aminorar la pérdida que un trabajador pueda sufrir en sus ingresos, sueldos y salarios

Pues bien, se considera que las prestaciones del seguro de dependencia que dan derecho al pago directo completo o parcial de determinados gastos derivados de la situación de dependencia del asegurado (y en los que se hubiera incurrido para su beneficio directo, para la adquisición de equipamiento de asistencia o para la realización de determinadas obras de adaptación de la vivienda) son prestaciones destinadas a completar las prestaciones en especie del seguro de enfermedad.

En consecuencia, las prestaciones en especie se conceden conforme a la legislación del país en el que se reside; mientras que las económicas son abonadas por la institución del país de aseguramiento o afiliación. Por tanto, las prestaciones en metálico por enfermedad sí serían exportables.

Pero la diferenciación entre prestaciones en especie y en metálico no es del todo clara. Así, es posible que dentro del propio seguro de enfermedad, una prestación en metálico pueda encuadrarse como prestación en especie si trae su causa en el reembolso del coste de una prestación en especie²⁶. Y del

²⁵ El Tribunal de Justicia de la Unión considera que las prestaciones por enfermedad en metálico tienen una finalidad sustitutoria, ya que tratan de aminorar la pérdida que un trabajador pueda sufrir en sus ingresos, sueldos y salarios. Por el contrario, las prestaciones por enfermedad en especie comprenden la asistencia médica y dental, medicinas y hospitalización, así como también los pagos directos para reembolsar los costes de aquellas (básicamente referido al reintegro de gastos médicos abonados por los otros Estados).

²⁶ La Sentencia Molenaar cita a la sentencia de 30 de junio de 1966, Vaasen-Göbbels, en la que el Tribunal de Justicia indicó que el concepto de “prestaciones en especie” no excluye que dicha prestación consista en pagos efectuados por la institución deudora, especialmente en for-

mismo modo, es posible que una prestación por dependencia se encuadre dentro de las prestaciones en metálico, siendo en consecuencia exportables.

La doctrina del caso *Molenaar* perfila cuándo una prestación por enfermedad se considera prestación en metálico (referida al seguro alemán de asistencia por dependencia)²⁷:

- Que el pago sea periódico.
- Que no esté supeditado ni a la realización previa de determinados gastos (como los gastos de cuidados), ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados.
- Que la cuantía del subsidio se fije con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida.
- Que el beneficiario disponga de una amplia libertad en la utilización de las cantidades que se le abonan.

ma de asunción o de reembolso de gastos, y que el concepto de “prestaciones en metálico” comprende esencialmente las prestaciones destinadas a compensar la pérdida de salario del trabajador enfermo. Las prestaciones del seguro de asistencia consisten, en parte, en la asunción o el reembolso de los gastos ocasionados por la necesidad de cuidados especiales del interesado, especialmente de los gastos médicos que implica esta situación. Tales prestaciones, destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado, tanto en su domicilio como en establecimientos especializados, las adquisiciones de equipamiento y la realización de obras están indudablemente incluidas entre las “prestaciones en especie” a que se refieren la letra a) del apartado 1 del artículo 19, la letra a) del apartado 1 del artículo 25 y la letra a) del apartado 1 del artículo 28 del Reglamento n.º 1408/71.

²⁷ La Sentencia de 5 de marzo de 1998, asunto *Molenaar*, es de gran interés para discernir la diferencia entre ambas modalidades de prestaciones por enfermedad, por lo que la transcribimos a continuación: “si bien es cierto que también el subsidio por cuidados está destinado a cubrir determinados gastos ocasionados por la necesidad de cuidados, en particular los relativos al auxilio proporcionado por un tercero, y no a compensar una pérdida de salario sufrida por el beneficiario, no es menos cierto que presenta características que lo distinguen de las prestaciones en especie del seguro de enfermedad. En primer lugar, el pago del subsidio es periódico y no está supeditado ni a la realización previa de determinados gastos, como los gastos de cuidados, ni, con mayor motivo, a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados. En segundo lugar, la cuantía del subsidio se fija con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida. En tercer lugar, el beneficiario dispone de una amplia libertad en la utilización de las cantidades que se le abonan. En particular, como ha indicado el propio Gobierno alemán, el subsidio por cuidados puede ser utilizado por el beneficiario para gratificar a una persona de su familia o de su círculo que le cuide benévolamente. Consiguientemente, el subsidio por cuidados se presenta como una ayuda económica que permite mejorar, en conjunto, el nivel de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales, de forma que se compense el incremento de los gastos ocasionado por el estado en que se encuentran. Por consiguiente, debe considerarse que una prestación como el subsidio por cuidados está incluida entre las “prestaciones en metálico” del seguro de enfermedad a que se refieren la letra b) del apartado 1 del artículo 19, la letra b) del apartado 1 del artículo 25 y la letra b) del apartado 1 del artículo 28 del Reglamento n.º 1408/71”.

