

Recibido: 04.06.2018. Aceptado: 28.06.2018.

PRINCIPIO DE ASIMILACION EN EL REGLAMENTO 883/04
THE PRINCIPLE OF ASSIMILATION IN REGULATION 883/04

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDÁ

Vicepresidente de la Asociación Española de Sanidad y Seguridad Social

RESUMEN

El estudio que se presenta analiza las implicaciones del principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos que ha sido recogido y sistematizado por el artículo 5 del Reglamento 883/04 sobre Coordinación de regímenes de Seguridad Social. Lo que en un primer momento se concibió como una prolongación o extensión del principio de igualdad de trato y como un simple instrumento normativo para combatir la discriminación, especialmente la indirecta, ha alcanzado carta de naturaleza propia, transformándose en un principio autónomo y novedoso.

El autor considera que este principio, aplicado extensamente o de manera no rigurosa, puede desembocar en unos resultados excesivos y no deseados, contrarios a la voluntad inicial del legislador. Por ello se examinan las restricciones y límites que el propio legislador ha establecido en los Considerandos del texto legal para evitar que se desvirtúe su contenido y esencia.

El principio de asimilación es una construcción del TJUE por lo que en este trabajo se pasa revista a algunas de las sentencias más importantes que han podido influir en los colegisladores de la Unión a la hora de la aprobación y desarrollo de este principio.

Asimismo se analiza lo que se denomina test de proporcionalidad que puede ser utilizado para evaluar si las medidas que puedan adoptarse por los Estados Miembros con el fin de desviarse del cumplimiento del principio de asimilación pueden ser consideradas idóneas y admisibles.

PALABRAS CLAVES: asimilación, prestaciones, ingresos, hechos, acontecimientos, discriminación indirecta, considerandos, sentencias, proporcionalidad.

SUMMARY

This study, analyzes the consequences and repercussions of the principle of Equal treatment of benefits, income, facts or events that has been collected and systematized by Article 5 of Regulation 883/2004 on the Coordination of Social Security Schemes.

This principle was, in a first moment, conceived as an extension of the principle of equal treatment and as an instrument to combat discrimination, especially indirect discrimination. However, later on was developing and becoming an autonomous and separate principle.

The author considers that this principle, applied quite extensively or not enough rigorously, can lead to two excessive and undesirable results, contrary to the initial will and purpose of the legislator. For this reason, the restrictions and limits that the legislator has established in the Recitals of the legal text are examined carefully.

The principle of assimilation is a construction of the CJEU, so this document reviews some of the most important rulings that have influenced Union legislators of the Union.

Likewise, it is analyzed the proportionality test that can be used to evaluate whether the measures that can be adopted by the Member States in order to deviate from compliance with the assimilation principle can be considered suitable and admissible

KEYWORDS: equal treatment of benefits, income, facts, events, indirect discrimination, recitals, rulings, proportionality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PANORÁMICA GENERAL

III. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

IV. CONSIDERACIONES GLOBALES SOBRE LA ASIMILACIÓN

V. LA PROPORCIONALIDAD

VI. CONCLUSIONES

*Por la calle vienen Extraños unicornios
¿De qué campo. De qué bosque mitológico?
Más cerca, ya aparecen astrónomos.
Fantásticos Merlines y el Ecce Homo,
Durandarte encantado, Orlando furioso¹.*

I. INTRODUCCIÓN

Podría pensarse, leyendo el artículo 5 del Reglamento 883/04, que los legisladores de la Unión (Consejo y Parlamento Europeo), cansados de transitar por caminos trillados clásicos, se habían decidido a dar “*el gran salto adelante*”, adoptando un principio totalmente innovador y rupturista que marcara un nuevo hito en el proceloso decurso de las normas de coordinación de los regímenes de Seguridad Social. Sin embargo me temo que después de 8 años de aplicación de los Reglamentos 883/04² y 987/09³ no se han detectado, todavía, cambios cualitativos de trascendencia, como consecuencia de la adopción del referido artículo 5.

Trascribamos este precepto **Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos**:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento y habida cuenta de las disposiciones particulares de aplicación establecidas:

a) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro;

b) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”.

Realmente, la propuesta inicial de la Comisión de modificación del Reglamento 1408/71 incluía la asimilación de hechos, prestaciones e ingresos como un simple desarrollo, complemento o adenda del principio de igualdad de trato (actual artículo 4 del Reglamento 883/04⁴) sin que esta Institución se plantease la instauración de un

¹ Federico García Lorca. Procesión.

² Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE L/166 de 30.4.2004.

³ Reglamento (CE) n°987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE L/284 de 30.10.2009.

⁴ Igualdad de trato “Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado”

nuevo y autónomo principio de Coordinación.

El Consejo, normalmente el Colegislador más conservador, también se decidió por seguir esta línea de actuación que fue truncada por el Parlamento Europeo que optó por la adopción de un principio separado, arrastrando a una Comisión y a un Consejo que tuvieron que aceptar finalmente esta decisión. De todos modos, el legislador, consciente de que se estaba adentrando en territorios ignotos, de consecuencias imprevisibles, introdujo una serie de reservas, cortafuegos y frenos de emergencia, que evitaran, en lo posible, que el nuevo artículo 5 se convirtiese en una Caja de Pandora.

Este innovador principio⁵ tiene su base en el carácter originariamente territorialista de las normas de Seguridad Social que hacen depender, en muchos casos, la concesión de una serie de derechos a que determinadas situaciones tengan lugar dentro del territorio nacional o que no considera, completamente y en su integridad, las acaecidas en territorio extranjero. Como consecuencia, este escenario restrictivo puede implicar una discriminación indirecta que finalmente puede convertirse en un obstáculo para la libre circulación de personas y trabajadores.

Precisamente, para evitar que esto suceda, el principio de la asimilación de hechos, ingresos y prestaciones actúa como un instrumento legal que indirectamente extiende y abre el campo geográfico estrictamente nacional de los ordenamientos internos de Seguridad Social al espacio territorial de la Unión, posibilitando en algunas ocasiones y obligando en otras que determinados hechos que se han producido en un Estado puedan ser tomados en consideración en otro Estado en una especie de extraterritorialidad impropia.

II. PANORÁMICA GENERAL

Debe reconocerse, de antemano, que la figura jurídica de la asimilación no es exclusiva del derecho de la Seguridad Social ni patrimonio de las normas de coordinación. De hecho, el Derecho internacional público y privado aplica frecuentemente este principio, eso sí, con intensidad variable. Sin embargo, lo verdaderamente novedoso es el establecimiento de un principio expreso autónomo en el Reglamento 883 /04 que viene a integrar, en un intento de sistematización, la dispersa normativa del Reglamento 1408/71 y del 574/72 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este sentido, debe subrayarse que el TJUE ⁶ha sido el responsable indirecto de la decisión final adoptada por los colegisladores. En efecto, bien como consecuencia de la aplicación directa del derecho primario o, más concretamente de la prohibición de discriminación (directa o indirecta) contenida en el artículo 3(1)⁷ del Reglamento

miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”.

⁵Para un estudio exhaustivo de la problemática del principio de Asimilación, se recomienda la lectura de Analytical report 2016 (FresSco) *The principle of Assimilation of Facts*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion.

⁶Destaco para el lector inquieto una publicación muy reciente de Carrascosa Bermejo, D. Capítulo 19: “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social”, en VVAA, Casas Baamonde, M.E. y Gil Albuquerque, R. (Dir) *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 509-557.

⁷*“Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento”.*

e-Revista Internacional de la Protección Social, ISSN 2445-3269. 2018, Vol. III, Nº 1

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.02>. Páginas: 3-18.

Página 8

1408/71, se ha ido formando y configurando, a veces de manera errática, un principio que ha tenido su materialización efectiva en la adopción del Reglamento 883/04.

Ahora bien, de la lectura del artículo 5 del Reglamento 883/04 realmente no se desprende cuál es el alcance real de este precepto. De hecho, nos encontramos ante un principio con vocación invasiva que podría alterar otros principios u otras técnicas de coordinación hasta, en un cierto sentido, hacerlas innecesarias. Aún más, la aplicación extensiva e ilimitada de este principio provocaría un efecto demoleedor en las bases de los Reglamentos de Coordinación. Varios ejemplos podría ofrecerse. La residencia en un Estado A puede entenderse como un hecho o una situación asimilable a la residencia en un Estado B. Pues bien, el principio de la conservación de los derechos adquiridos y más concretamente el artículo 7 del Reglamento 883/04 ⁸(exportación de prestaciones)⁹ devendría superfluo. A este respecto, demos otra vuelta de tuerca e imaginemos un Estado A que contempla prestaciones no contributivas basadas en la residencia. La residencia en otro Estado B, si fuera asimilable, implicaría la posible concesión de estas prestaciones aunque el interesado jamás hubiera estado asegurado en el Estado A. Más madera. Los períodos de seguro o de residencia cubiertos en un Estado A serían considerados, en virtud del artículo 5 del Reglamento 883/04, como períodos de seguro o de residencia en un Estado B. Es decir, el Estado B los haría propios y no simplemente los tendría en cuenta para agregarlos a los suyos. La técnica de la totalización no operaría y el artículo 6 del Reglamento 883/04 (totalización de períodos)¹⁰ carecería de virtualidad. Por último, la nacionalidad también puede considerarse una situación jurídica asimilable por lo que, aplicando la técnica de la asimilación, decaería el artículo 3 (igualdad de trato)¹¹ del Reglamento 883/04.