Una vez encuadradas las prestaciones de dependencia en el régimen jurídico por las que se han de regir el Reglamento (CEE)1408/71 y el derecho a las mismas cuando se resida en otro país miembro diferente al asegurado por la aplicación del derecho a la libertad de circulación y residencia y el respeto al principio de igualdad de trato, las circunstancias personales para este reconocimiento vendrán dadas por el engarce de las legislaciones nacionales que regulen la materia, la normativa comunitaria y la naturaleza de las propias prestaciones sociales.

Pues bien, los requisitos generales (exigibles por tanto a los extranjeros en sentido amplio, conforme a la Ley, serían dos:

- Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos.
- 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. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.

Hay que hacer notar que, dado el carácter universal de la Ley, no se exige umbral de rentas alguno, aunque tampoco puede afirmarse que sea un dato irrelevante en orden a la cobertura, ya que la prioridad en el acceso a los servicios del SAAD viene determinada por la capacidad económica del solicitante (art. 14.6), y el reconocimiento de determinadas prestaciones económicas del SAAD pasa por la valoración de su situación económica, como se establece en los artículos 18.2 y 33.2 de la Ley²⁸. De los dos requisitos generales, nos centraremos en la residencia, por tener especial interés para los extranjeros residentes en España, y para los españoles residentes en el extranjero.

III. EL REQUISITO DE RESIDENCIA

1. FUNDAMENTO

La exigencia de un período previo de residencia encuentra su fundamento en un doble objetivo, en el que se conjuga la previsión y la prevención. En efecto, es común en los distintos Ordenamientos que prevén prestaciones uni-

²⁸ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia”, en ROQUETA BUJ (coord.), *La protección de la dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 164 y 165.

versales, asistenciales o no contributivas, condicionar su concesión a la residencia en el país, requisito que aparece asimismo previsto por la legislación internacional en la materia sobre la base del principio de territorialidad²⁹.

A diferencia del requisito de nacionalidad, la exigencia de una residencia previa encuentra una fácil justificación en la aplicación de las técnicas actuariales a la cobertura de riesgos sociales: se trata de hacer posible una previsión, con la suficiente antelación, de la demanda de protección que en cada momento pueda acontecer, cuestión especialmente importante si consideramos que existe un derecho subjetivo a estas prestaciones, con lo que las limitaciones presupuestarias no tienen cabida aquí. Pero además, con este requisito los sistemas de Protección Social intentan prevenir el “turismo social”. Su establecimiento tiene un mayor juego que el requisito de la nacionalidad, ya que una eventual supresión o mitigación de este último puede verse neutralizada por la exigencia de un alto período de residencia³⁰

2. REGLAS GENERALES. EL REQUISITO DE RESIDENCIA EN LA LEY 39/2006

La Ley 39/2006 hace suyos los requisitos de las pensiones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, al exigir un período previo de residencia en territorio español. En particular, adopta el criterio temporal requerido en la pensión de invalidez no contributiva. Este dato es revelador de cómo pese a no haberse insertado la cobertura de la dependencia dentro del Sistema de Seguridad Social, se anudan determinados elementos con el mismo, con el propósito de dotar de coherencia al conjunto de la protección social. Sin embargo, donde adolece de incoherencia es con la normativa comunitaria, que conceptúa las prestaciones por dependencia dentro de las prestaciones por enfermedad, sin que quepan limitaciones por razón de la residencia, como ahora comprobaremos.

Los términos legales son los siguientes: “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”, aclarándose que para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.

El requisito de residencia en la Ley 39/2006 debe estudiarse abordando diversas cuestiones, buena parte de las cuales tienen su origen en aspectos que

²⁹ PRÉTOT, X.: “Les prestations sociales peuvent-elles être assorties d’une condition de résidence?”, *DS*, núm. 4, 1987, p. 347.

³⁰ MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 461.

la Ley incomprensiblemente omite, dada la experiencia existente en nuestro país con otras prestaciones que exigen tales requisitos, y que —como se ha subrayado— toma de referente. En particular, nos referiremos a cuatro aspectos: qué hay que entender por residencia; la exigencia de una residencia previa; el requisito de residencia y su compatibilidad con la libre circulación de trabajadores; y la exportabilidad de las prestaciones de las prestaciones económicas.

A) El concepto de residencia

El artículo 5 fija como requisito general la residencia en territorio español, requisito que deberán cumplir tanto los españoles (artículo 5.1), como los que carezcan de la nacionalidad española (artículo 5.2). Pues bien, la Ley se limita a exigir la residencia, con una doble temporalidad: de presente, y de pasado (haberlo hecho durante cinco años, dos inmediatos a la solicitud). De este modo, en el momento de la solicitud el sujeto debe tener la residencia en territorio nacional. Sin embargo, no se indica que deba ser una residencia “legal”. En este punto, la Ley 39/2006 difiere de la LGSS, que —respecto de las prestaciones no contributivas— de forma expresa alude a que se trate de “residencia legal”.

Para los extracomunitarios, habrá que estar a la L.O 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, debiendo considerarse que no se tratará de una situación de mera estancia (período de tiempo no superior a 90 días), sino residencia en los términos previstos en dicha Ley³¹. De este modo, residencia legal, legalidad que se predica no sólo del momento de la solicitud, sino de la totalidad del período computable.

En cuanto a los comunitarios, habrá que estar al RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que considera residentes únicamente a aquéllos que permanezcan en territorio español por un tiempo superior a tres meses³².

³¹ Como se sabe, la LO 4/2000 diferencia la estancia y la residencia. Dentro de la residencia, hay dos modalidades: residencia temporal, que es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años; y la residencia permanente, que es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (arts. 31 y 32 LO 4/2000). El desarrollo reglamentario de dichas situaciones se encuentra en los artículos 34 y ss. del RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

³² Debiendo solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia su inscripción en el Registro Central de Extranjeros.

B) *La residencia previa*

Se exige un período de residencia previa (cinco años, sin prever una edad dentro de la que se enmarquen los cinco años, siendo por tanto toda la vida del sujeto), y un período de residencia cualificado, y es que de esos cinco años, dos deben ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Nada dice la Ley respecto a cómo debe computarse el período de dos años inmediatamente anterior a la solicitud, en particular del hecho de si una breve interrupción de esa estancia impediría dar por cumplido el requisito. En nuestro Ordenamiento, a efectos de las pensiones no contributivas, en las que también se exige una residencia inmediata de dos años al momento de la solicitud³³, sí se prevé —reglamentariamente— esa posibilidad, admitiendo interrupciones inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como ausencias superiores motivadas por causas de enfermedad debidamente justificadas (art. 10.2 RD 357/1991). Sería deseable que, al igual que se ha tomado como referente en la Ley lo previsto al efecto en la LGSS, la norma reglamentaria que desarrolle la Ley 39/2006 haga lo propio respecto de las interrupciones, previéndolas en los mismos términos que acabamos de exponer.

Pero en todo caso hay ciertos límites que la norma deberá contemplar: nos referimos a las prescripciones previstas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros³⁴. En su artículo 16 se indica que el derecho de residencia permanente no se verá afectado por ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año u otros períodos superiores por motivos tasados (artículo 16 apartado 3). Y una vez adquirido el derecho de residencia permanente sólo se perderá por ausencia del Estado de miembro de acogida durante más de 2 años consecutivos (artículo 16. apartado 4).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que no hay una obligación de prestar automáticamente la cobertura a todo ciudadano comunitario, sino que la Directiva 2004/38/CE, tras sentar como la regla general el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a la igualdad de trato en el Estado miembro de acogida, enuncia —como excepción a dicha regla— supuestos en los que los Estados miembros no están obligados

³³ Arts. 144.1.b y 167 LGSS y arts. 1.b y 8.b RD 357/1991, de 15 de marzo.

³⁴ Por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 960/365/CEE y 93/96/CEE (DOCE, Serie L 158 de 30/04/2004).

a conceder prestaciones de asistencia social, exceptuando de tal obligación a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia ni a los miembros de sus familias prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia, ni ayudas de manutención por estudios antes de la adquisición del derecho de residencia permanente.

C) El requisito de residencia y su dudosa compatibilidad con el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea

Cuestión distinta es cómo se computan los períodos de residencia para causar ex novo una prestación (según las reglas recogidas en los Reglamentos comunitarios aplicables), y cómo cohonstar el requisito de residencia con el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea.

Como ya se ha indicado, procede examinar la cuestión planteada desde el punto de vista de las disposiciones del Reglamento n.º 1408/71 relativas a la concesión de prestaciones de enfermedad cuando el interesado resida en un Estado miembro distinto del Estado competente. Por tanto, su marco regulador viene constituido por los artículos 18 a 36 del Reglamento 1408/71, dedicados a las prestaciones de enfermedad y maternidad. Tanto para las prestaciones en especie como en metálico el artículo 18 indica que se totalizarán los períodos de seguro, empleo o residencia. Respecto al Estado responsable de la prestación, como regla general hay que distinguir: las prestaciones en especie se satisfacen en el Estado de residencia o donde se esté de forma transitoria, y las prestaciones en metálico en el Estado competente, lo que supone la necesidad de una coordinación administrativa estrecha entre las instituciones implicadas.

Las reglas de coordinación de ambas prestaciones son diferentes según la situación laboral en que se encuentre el beneficiario: trabajador y sus familiares (sección segunda); trabajadores en paro y sus familiares (sección tercera); solicitante de pensión y sus familiares (sección cuarta); y pensionista y sus familiares (sección quinta).