Quizás por todo ello, el legislador de la Unión al crear un nuevo principio, temeroso de resultados no deseados y excesivos, establece sus propios límites y restricciones. A este respecto, deberíamos centrarnos en los Considerandos del Reglamento 883/04 y, en especial en los siguientes:

⁸Artículo 7. Supresión de las cláusulas de residencia.

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

⁹Para un estudio sistemático de la aplicación de la exportabilidad de las prestaciones, ver Sánchez-Rodas Navarro, C, “Good legal practices in Spanish law?: clauses governing residence and the export of Spanish social security benefits”, AA.VV, *Good Practices in Social Law*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 23-45.

¹⁰*“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, la admisión a una legislación, o el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica”.*

¹¹ Artículo 4. Igualdad de trato.

Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.

9) *“El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la posibilidad de asimilación de prestaciones, ingresos y hechos. Resulta, pues, necesario recoger expresamente este principio y desarrollarlo, respetando en todo caso el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales”.*

(10) *“Sin embargo, el principio de tratar determinados hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en el territorio del Estado miembro cuya legislación sea aplicable no debe interferir con el principio de la totalización de los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro con aquéllos cumplidos con arreglo a la legislación del Estado miembro competente. Por consiguiente, los períodos cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro deberán tenerse en cuenta únicamente mediante la aplicación del principio de la totalización de períodos”.*

(11) *“La asimilación de hechos o acontecimientos que ocurran en un Estado miembro no puede en ningún caso otorgar competencia a otro Estado miembro o hacer que se aplique su legislación”.*

(12) *“Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período”.*

Podrá observarse que la mayor parte de las cuestiones que se han planteado en los párrafos precedentes encuentran una solución adecuada en los mencionados considerandos. Además, el propio Reglamento en su articulado y en los Anexos contiene excepciones expresas al principio consagrado en el Artículo 5. Así el apartado 4 del artículo 14 establece: *“Cuando la legislación de un Estado miembro supedita el derecho al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia”.* Asimismo, el Anexo XI del Reglamento 883/04 contiene múltiples excepciones a su Artículo 5. Por su interés, reproducimos una inscripción española : *“Las bonificaciones por edad consideradas en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley General de la Seguridad Social serán aplicables a todos los beneficiarios del Reglamento que hubieran acreditado cotizaciones en virtud de la legislación española antes del 1 de enero de 1967, sin que sea posible por aplicación del artículo 5 del presente Reglamento asimilar a cotizaciones españolas, exclusivamente a estos efectos, los períodos de seguro acreditados en otro Estado miembro antes de la citada fecha. La fecha de 1 de enero de 1967 será 1 de agosto de 1970 para el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y 1 de abril de 1969 para el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón”.*

La primera conclusión que se desprende de la lectura, especialmente de los Considerandos del propio Reglamento 883/04, es que la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos se estructura, en muchos casos, como un principio subsidiario o complementario, aplicable en caso que otros principios o técnicas como la igualdad de trato, la exportabilidad de las prestaciones o la totalización de períodos no

sean aplicables directamente. En este sentido, lo que se pretende con la adopción del artículo 5, es llenar algunas lagunas, sobre todo en relación con la discriminación indirecta, que el artículo 3 (igualdad de trato) no parece dar siempre respuesta expresa. Asimismo, con la materialización de este principio se profundiza en la simplificación de los textos de Coordinación al poder recogerse en un único precepto lo que estaba diseminado de manera asistemática en el anterior Reglamento 1408/71 (A título meramente de ejemplo y sin ningún ánimo exhaustivo, apartado 2 del artículo 10, apartado 1 del artículo 33, apartado 5 del artículo 45...). Sin embargo, el nuevo principio nace como una especie de bomba de relojería, desactivada por ahora, a la que hay que manipular con cuidado.

III. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

La interpretación del principio de Asimilación, según el propio Legislador de la Unión (ver Considerando 9), debe ajustarse, en lo posible a la jurisprudencia emanada del TJUE: *“Resulta, pues, necesario recoger expresamente este principio y desarrollarlo, respetando en todo caso el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales”*.

Existe una vasta doctrina jurisprudencial¹², algo dispersa y a veces contradictoria sobre la Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos. Algunos de estos fallos jurisdiccionales marcan la pauta y pueden servir de precedente en el desarrollo futuro de este principio.

-En el asunto D’Amico¹³, el Tribunal de Justicia se pronunció contra al principio de asimilación al considerar que no contraviene el Derecho comunitario la exigencia, a efectos de la concesión de una jubilación anticipada, de que el interesado se encuentre únicamente a disposición de las Oficinas de empleo de dicho Estado Miembro, sin que pueda ser sustituido este requisito por el registro o inscripción como desempleado en las Oficinas de otro Estado Miembro. Sin embargo, 13 años después, el TJUE revisa su doctrina en el asunto Bronzino¹⁴ al dictaminar *“cuando la legislación del Estado miembro que otorga determinadas prestaciones familiares exige, como requisito para la concesión de estas prestaciones, que el miembro de la familia del trabajador esté a disposición de la oficina de empleo en el territorio en el que esta legislación se aplica, como trabajador en paro, tal requisito debe considerarse cumplido cuando el miembro de la familia se encuentre, como trabajador en paro, a disposición de la oficina de empleo en el Estado miembro en que resida”*.

-El asunto Kenny¹⁵ es un caso paradigmático en el que el TJUE, con mucha prudencia, inicia la exploración del principio de asimilación al fallar: *“Los artículos 7 y 48 del Tratado y el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71 no se oponen a que las instituciones de los Estados miembros asimilen a hechos que, de producirse en el territorio nacional, constituirían una causa de pérdida o de suspensión del derecho a las prestaciones en metálico los hechos correspondientes producidos en otro Estado miembro -pero tampoco obligan a tal asimilación-; la decisión a este respecto corresponde a las autoridades nacionales, siempre que se aplique sin tener en cuenta la*

¹²Entre otras muchas, cfr. SSTJUE C-4/66, Hagenbeek; C-14/67, Welchner; C-20/75, d’Amico; C-41/77, Warry; C-1/78, Kenny; C 237/78, Toia; C-110/79, Coonan; C-284/84, Spruyt; C-20/85, Roviello, C-453/14, Knauer; C-284/15, ONEm; y C-431/16, Blanco Marqués.

¹³STJUE C-20/75, D’Amico.

¹⁴STJUE C-228/88, Bronzino.

¹⁵STJUE C-1/78, Kenny.

nacionalidad y siempre que dichos hechos no se describan de tal modo que, en la práctica, se provoque una discriminación con relación a los nacionales de los demás Estado miembros”.

-En el Asunto Kloeppel¹⁶, se establece el principio de asimilación de prestaciones: *”El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71...se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento, a efectos de la concesión de una prestación familiar como la prestación por cuidado de hijos austriaca, del período de percepción de una prestación equiparable en otro Estado miembro de la misma manera que si aquél se hubiera cubierto en su propio territorio”.*

-Los emigrantes españoles también han contribuido a la arquitectura del principio de asimilación. En el asunto Imbernón¹⁷, el Tribunal falló : *“El artículo 73 del Reglamento (CEE)n°1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, debe interpretarse en el sentido de que implica que, cuando, en virtud de la legislación tributaria de un Estado miembro a la que se remite la legislación social de dicho Estado, la concesión y la cuantía de una prestación por hijo a cargo están vinculadas a la residencia en el territorio de dicho Estado del hijo de que se trate, debe considerarse cumplido tal requisito cuando el hijo resida en el territorio de otro Estado miembro”.* Asimismo, en el Asunto Merino García¹⁸ el fallo jurisdiccional reconoce la asimilación de situaciones (residencia de los hijos de un trabajador) a la hora de la concesión de prestaciones familiares. También en el Asunto Mora Romero¹⁹ el Tribunal se pronuncia del siguiente tenor: *“El apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CEE) n. 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación de un Estado miembro prevea la prórroga del derecho a una pensión de orfandad más allá de la edad de 25 años para los titulares de pensión cuya formación se haya interrumpido debido al cumplimiento del servicio militar, dicho Estado está obligado a asimilar el servicio militar cumplido en otro Estado miembro al servicio militar cumplido con arreglo a su propia legislación”*