Por lo que se refiere a la prestación de la asistencia médica de los pensionistas, el Reglamento n.º 1408/71 establece que el beneficiario de una pensión disfrutará de asistencia sanitaria en el Estado de residencia, con arreglo a la legislación de dicho Estado. Si percibe una pensión de dicho Estado de residencia, los gastos de asistencia sanitaria correrán a cargo del mismo. Si percibe una pensión de otro Estado miembro, dichos gastos correrán a cargo de este último. Además, en caso de residencia temporal en un Estado miembro distinto del de residencia, por ejemplo por vacaciones, la persona podrá recibir en dicho Estado toda la asistencia sanitaria

que resulte necesaria durante dicha estancia, sin requerir una condición de urgencia³⁵.

D) La exportabilidad de las prestaciones económicas

Como hemos indicado, el requisito de residencia no solo deberá acreditarse para el nacimiento de la prestación, sino que el derecho se condiciona al mantenimiento de las circunstancias (artículo 30.2 Ley 39/2006). En consecuencia, si el sujeto deja de residir en territorio nacional, se extinguiría la cobertura. Eso significaría que implícitamente la protección de la dependencia quedaría excluida del principio de exportabilidad de las prestaciones. Ahora bien, si el traslado se hace a otro país miembro de la Unión Europea, habrá que estar a las reglas fijadas por los reglamentos comunitarios, y la doctrina del TJCE en la materia.

Las prestaciones de dependencia recogidas en la Ley 39/2006 deben encuadrarse, en la perspectiva comunitaria, dentro del seguro de enfermedad. La cuestión es dilucidar si las prestaciones económicas previstas se encuadran dentro de la categoría de prestaciones en especie por enfermedad, o dentro de las prestaciones en metálico (a la vista de la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario).

La Ley 39/2006 prevé tres tipos de prestaciones económicas específicas: la prestación vinculada al servicio (art. 17); la prestación para cuidados en el entorno familiar (art. 18); y la prestación de asistencia personalizada (art. 19). A ellas hay que añadir las ayudas económicas que, con la naturaleza de subvenciones, tienen por objeto la mejora de la autonomía personal de las personas dependientes facilitándoles apoyos técnicos, eliminación de barreras arquitectónicas y adaptaciones necesarias en su vivienda, y que asistemáticamente se encuentran fuera del articulado, previstas en la Disposición Adicional Tercera

La primera de ellas es la prestación económica vinculada al servicio (art. 17 Ley 39/2006), que se configura con un carácter subsidiario, en el sentido de que solo procede en los casos de imposibilidad de acceder al servicio, público o concertado; condicionándose a la adquisición del servicio requerido. Tiene un carácter periódico, de modo que su objeto exclusivo será la

³⁵ En todo caso, hay que advertir que el Reglamento (CEE) n.º 883/2004 (aún no en vigor), establece que el beneficiario de una pensión podrá disfrutar de asistencia sanitaria tanto en el Estado de residencia como en el Estado que asuma la carga de la asistencia sanitaria del pensionista, a condición de que este último Estado haya optado por esta solución y figure en un anexo del reglamento. Por consiguiente, cuando el Reglamento (CEE) n.º 883/2004 tenga vigencia, en determinados supuestos los pensionistas podrán recibir asistencia en dos países miembros.

cobertura del coste de dicho servicio en entidades o centros privados debidamente acreditados.

La segunda es la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18 Ley 39/2006). A diferencia de la anterior, no tiene un carácter subsidiario, sino que la Ley le atribuye expresamente un carácter excepcional, procediendo solo y cuando el beneficiario pueda ser atendido en su domicilio por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4. Lo destacable es que contempla el pago de una prestación para compensar los cuidados familiares.

La tercera es la prestación económica de asistencia personal (art. 19 Ley 39/2006), que se caracteriza por tener un ámbito subjetivo limitado a las personas que se les reconozca una dependencia de grado III de acuerdo con la clasificación del art. 26 Ley 39/2006 (gran dependencia). Esta prestación se condiciona a “la contratación de una asistencia personalizada” sin que se concrete qué ha de entenderse por tal asistencia - limitándose a establecer los objetivos de la misma-, pero cabe inferir que debe tratarse de una asistencia de orden sanitario, técnico y/o psicosocial o sociocultural exigidos y adaptados a la particulares circunstancias y gravedad de la dependencia. De este modo, se le concede una prestación que redundará de forma amplia en la mejora de su autonomía.

Y la última de las prestaciones económicas serían las ayudas económicas para facilitar la autonomía personal (disposición adicional tercera Ley 39/2006), que tienen el carácter de subvenciones, se las vincula a una doble finalidad: facilitarle apoyos técnicos o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de la vida ordinaria; y/o la supresión de barreras arquitectónicas y adaptación de su hogar.

Pues bien, estas cuatro prestaciones económicas, hay que examinarlas conforme a la doctrina del caso Molenaar, que según hemos analizado, enuncia unos rasgos propios de prestaciones en metálico³⁶: Y el examen revela que no todas las prestaciones económicas previstas en la Ley 39/2006 reúnen tales características.

Así, la prestación económica vinculada al servicio (art. 17), si bien tiene un carácter periódico, tiene un carácter subsidiario, al supeditarse a la adquisición de un servicio, sin que el beneficiario tenga ninguna libertad al

³⁶ Tal y como indicamos, son 4: a) Que el pago sea periódico; b) Que no esté supeditado ni a la realización previa de determinados gastos (como los gastos de cuidados), ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados; c) Que la cuantía del subsidio se fije con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida; y d) Que el beneficiario disponga de una amplia libertad en la utilización de las cantidades que se le abonan.

respecto, debiendo justificarse el destino de la prestación (que suple una prestación en especie, como es el acceso a un servicio público o concertado, sin que haya libertad del beneficiario). Por su parte, la ayuda económica para facilitar la autonomía personal (disposición adicional tercera), es una subvención (que deberá regirse por la Ley General de Subvenciones de 2003), cuya concesión se vincula a medidas particulares de adaptación del entorno del dependiente. Es decir, compensa gastos. En consecuencia, ninguna de estas dos prestaciones serían exportables.

Por el contrario, sí serían exportables las otras dos, cuyas notas caracterizadoras se ajustan al perfil de prestaciones en metálico que ha esbozado el Alto Tribunal comunitario: prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (no tiene un carácter subsidiario, sino excepcional, y el sujeto tiene plena libertad, compensándose los cuidados familiares); y la prestación económica de asistencia personal (se condiciona a la contratación de una asistencia personalizada, habiendo plena libertad para contratar servicios que mejoren su autonomía)³⁷.

3. SUPUESTOS EXCEPTUADOS DEL REQUISITO DE RESIDENCIA

Hemos sentado que el requisito de residencia tiene una doble virtualidad: exigir una residencia en el momento de la solicitud (en el presente), pero además se requiere que esa residencia tenga una antigüedad de cinco años previos a la solicitud (en el pasado). Sin embargo, la propia Ley contempla supuestos exceptuados de estos requisitos:

- los emigrantes españoles residentes en el extranjero
- los emigrantes retornados españoles

A) *Los emigrantes españoles residentes en el extranjero*

Al igual que ocurre en el Sistema de Seguridad Social³⁸, y, el Sistema Nacional de Dependencia también contempla la extensión de la cobertura

³⁷ En este mismo sentido, considerando como exportable esta prestación, véase MORENO MENDOZA, D.: “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”, *IUSLabor*, núm. 4/2006, p. 5.

³⁸ Donde el artículo 7.4 LGSS permite extender la acción protectora del Sistema a los españoles no residentes pensando principalmente en los que emigraron a los países de Iberoamé-

fuera de nuestras fronteras. Estas previsiones encuentran su fundamento en el artículo 42 CE, en cuyo desarrollo se aprobó la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, que configura el marco jurídico que garantiza a los españoles del exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en España.

Y de modo similar al previsto por la LGSS, la Ley 39/2006 lo contempla como una posibilidad. En efecto, su atención estará a expensas de las medidas de protección que eventualmente establezca el Gobierno. Por tanto, la Ley 39/2006 habilita al Gobierno a que pueda actuar respecto de ellos, lo que en última instancia puede considerarse como una previsión inspirada en el artículo 42 de la Constitución, aunque realmente va más allá, ya que la Constitución prescribe que el Estado velará por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los “trabajadores” españoles en el extranjero, mientras que las medidas introducidas por la Ley 39/2006 tienen un carácter universal³⁹.

Este desarrollo normativo tuvo lugar tempranamente, en marzo de 2007, sumando su cobertura a la que se presta para otros colectivos de españoles emigrantes en el extranjero. De este modo, se ha mantenido vigente el sistema de ayudas asistenciales que hasta la fecha venía protegiendo a los emigrantes, al que hay que añadir las reformas que con posterioridad se han producido en este ámbito, y que conforman el panorama protector de los emigrantes residentes en el extranjero.

La complejidad normativa viene derivada de la distinta naturaleza de las ayudas contempladas, ya que en unos casos son ayudas, en otras segundas subvenciones, cuyo marco regulador se definiría conforme a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. El marco actual se estructura del siguiente modo:

Ayudas asistenciales extraordinarias para residentes en el exterior (Orden TAS/561/2006, de 24 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas asistenciales correspondientes a los programas de actuación a favor de los emigrantes españoles no residentes en España)⁴⁰.

rica y a la vista de las carencias protectoras de los países de destino, que origina “que un gran número de emigrantes ancianos carezcan de recursos suficientes para atender sus necesidades básicas” (Exposición de Motivos del ya derogado RD 728/1993).

³⁹ Cfr. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, GONZÁLEZ DE PATTO, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, op. cit., p. 180.

⁴⁰ Modificada por la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior y los retornados, BOE de 5 de abril de 2007.

Subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior (Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior y los retornados).