-En el asunto Bergström²⁰, se materializa la asimilación , en situaciones especiales, de los ingresos percibidos en otros Estados , señalando el TJUE *“... en caso de que el importe de una prestación familiar, como de la que se trata en el litigio principal, deba determinarse conforme a las reglas de la prestación por enfermedad, dicho importe, en favor de una persona que ha cumplido íntegramente los períodos de actividad profesional necesarios para la adquisición de ese derecho en el territorio de la otra Parte Contratante, debe calcularse teniendo en cuenta los ingresos de una persona que ejerce una actividad comparable en el territorio del Estado miembro en el que se solicita dicha prestación”.*

-En el Asunto Knauer²¹, el Tribunal se adentra en la asimilación de prestaciones ,ya en el ámbito del Reglamento 883/04, al establecer : *“El artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) n° 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que, en unas circunstancias como las que se examinan en el litigio principal, las prestaciones de vejez abonadas por un régimen profesional de pensiones de un Estado miembro y las abonadas por un régimen legal de pensiones de otro Estado miembro, estando ambos*

¹⁶STJUE C-507/06, Klöppel.

¹⁷STJUE C-321/93, Imbernon Martinez.

¹⁸STJUE C-266/95, MerinoGarcia.

¹⁹ STJUE C-131/96, Mora Romero.

²⁰STJUE C-257/10, Bergström.

²¹STJUE C-453/14, Knauer.

regímenes comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, constituyen prestaciones equivalentes a efectos de esa disposición, dado que ambos tipos de prestaciones persiguen un mismo objetivo, el de permitir que sus beneficiarios mantengan un nivel de vida acorde con el nivel de que disfrutaban antes de su jubilación”.

-En el asunto de Cuyper²² el TJUE opta por la no asimilación de residencias al pronunciarse: *“La libertad de circulación y de residencia que el artículo 18 CE reconoce a todo ciudadano de la Unión no se opone a que a un desempleado de más de 50 años de edad, exento de la obligación de acreditar su disponibilidad en el mercado laboral, se le imponga, como requisito para conservar su derecho a una prestación por desempleo, una cláusula de residencia como la aplicada en el asunto principal”.*

-En el asunto Roviello²³, el TJUE se manifiesta en favor de la asimilación de actividades profesionales al establecer *“ El apartado 15 de la Sección C del Anexo VI del Reglamento n° 1408/71 no es válido en la medida en que establece, en lo relativo al derecho a pensión por invalidez profesional o por incapacidad de ganancia, o a la pensión de los trabajadores de las minas por disminución de la aptitud para ejercer el oficio de minero, o a la pensión de minero por invalidez profesional o incapacidad de ganancia que, cuando en virtud de la legislación alemana es determinante la profesión ejercida hasta entonces, únicamente se tendrán en cuenta, para la determinación de este derecho, las actividades sujetas al seguro obligatorio ejercidas bajo la legislación alemana”.*

-En el asunto Larcher²⁴ el TJUE pone las bases para la interpretación del principio de asimilación al señalar: *“El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71, se opone a una disposición de un Estado miembro según la cual la concesión de una pensión de vejez posterior a un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación exige que el trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación se haya desarrollado exclusivamente conforme a las disposiciones nacionales de dicho Estado miembro. El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que para reconocer, en un Estado miembro, un tiempo parcial previo a la jubilación que se haya desarrollado de conformidad con la normativa de otro Estado miembro, ha de realizarse un análisis comparativo de los requisitos de aplicación de los regímenes de esos dos Estados miembros a fin de determinar, en cada caso, si las diferencias identificadas pueden comprometer la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida de ese primer Estado miembro”.*

-La sentencia recaída en el asunto Blanco Marqués²⁵, un asunto español, podía haber sido realmente orientativa para la interpretación del artículo 5 del Reglamento 883/04. Sin embargo, el fallo jurisdiccional se aleja y no responde directamente a la siguiente cuestión prejudicial planteada *“¿O puede aplicarse la norma anti acumulación a las pensiones de otro Estado de la Unión Europea o Suiza, conforme al artículo 5 del*

²²STJUE C-406/04, de Cuyper.

²³STJUE C-20/85, Roviello.

²⁴STJUE C-523/13, Larcher.

²⁵STJUE C-431/16, Blanco Marqués .

Reglamento [n.º 883/2004], a falta de previsión legal expresa, pero cuando la jurisprudencia nacional ha adoptado una interpretación que implica la incompatibilidad entre la prestación controvertida y una pensión de jubilación?”. De todas las maneras el TJUE se pronuncia a favor de la asimilación, con carácter general, al fallar “Debe considerarse que un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008”.

IV. CONSIDERACIONES GLOBALES SOBRE LA ASIMILACIÓN

Este nuevo principio debe buscar el equilibrio entre la tendencia por una parte de las legislaciones nacionales a no aceptar, como si fueran propias, prestaciones reconocidas en virtud de otras legislaciones o hechos o acontecimientos ocurridos fuera del Estado competente y, por otra, la vis atractiva del Derecho de la Unión y más concretamente del artículo 5 del Reglamento 883/04. De hecho ni se permite sistemáticamente rechazar la asimilación, ya que esto sería una violación del artículo 5 del Reglamento 883/04 ni se puede exigir la asimilación automática porque esto sería privar a los ordenamientos internos de su capacidad de decisión en el campo de la protección social. En efecto, las legislaciones nacionales deben poder mantener su competencia para establecer las condiciones y requisitos de las prestaciones de seguridad social, respetando, eso sí, los principios de la Coordinación.

Centrémonos en la asimilación de prestaciones con la idea de extender las observaciones que se realizan a otros supuestos del artículo 5. Para aplicar el principio de asimilación, o rechazarlo, las Instituciones de los Estados Miembros debe identificarse los legítimos objetivos de sus legislaciones nacionales y evaluar si este objetivo también puede alcanzarse bajo la legislación de otro Estado. Imaginemos una normativa de un Estado A que permite una jubilación anticipada si se acreditan trabajos en las minas durante 15 años. ¿Pueden asimilarse 15 años de trabajo en las minas realizados en un Estado B automáticamente?. La respuesta es no siempre. En el Estado al trabajo en las minas se considera como penoso y esa es la razón para posibilitar la jubilación anticipada. Sin embargo, algunas minas del Estado B son a cielo abierto y la actividad laboral desarrollada en ellas, no se consideran como penosas.

No obstante, tenerse en cuenta que, por lo general, el mismo objetivo (por ejemplo la protección de los desempleados de edad que están próximos a la edad de jubilación) puede ser logrado por diversos medios. No se puede exigir, por tanto, que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean exactamente iguales (probablemente nunca será este el caso) ya que esto privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos. Dos prestaciones de jubilación de Estados distintos pueden ser equivalentes pero no idénticas. Por ello, al aplicar la asimilación basta con un cierto tipo de similitud, ya que de lo contrario, las prestaciones de diferentes Estados miembros no podrían asimilarse. En realidad lo esencial, a la hora de aplicar la asimilación, es que las prestaciones respondan a los mismos o similares objetivos. En este sentido, las diferencias que no tienen una influencia decisiva en el objetivo perseguido son irrelevante.

Así lo entendió el Abogado general Yves Bot en el Asunto C-453/14, Knauer al señalar: *“Procede observar que el Tribunal de Justicia no ha establecido criterios específicos de diferenciación y, de este modo, ha reconocido una cierta flexibilidad en la aplicación del principio de asimilación. Esta flexibilidad autorizada por la jurisprudencia no es cuestionada por el legislador de la Unión, que ha pretendido ratificar este acervo jurisprudencial. En mi opinión, a falta de criterios jurisprudenciales o legales enumerados con precisión, el principio de asimilación implica recurrir a un método comparativo análogo al de la equivalencia funcional, bien conocido en el Derecho comparado, (31) que consiste en buscar, más allá de las diferencias formales, no una total identidad de naturaleza entre las prestaciones en cuestión, sino una analogía funcional. Resulta significativa a este respecto la sentencia Klöppel, (32) que se limita a señalar que la prestación por crianza de hijos en Alemania es «equiparable» a la prestación por cuidado de hijos austriaca, sin examinar si estas dos prestaciones revisten exactamente las mismas características”*.

V. LA PROPORCIONALIDAD

El principio de asimilación de ninguna manera puede considerarse un principio absoluto. En este sentido, esta afirmación -aplicable, en general, para todos los principios jurídicos- es aún más válida en el presente caso. En efecto, puede constatarse que por ejemplo, el principio de igualdad de trato, el principio de mantenimiento de los derechos adquiridos o el mantenimiento de los derechos en el curso de adquisición, tienen sus propias excepciones, controles y límites (por ejemplo, en relación con el Reglamento 883/2004: la no exportabilidad de las prestaciones especiales no contributivas, la no totalización de períodos para la prejubilación o la aplicación de ciertos artículos de Convenios bilaterales solamente para nacionales de los Estados que han firmado estos Instrumentos). Estas excepciones son admitidas y aceptadas. Pues bien, con respecto al principio de asimilación, las salvaguardias son mucho más fuertes debido a la necesidad de organizar defensas preventivas ante la incertidumbre de un principio no contrastado.