Prestación por razón de necesidad (RD 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por necesidad a favor de de los españoles residentes en el exterior y retornados)⁴¹.

De una u otra forma, todas ellas contemplan ayudas a emigrantes en situación de dependencia que residan en el extranjero, aunque la que específicamente puede considerarse desarrollo de la Ley 39/2006 son las subvenciones previstas en la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo. No obstante, haremos un esbozo de las tres.

a) *Ayudas asistenciales extraordinarias para residentes en el exterior*
(Orden TAS/561/2006)

Son ayudas económicas individuales destinadas a proporcionar un mínimo de subsistencia a los emigrantes incapacitados permanentemente para el trabajo, siempre que carezcan de rentas o ingresos suficientes.

Se ha modificado por la Orden TAS/874/2007 para incluir como beneficiarios de las ayudas asistenciales extraordinarias a todos los españoles del exterior en situación de especial necesidad, con prioridad para las personas dependientes y las mujeres víctimas de violencia de género. Antes de la reforma solo se extendía a: mayores de 18 años y menor de 65; que se encontraran en una situación de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo; carecieran de rentas o ingresos, o que éstos fueran inferiores a lo establecido en la Orden; someterse a un reconocimiento que permita emitir un dictamen médico que certifique la incapacidad; residir en países de Iberoamérica o en Marruecos.

Por tanto, tras la modificación operada por la disposición final primera de la Orden TAS/874/2007, los beneficiarios son los siguientes:

- a) Los españoles residentes en el exterior, en situación de necesidad.
- b) Los trabajadores españoles desplazados temporalmente, en situación de necesidad.

Se tomarán en especial consideración a efectos del otorgamiento de la ayuda aquellos casos en las que se presente una situación de dependencia o

⁴¹ Este RD ha derogado al que desde hacía varios lustros contemplaba ayudas asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles: el RD 728/1993, de 14 de mayo.

se acredite ser víctima de violencia de género por cualquier medio de prueba admitido en derecho

Como se comprueba, la prestación cambia completamente su campo de aplicación, extendiéndolo a todos los países, suprimiendo requisitos de edad, y dando prioridad a la cobertura de las situaciones de dependencia.

Respecto de su cuantía, la base de cálculo de la ayuda será la cuantía fijada por resolución de la Dirección General de Emigración para el país de residencia del beneficiario.

b) Subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior (Orden TAS/874/2007)

Con esta Orden de 28 de marzo de 2007 se regulan los programas de ayudas y subvenciones para la ciudadanía española en el exterior y personas retornadas que sí se someten a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, tratando de adecuar su contenido tanto al Estatuto de la ciudadanía española en el exterior. Los 14 programas existentes en 2006 se reducen a nueve, cada uno de los cuales se dirige a un determinado colectivo o contempla un área específica de actuación, uno de los cuales es el de los “Mayores y dependientes”. Este nuevo programa subvenciona las actividades asistenciales y de atención a personas dependientes y en él se incluyen las subvenciones a centros sociales y centros de día, residencias de personas válidas y dependientes y teleasistencia. Supone la transposición a este colectivo de las medidas que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Los beneficiarios pueden ser tanto personas físicas⁴² como personas jurídicas⁴³. Así, conforme indica el artículo 4, podrán acceder a la condición de beneficiarios de las ayudas y subvenciones las personas físicas y jurídicas que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y en el RD 887/2006, de 21 de julio, así como los establecidos en este artícu-

⁴² Cuando los solicitantes sean personas físicas habrán de cumplir los siguientes requisitos: a) Ser español residente en el exterior o retornado, en los términos que se especifican en esta Orden y en las convocatorias de los diversos programas; b) Haber justificado debidamente, en su caso, las ayudas recibidas en convocatorias anteriores; c) No estar incurso en ninguna de las prohibiciones para adquirir la condición de beneficiario recogidas en los apartados 2 y 3 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

⁴³ Si se trata de personas jurídicas radicadas en España o en el exterior, solicitantes de las subvenciones, habrán de cumplir los siguientes requisitos: a) Estar legalmente constituidas; b) Hallarse al corriente, en su caso, de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social; c) Haber justificado, en su caso, suficientemente las ayudas o subvenciones recibidas anteriormente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; d) No estar incurso en ninguna de las prohibiciones recogidas en los apartados 2 y 3 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

lo y los que se detallan en cada uno de los programas recogidos en el Capítulo II de la Orden⁴⁴.

La Sección 4.^a regula el programa de mayores y dependientes, contemplando ayudas para actividades asistenciales y de atención a mayores y dependientes. Tienen un doble objetivo (artículo 47):

1. Facilitar la realización de actividades destinadas a mejorar las condiciones de vida de las personas mayores y/o dependientes desarrolladas por asociaciones y centros de españoles en el exterior, así como por otras instituciones o entidades que tengan por objeto la asistencia socio-sanitaria a estos colectivos.
2. Favorecer la acogida e integración de españoles mayores retornados que no pertenezcan a la población activa, mediante el apoyo a la creación o mantenimiento de residencias de acogida.

Podrán acceder a la condición de beneficiarios de estas ayudas los centros sociales, los centros de día y residencias de mayores, así como las instituciones que acojan a personas mayores que no pertenezcan a la población activa, que tengan la condición de españoles en el exterior o retornados o sean cónyuges de éstos y que carezcan de los medios suficientes para subsistir por sí mismos (art. 48).

Respecto de la cuantía de las ayudas, el artículo 49 indica que será de carácter variable y estará en función del interés de la actividad a ejecutar, así como del número de personas que se beneficiarán de la misma o de los españoles acogidos en el Centro o Institución⁴⁵.

c) Prestación por razón de necesidad (RD 8/2008)

Como desarrollo del artículo 7.4. LGSS (según la redacción por el artículo 1 Ley 26/1990), que permite extender la acción protectora del Sistema a

⁴⁴ En cuanto a los órganos competentes para la instrucción, ordenación y resolución del procedimiento, cuando se trate de las ayudas en el exterior que se contemplan en los programas "Mayores y Dependientes", la competencia para su resolución corresponde al Director/a General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) (art. 5.5 OM).

⁴⁵ Para la concesión de las ayudas de este programa se valorarán las siguientes circunstancias: a) El número de personas de nacionalidad española que se benefician directa e indirectamente de la ayuda. b) La repercusión de la ayuda en los intereses generales de la colectividad española. c) La especialización de la entidad solicitante en la atención al colectivo y en el objetivo específico al que se dirige el programa. d) Cuando los destinatarios de las actuaciones sean los retornados, tendrán preferencia las solicitudes formuladas al amparo de acuerdos firmados con Administraciones Públicas españolas o entidades que hayan demostrado suficiencia en la cobertura de las acciones objeto de este programa.

los españoles no residentes, y pensando principalmente en los que emigraron a los países de Iberoamérica⁴⁶ y a la vista de las carencias protectoras de los países de destino, se introdujeron las llamadas “pensiones asistenciales por ancianidad”, regulándose en el RD 728/1993, de 14 de mayo. Esta norma supuso un importante salto cualitativo respecto de la situación precedente, ya que se contemplan unas prestaciones que constituían verdaderos derechos subjetivos⁴⁷, lo que supone una sustancial diferencia respecto a las ayudas económicas individuales de naturaleza asistencial y pago periódico, que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social venía otorgando desde 1988 en favor de los emigrantes españoles ancianos, a través de sucesivas Órdenes. Pero no se contempló una prestación similar para los discapacitados, que siguieron estando a expensas de las ayudas asistenciales que se aprobadas dentro de los “Programas de actuación en favor de los emigrantes españoles”.

Con el RD 8/2008, de 11 de enero, se ha unificado bajo una misma prestación la cobertura por ancianidad y por discapacidad de los emigrantes residentes en el extranjero y los retornados, de modo que su principal virtualidad es el otorgar a la protección por incapacidad el carácter de derecho subjetivo.

La prestación por razón de necesidad se contempla en el artículo 19 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, y en realidad a su vez comprende tres prestaciones: la prestación económica por ancianidad; la prestación económica por incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo; y la asistencia sanitaria. En el RD 8/2008 se recoge una regulación común para las tres modalidades, en cuanto a requisitos, cuantía, procedimiento, obligaciones, aunque se contemplan aspectos singulares para la prestación económica por incapacidad, y para la asistencia sanitaria.

No se contempla específicamente una cobertura en atención a las situaciones de dependencia, aunque indirectamente sí pueden beneficiarse de

⁴⁶ Los datos estadísticos ratifican la idea con la que ya se concibió esta normativo, como se recogía en la Exposición de Motivos del RD 728/1993. Así, si nos atenemos a la distribución geográfica de los beneficiarios de la prestación económica por ancianidad, el 61,57% residen en Argentina (27.967), el 16,49% en Venezuela (7.489), el 6,06% en Brasil (2.754), el 6,02% en Uruguay (2.733), el 4,31% en Cuba (1.956), el 1,13 % en Chile (513), el 0,67% en México (0,67%), el 0,42% en Perú (191), el 0,36% en Rusia (165), el 0,37% en la República Dominicana (166), el 0,32% en Colombia (146), el 0,26% en Marruecos (117), estando el resto repartido en proporciones menores por otros países. Datos de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración correspondientes al tercer trimestre de 2008.

<http://www.ciudadaniaexterior.mtin.es/es/pdf/cuadros-y-graficos/pensiones/pensiones-por-paises.pdf>.

⁴⁷ Cfr. MALDONADO MOLINA, J.A., *La Protección de la Vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 433.

esta situación, ya que por un lado da cobertura a los mayores de 65 años o los menores de esa edad que tengan al menos una incapacidad absoluta para todo trabajo, por lo que los dependientes mayores de esa edad podrán acogerse a la pensión asistencial de ancianidad, y los menores a la de incapacidad. En todos los casos, el principal requisito (además de la nacionalidad y la residencia en el exterior), es el carecer de rentas o ingresos suficientes, es decir, tener necesidades económicas, lo que lleva a contemplar como requisito el no pertenecer a institutos, comunidades, órdenes y organizaciones religiosas que, por sus reglas o estatutos, estén obligados a prestarles asistencia⁴⁸, no poseer bienes muebles o inmuebles con un valor patrimonial superior a la cuantía anual de la base cálculo correspondiente al país de residencia (salvo la vivienda habitual), ni haber donado bienes en los cinco años anteriores a la solicitud por un valor patrimonial superior a la cuantía anual de la base de cálculo correspondiente al país de residencia.

El requisito definitorio de su naturaleza asistencial, por tanto, es la carencia de rentas o ingresos suficientes, para lo que se fijan unos límites de rentas (individuales y de la llamada unidad económica familiar)⁴⁹, computando al efecto prácticamente todas las rentas disponibles cualquiera que sea su naturaleza (con puntuales salvedades), en términos similares a los previstos para las pensiones no contributivas por la Ley 26/1990. El principal problema de este requisito “radica en la dificultad de su aplicación, al encontrarse los beneficiarios en situaciones muy dispares por razón de las legislaciones de su país de residencia”⁵⁰.

La cuantía de la prestación económica se obtiene partiendo de una base de cálculo diferente según el país de residencia. En cualquier caso, la cuantía máxima no superará la establecida en España en cada momento para la modalidad no contributiva de las pensiones de jubilación de la Seguridad Social, siendo la cuantía mínima de la pensión igual al 25 por 100 de la cuantía de la pensión de jubilación no contributiva⁵¹.

⁴⁸ Este requisito ya se preveía en la pensión asistencial del Fondo Nacional de Asistencia Social y en el RD 728/1993, de 14 de mayo, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles.

⁴⁹ Existirá unidad económica familiar en los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco, por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado. Se equipara a miembro de dicha unidad a la pareja de hecho (art. 5.3 RD 8/2008). Repárese que con el RD 728/1993 también se conceptuaba como familiar el unido por lazos de afinidad.

⁵⁰ ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000, p. 492.

⁵¹ Un análisis global del régimen aplicable a las pensiones asistenciales por ancianidad, en ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*.

Dentro de las normas que de forma concreta se contemplan para la prestación por incapacidad absoluta, se encuentra la determinación de dicho nivel de discapacidad (art. 19 RD 8/2008), debiendo tenerse en cuenta a estos efectos la Resolución de 8 de abril de 2008, de la Dirección General de Emigración, por la que se desarrolla el procedimiento de determinación de la situación de incapacidad absoluta comprendida en la prestación por razón de necesidad en determinados supuestos.

B) Los emigrantes retornados

Hemos visto que la cobertura de la dependencia se condiciona a un período previo de residencia de cinco años, aunque la propia Ley prevé una excepción para el supuesto de los emigrantes retornados, ya que sus condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia será establecido por el Gobierno, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Por tanto, en este caso la Ley obliga a que sus condiciones de acceso sean contempladas de forma específica (no como en el supuesto de los emigrantes residentes en el extranjero, que solo lo preveía como una posibilidad, opción que se ha concretado). En tales casos no necesariamente deberán cumplir el requisito de residencia previa.

Pues bien, en cumplimiento de la remisión reglamentaria, la disposición única del RD 727/2007 de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 9 de junio) reguló la situación de las personas en situación de dependencia que, como consecuencia de su condición de emigrantes españoles retornados, no cumplan el requisito establecido en la letra c del artículo 5.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, por no haber residido en territorio español en los términos establecidos en el citado artículo.

Se prevé que podrán acceder a prestaciones asistenciales con igual contenido y extensión que las prestaciones y ayudas económicas reguladas en la misma, en los siguientes términos.

La competencia se otorga a la Comunidad Autónoma de residencia del emigrante retornado, tanto en orden a la valoración de la situación de dependencia, como el reconocimiento del derecho, y en su caso, la prestación

ña, op. cit., pp. 491 y ss.; y BLASCO LAHOZ, J.F.: "Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España", *AL*, núm. 25, 2000, pp. 451 y ss.

del servicio o pago de la prestación económica que se determine en el programa individual de atención.

Respecto del coste de los servicios y prestaciones económicas será asumido por la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma, en la forma establecida en el artículo 32 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. A esta doble vía de financiación se une la aportación del beneficiario, que participará, según su capacidad económica, en la financiación de las mismas, que será también tenida en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones económicas.

En cuanto a la dinámica, las prestaciones se reconocerán siempre a instancia de los emigrantes españoles retornados y se extinguirán, en todo caso, cuando el beneficiario, por cumplir el período exigido de residencia en territorio español, pueda acceder a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.