Ya se ha visto que el propio legislador ha introducido una serie de considerandos que aclaran y delimitan los contornos del principio de asimilación.

De todos modos vamos a incidir quizás en el Considerando más ambiguo, más problemático y de posible mayor incidencia.

El considerando 12 del Reglamento establece: *“Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período”*.

En cualquier caso, con carácter general y en cualquier rama del derecho, el principio de proporcionalidad debe ser siempre aplicable aunque no exista disposición o considerando expreso ad hoc. De hecho, los resultados injustificados o no deseados tienen que ser siempre evitados al aplicar disposiciones legales. Sin embargo la dificultad surge al enfrentarnos al contenido y sentido del término *“Resultados injustificados”*.

Como planteamiento previo puede señalarse que el principio de proporcionalidad generalmente tiene como objetivo proteger a los beneficiarios de las decisiones de los Poderes Públicos. La otra cara de la moneda es que la proporcionalidad también puede defender y proteger los intereses legítimos de dichos Poderes Públicos.

En este sentido, debe partirse de la base, como premisa, que el Artículo 5 debe ser aplicable por un Estado Miembro si no existe una prueba en contrario de que se produciría un resultado no deseado y excesivo.

La proporcionalidad no es un fin en sí mismo sino un instrumento para encontrar una solución adecuada y equilibrada entre dos intereses en conflicto. Exige para su aplicación la valoración de los objetivos que se pretende conseguir y el examen de los medios o instrumentos a utilizar.

La aplicación de la proporcionalidad supone e implica la confrontación, en mayor o menor medida, entre los Intereses de la Unión (libre circulación de trabajadores) y los intereses nacionales (legislaciones internas). Por ello, cuando las Instituciones nacionales pretenden evitar resultados excesivos o indeseados, por ejemplo, aplicando una discriminación indirecta, deben en todo caso justificarla, utilizando la proporcionalidad.

El gran problema de la proporcionalidad es que no responde a reglas fijas y absolutas que puedan aplicarse en todos los casos. En efecto, el examen de la proporcionalidad debe hacerse caso por caso. Lamentablemente la aplicación de la proporcionalidad no puede ser mecánica, mimética, o automática.

El Considerando 12 abre la puerta a que los Estados, en base a la proporcionalidad, no apliquen el principio de asimilación, en base a los resultados que pueden ser considerados como injustificados. En este sentido resulta esclarecedor el análisis sobre la proporcionalidad que el Abogado General Señor Bot realiza en el Asunto *Scotch Whisky Association* ²⁶ y que perfectamente podría ser aplicable al ámbito de la libre circulación de trabajadores: *“Para apreciar si una medida respeta el principio de proporcionalidad, corresponde al juez nacional verificar si los elementos de prueba que el Estado miembro debe presentarle permiten considerar razonablemente que los medios elegidos son adecuados para realizar el objetivo que persiguen y que, al efectuar esta elección, el Estado miembro no ha rebasado su margen de apreciación, y tener en cuenta el grado en que esta medida atenta contra la libre circulación de mercancías (podría ser la libre circulación de trabajadores) cuando se realiza la comparación con las medidas alternativas que permitirían alcanzar el mismo objetivo y cuando se efectúa la ponderación de todos los intereses en juego”*.

Siguiendo las Conclusiones del Abogado General Bot en el Asunto mencionado en el párrafo precedente, resulta necesario, para conocer si una medida restrictiva de inaplicación del principio de asimilación adoptada por un Estado Miembro puede ser considerada idónea, aplicar lo que denominaríamos test de proporcionalidad que podría desglosarse en tres etapas sucesivas.

²⁶STJUE C- 333/14, *The Scotch Whisky Association*.

-La primera etapa, consiste en una prueba de aptitud o adecuación que persigue verificar que el acto adoptado (excepción al principio de asimilación) es idóneo para la consecución del objetivo que se pretende (evitar resultados injustificados y excesivos).

-La segunda etapa, relativa a la prueba de necesidad, a veces también denominada «prueba del obstáculo mínimo», consiste en comparar la medida nacional controvertida con las soluciones alternativas que permitirían alcanzar el mismo objetivo que el que prevé la primera, pero aportando menores restricciones a los intercambios.

-En la tercera etapa, que consiste en una prueba de proporcionalidad en sentido estricto, se ponderan los intereses en juego. Más concretamente, se relaciona, por una parte, la gravedad del perjuicio que la medida nacional ocasiona a la libertad de que se trate y, por otra, la aportación que podría suponer esta medida para la protección del objetivo perseguido.

De manera resumida podríamos señalar que una medida es proporcionada cuando, siendo apropiada para garantizar el logro del objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo. Se admite un cierto margen de discreción para que los Estados Miembros, cumpliendo los principios fundamentales de la Unión, puedan limitar la aplicación del principio de asimilación si se detecta que pueden aparecer resultados excesivos o indeseados. Sin embargo, este margen de discreción no puede vaciar de contenido o sustancia el principio directamente el principio de asimilación e indirectamente la libre circulación. De hecho sigue siendo válida la afirmación de que los motivos que un Estado miembro pueda invocar a modo de justificación debe ir acompañada de un análisis de la idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada y, especialmente, de una argumentación precisa. Por lo tanto, se requiere una evaluación de si existe otra medida que permitiría obtener el mismo resultado con un efecto adverso menor sobre la libre circulación. Cuando el Estado miembro tiene la posibilidad de elegir entre diferentes medidas adecuadas para cumpliendo el mismo objetivo está obligado a recurrir a la medida menos restrictiva. Como declara el Abogado General Polares Maduro: ²⁷“*las excepciones al principio fundamental de la libre circulación (...) deben interpretarse estrictamente*”. Del mismo modo, el TJUE ha dictaminado: “*El Estado miembro de que se trate debe demostrar que la medida en cuestión es adecuado al objetivo perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para lograr ese objetivo*”²⁹.

Básicamente, el principio de proporcionalidad implica una consideración de los costes y beneficios de una medida promulgada por un Estado miembro a la luz de los diferentes intereses. Esta línea de razonamiento con respecto a la "prueba de proporcionalidad" puede aplicarse a un caso del Reglamento (CE) n.º 883/2004. De hecho, el artículo 14, apartado 4, de dicho Reglamento establece: “*Cuando la legislación de un Estado miembro supedita el derecho al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o*

²⁷STJUE C-434/04, Ahokainen.

²⁹STJUE C-205/89, EC vs Greece.

propia ". ¿Cómo se aplica la prueba de proporcionalidad a este artículo? En realidad, el Artículo 14 (4) incluye una excepción al artículo 5 del Reglamento 883/04. Deberíamos preguntar qué tipo de resultado injustificado pretende impedir con el Artículo 14 (4). La respuesta es clara: Se quiere evitar claramente que determinados no nacionales pueda suscribir un seguro voluntario con la Seguridad Social de este Estado.

Sigámonos preguntándonos ¿Cuál sería la medida más drástica para evitar este perjuicio?. No admitir al seguro voluntario a los nacionales de otros Estados. ¿Cuál es la solución intermedia?: Admitir el acceso al seguro voluntario otros nacionales que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia en dicho Estado.

Básicamente, el principio de proporcionalidad implica una consideración de los costes y beneficios de una medida promulgada por un Estado miembro a la luz de los diferentes intereses. La búsqueda del equilibrio el elemento decisivo a la hora de adoptar decisiones en este ámbito.

VI. CONCLUSIONES

El principio de asimilación no puede considerarse de manera alguna como un principio absoluto. Debe respetar y no inmiscuirse en otros principios de la Coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Asimismo, debe aceptar y reconocer las competencias nacionales en la determinación de las condiciones y requisitos para la concesión de prestaciones de seguridad social. Estas legislaciones, como contrapartida deben garantizar la igualdad de trato. Rechazar la asimilación sistemáticamente no está permitido, porque esto sería una violación de la igualdad de trato. Tampoco puede exigirse una asimilación automática, ya que esto privaría a las legislaciones nacionales de su competencia en el campo de la protección social.

El principio (test) de proporcionalidad es un elemento fundamental en la aplicación del principio de asimilación. Las soluciones adoptadas en muchos casos, incluso compartiendo algunos elementos comunes, pueden ser diferentes en otros casos. Lamentablemente la aplicación de este principio no está sujeto a reglas absolutas y fijas. El análisis caso por caso es la única solución viable.

Para la aplicación del principio de asimilación, no puede exigirse, como condición, que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean idénticas porque esto privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos.