



Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el Reglamento 883/04. Un ejemplo de coordinación mínima

ACCIDENTS AT WORK AND OCCUPATIONAL DISEASES IN REGULATION 883/04. AN EXAMPLE OF MINIMUM COORDINATION

Carlos García de Cortázar Nebreda

Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

cortazarmillan@yahoo.es 0000-0001-8985-3891

Recibido: 15.03.2021 | Aceptado: 16.04.2021

RESUMEN

El autor examina la regulación del capítulo de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales contenida en el Reglamento 883/04. Incide en los aspectos más importantes de la coordinación de las prestaciones de estas ramas de seguro. Hace hincapié, fundamentalmente, en la problemática de los trabajadores desplazados que sufren un accidente de trabajo o contraen una enfermedad profesional en un Estado distinto del Estado de aseguramiento (Estado competente). Analiza el principio de asimilación de hechos y acontecimientos, contemplada en el artículo 5 del Reglamento 883/04, en relación con los accidentes de trabajo. Pone en duda la jurisprudencia española al respecto y cuestiona los argumentos jurídicos esgrimidos por el Tribunal Supremo. Ofrece una panorámica general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como sobre el principio de asimilación de hechos y acontecimientos.

ABSTRACT

The author examines the chapter of Accidents at work and Occupational Diseases of Regulation 883/04. He points out the most important aspects of the coordination of the benefits of these branches of insurance. He emphasizes, fundamentally, the problem of posted workers who suffer an accident at work or contract an occupational disease in a State other than the State of insurance (competent State). He analyzes the principle of assimilation of facts and events, incorporated by article 5 of Regulation 883/04, in relation to accidents at work. He questions the Spanish jurisprudence in this regard and presents doubt on the legal arguments put forward by the Supreme Court. He provides an overview of the jurisprudence of the Court of Justice on accidents at work and occupational diseases and, also, on the principle of assimilation of facts and events.

PALABRAS CLAVE

Accidentes de trabajo
Enfermedades profesionales
Trabajadores desplazados
Asimilación
Hechos y acontecimientos

KEYWORDS

Accident at work
Occupational diseases
Posted workers
Assimilation
Facts and events

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LAS NORMAS DE COORDINACIÓN
 - III. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 883/04. ACCIDENTES DE TRABAJO
 - IV. LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES
 - V. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 987/09
 - VI. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ASIMILACIÓN. ARTICULO 5 REGLAMENTO 883/04. LA DOCTRINA ESPAÑOLA
 - VII. LA SITUACION DE LOS INTERESADOS. LA RULETA RUSA
 - VIII. CONCLUSIONES. LUCES Y SOMBRAS
- Bibliografía

Ley de Accidentes de Trabajo de 1900: "Esta Ley sólo servirá para satisfacer el deseo bien justo del Sr. Dato, de que antes de dejar el Ministerio haya una ley que lleve su nombre; nadie la conocerá por el nombre de Ley Dato, puesto que no se practicará"¹.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo de la coordinación de regímenes de Seguridad Social, el capítulo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es, probablemente para muchos expertos y funcionarios, el menos interesante desde la perspectiva teórico doctrinal y, también, el menos aplicado por las Instituciones competentes que gestionan los Reglamentos 883/04² y 987/09³. Realmente, esta materia es como ese tema maldito que ningún opositor quiere sacar del bombo porque no promete lucimiento alguno y, en el mejor de los supuestos, permite, como mucho, salir indemne, sin daños significativos. De hecho, a lo largo de mi larga vida laboral, poquísimas veces me he tenido que enfrentar con un problema práctico ni jamás he mantenido, al respecto, un debate a fondo en los foros comunitarios.

Con carácter general, en el ámbito europeo de la Seguridad Social, la coordinación gana por goleada a la armonización. No es este el caso aquí. Si analizamos los regímenes de accidentes de trabajo y enfermedad profesional de los distintos Estados podremos apreciar que ha existido una armonización espontánea y que, la mayoría de estos regímenes responden y cuentan con objetivos, medios, elementos e instrumentos cuasi idénticos. Quizás la razón esencial de este mimetismo es la influencia que en su día tuvo en Europa la Primera Ley de Accidentes de Trabajo de Bismarck (1884), de la que la mayoría de las legislaciones de los Estados Miembros son discípulas o legatarias.

1. Extracto del discurso del Conde de Romanones en el debate parlamentario sobre la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

2. Reglamento (CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO L 166 de 30.4.2004).

3. Reglamento (CE) Nº 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) Nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Diario Oficial de la Unión Europea L 284/1 de 30.10.2009).

Únicamente Países Bajos se desvía en su totalidad de la mayor parte de los países al no prever una regulación propia de esta contingencia, quedando incluidas las prestaciones correspondientes dentro de la rama general de enfermedad común y accidente no laboral, complementándose estas prestaciones con indemnizaciones por responsabilidad civil.

No obstante, y aunque el modelo holandés es muy sugestivo, y quizá marque la hoja de ruta del futuro para las demás legislaciones, no debe ser el objeto de este trabajo.

Debe reconocerse que en las restantes ramas de seguro (enfermedad, vejez) la evolución producida ha sido de tal magnitud que los legisladores de las primeras leyes de finales del siglo XIX y de los primeros años del siglo XX no se identificarían con los textos actuales. En cambio, los regímenes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales han mantenido su núcleo básico y su concepción primigenia por lo que, todavía, la Ley Dato de accidentes de trabajo de 1900 y su Reglamento resultan reconocibles para los estudiosos en este campo y responderían, con ciertos ajustes, a la problemática actual. En este sentido, conviene recordar lo escrito por Danny Pieters: “los sistemas de seguros sociales de accidentes de trabajo han constituido una balsa de aceite en medio del oleaje de la reforma de la Seguridad Social y de los planes de reforma acometidos por muchos países de la UE en los últimos 10 o 15 años (...). Ninguno de los Estados Miembros que informaron al Consejo de Europa pareció opinar que se hubieran producido grandes cambios en este terreno (...). Sin embargo, no creo que esta situación pacífica deba ser valorada como completamente positiva”⁴.

Recomiendo a los voraces lectores que quieran profundizar en la armonización real de los regímenes de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en Europa, la lectura de los cuadros comparativos del MISSOC⁵. Podrán comprobar que, sin necesidad de un impulso activo de las Instituciones europeas, las legislaciones de los Estados Miembros se han desarrollado de manera muy similar, pudiendo ser en muchos casos difícil de distinguir. Quizás la mayor diferencia se encuentra en el campo de aplicación personal con la irrupción de los trabajadores por cuenta propia en algunos regímenes nacionales. Asimismo, la importancia que se da a las medidas de rehabilitación es un elemento que caracteriza a los ordenamientos jurídicos más evolucionados.

La política del legislador de la Unión ha sido respetar la idiosincrasia de los distintos sistemas europeos de Seguridad Social europeos que se caracterizan fundamentalmente, en principio, por su variedad y diversidad sin que, a día de hoy, pueda plantearse seriamente su armonización. A este respecto, resulta pertinente la afirmación de Ojeda Avilés cuando señala que “desde el principio el legislador comunitario renunció a la armonización de la Seguridad Social”⁶.

4. Pieters, D.: “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, en AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.

5. <https://www.missoc.org>.

6. Ojeda Avilés, A. y García de Cortázar y Nebreda, C.: “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de*

No obstante, si realmente se deseara buscar un primer experimento de aproximación o convergencia de las legislaciones nacionales, podría comenzarse con la rama de accidente de trabajo y enfermedades profesionales que presentan, en los ordenamientos internos, muchas más similitudes que discordancias. De hecho, el núcleo principal de todos ellos es muy homogéneo, existiendo únicamente ciertas peculiaridades que pueden considerarse como accesorias.

Como señala Ana González Gómez, "la regulación de los accidentes de trabajo en los distintos sistemas nacionales europeos presenta unas características comunes que permite hablar de homogeneidad dentro de la variedad"⁷.

A este respecto, nada mejor relacionar las similitudes y analogías:

- ▶ Su protección, cobertura y gestión, corre, por regla general, a cargo de Instituciones Privadas o parapúblicas, permitiéndose, en algunos casos, el auto-aseguramiento.
- ▶ La asistencia sanitaria es más amplia que la establecida para los riesgos comunes y suele ser totalmente gratuita, sin ticket moderador.
- ▶ En casi todas las legislaciones⁸ se prevé el accidente "*in itinere*".
- ▶ Las prestaciones en metálico se calculan sobre los salarios percibidos.
- ▶ No se exige período de carencia.
- ▶ El campo material de esta rama de seguro incluye, además de la asistencia sanitaria, las prestaciones de Incapacidad temporal, permanente y muerte y supervivencia. Su protección es más generosa que la que se reconoce para las contingencias comunes.
- ▶ Comienza a protegerse también a los trabajadores por cuenta propia.
- ▶ Se incluyen dentro del marco prestacional las medidas de rehabilitación y readaptación encaminadas a la reincorporación del accidentado al mercado de trabajo.
- ▶ Se reconocen competencias en materia de prevención y de Inspección laboral a las Entidades que gestionan estas prestaciones

II. LAS NORMAS DE COORDINACIÓN

Los dos centros de gravedad de los Instrumentos de Coordinación son la exportación de las prestaciones y la totalización de los períodos de seguro, empleo y residencia. Sin embargo, el requisito de haber cubierto un determinado período de carencia brilla por su ausencia en el escenario de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por ello, si se contrae una enfermedad profesional o

trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad, Comares, Granada, 2006.

7. González Gómez, A.: "Regulación de los Accidentes de Trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea", *La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 7, 2002.

8. No incluyen el accidente in "*itinere*", República Checa, Dinamarca, Estonia, Letonia, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Reino Unido.

se sufre un accidente de trabajo en un Estado, los períodos cubiertos en otros Estados son innecesarios con lo que, en la práctica, las normas de coordinación no se activan, frecuentemente, al no ser necesarias medidas de enlace ni de coordinación con otros Estados.

De este modo, y con el ánimo de acotar los supuestos de hecho en este campo del Reglamento 883/04 debería descartarse, de un plumazo, el escenario exclusivamente nacional en el que todas las circunstancias son meramente internas, por lo que corresponde a la legislación del Estado de que se trate, la regulación y tramitación del accidente o enfermedad que se haya producido u originado.

Ahora bien, no puede eliminarse la posibilidad de aplicación de los Reglamentos de coordinación cuando aparece el elemento transfronterizo y las legislaciones de dos Estados, aunque sea con distintas intensidades, actúen o puedan actuar simultánea o sucesivamente, para tratar un accidente laboral. Estos ejemplos, no exhaustivos, pueden proporcionar ayuda al lector:

- ▶ Accidentado o enfermo, perceptor de prestaciones de accidentes de trabajo o enfermedad profesional en virtud de la legislación de Estado A que parte de vacaciones a Estado B, donde necesita asistencia sanitaria para tratar su lesión laboral o enfermedad laboral.
- ▶ Accidentado laboral o enfermo profesional al que se le ha reconocido una Incapacidad permanente en Estado A y que traslada su residencia a un Estado B, en donde quiere percibir su indemnización o renta de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.
- ▶ Trabajador asegurado en Estado A que es desplazado temporalmente por su empresa al Estado B, donde sufre un accidente laboral o contrae una enfermedad profesional.
- ▶ Trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo en Estado A por el que recibe una prestación y, posteriormente, sufre otro accidente de trabajo en Estado B que agrava su situación.
- ▶ Trabajador que ha contraído una enfermedad profesional en Estado A por el que recibe una prestación y, posteriormente, trabaja en Estado B en donde se agrava su situación.
- ▶ Trabajador que reside en Estado A y trabaja en Estado B y que tiene un accidente "*in itinere*" en el territorio del Estado A cuando se desplaza a su trabajo.
- ▶ Trabajador que está asegurado en Estado A y se encuentra temporalmente, para realizar una actividad esporádica, en Estado B donde se accidenta laboralmente y/o fallece. La legislación del Estado A prevé la repatriación del accidentado o del cadáver.

Desde otra perspectiva, conviene señalar que, aunque las disposiciones específicas del capítulo correspondiente de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en el Reglamento 883/04 son mínimas, la mayor parte de los principios fundamentales

de las normas de coordinación son aplicables, con carácter general. Así, la igualdad de trato, la unicidad de la legislación, la conservación de los derechos adquiridos o la asimilación de hechos, acontecimientos, prestaciones o ingresos⁹ operan con la misma intensidad que en otras prestaciones.

Quizás por la existencia de una armonización *de facto* en las distintas legislaciones nacionales, y por la innecesaria totalización de períodos, el legislador europeo ha querido intervenir mínimamente, dejando, en esta rama de seguro, a las Administraciones nacionales la resolución de los problemas y controversias. Nos encontramos, pues, con una coordinación *light*, nada invasiva que pretende actuar con una injerencia mínima. A este respecto, podría afirmarse que este planteamiento ha sido todo un éxito, teniendo en cuenta la ausencia de conflictos a la hora de aplicar las normas de coordinación existentes.

Esta tesis de *laissez faire* ha sido contrastada y confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que apenas ha tenido que pronunciarse para resolver recursos o cuestiones prejudiciales¹⁰, limitándose a actuaciones meramente accesorias o secundarias.

Tampoco la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social (art. 71 del Reglamento 883/04), en donde se debaten las cuestiones más espinosas del Reglamento 883/04, se ha mostrado muy activa en el ámbito de los accidentes de trabajos y enfermedades profesionales, probablemente porque no ha resultado necesario. De hecho, esta Institución no ha aprobado, para el Reglamento 883/04, Decisión¹¹ o Recomendación de trascendencia *ad hoc* sobre esta materia, lo que implica una aceptación pacífica y consensuada por parte de los Estados Miembros de la interpretación y aplicación de los artículos 36 a 41 del Reglamento 883/04 y 33 a 41 del Reglamento 987/09.

En consecuencia, el Reglamento 883/04 se limita únicamente a aspectos concretos que, en muchos casos, hasta parecen superfluos, máxime teniendo en cuenta el nuevo principio de Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimiento contenido en el artículo 5 del Reglamento 883/04. Por ello, la regulación de accidentes de trabajo puede considerarse una *rara avis* dentro del panorama de la coordinación de seguridad social.

9. A este respecto, Juzgado de lo Social Nº 2 de los de Vigo. Sentencia en fecha 22 de noviembre de 2012 Procedimiento nº 370/2012 sobre pensión de viudedad. Además, Recurso de Suplicación 763/2013 Sentencia de 25 de enero del 2015. Además, ATS, 10 de febrero de 2016 en el Recurso 1288/2015. Ver comentario en apartados siguientes.

10. La sentencia más interesante fue la que recayó en el Asunto C-290/00, Johann Franz Duchon y *Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten*, no tanto por la temática sino por la dialéctica retrospcción /retroactividad de los Reglamentos.

11. Solamente la Decisión Nº S5 de 2 de octubre de 2009 para la interpretación del concepto de “prestaciones en especie” hace mención, conjuntamente con otros preceptos, del artículo 36 del Reglamento 883/04.

III. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 883/04. ACCIDENTES DE TRABAJO

Debe subrayarse que en relación con su antecesor –el Reglamento 1408/71¹²–, el Reglamento 883/04 supone una simplificación importante con reducción significativa del número de artículos a través de la eliminación de disposiciones superfluas. De hecho, todavía se hubiera podido actuar de una forma mucho más drástica, si bien se hubiera podido correr el riesgo de dejar cuasi vacío el capítulo relativo a estas prestaciones.

La primera gran novedad del Reglamento en el ámbito de los accidentes de trabajo es la definición de prestaciones en especie que se contiene en el artículo 1 letra v bis inciso ii de este Instrumento: “todas las prestaciones en especie por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los Estados miembros que estén destinadas a proveer, facilitar, abonar directamente o reembolsar los costes de la atención sanitaria y de los productos y servicios accesorios de dicha atención”¹³.

El objetivo de este nuevo precepto no parece, aparentemente, clara. Sin embargo, responde a los pocos contenciosos interpretativos entre los Estados Miembros en relación con el reembolso de gastos de las prestaciones en especie como consecuencia de accidente de trabajo. De hecho, no se introdujo en el propio Reglamento 883/04 sino 5 años después de con la adopción del Reglamento 988/09¹⁴.

Expongamos un supuesto de hecho para la mejor comprensión de la problemática: Trabajador desplazado que mantiene la afiliación en el Estado de origen (envío) y que sufre un accidente de trabajo en el Estado de empleo. Las prestaciones en metálico serán reconocidas y abonadas por el Estado competente. En cambio, las prestaciones en especie serán servidas en virtud de la legislación del Estado de empleo, que facturará el importe de dichas prestaciones al Estado de aseguramiento del trabajador. Ahora bien, el Estado de envío que tiene que reembolsar las prestaciones en especie podría considerar que las prestaciones que tiene derecho el accidentado son las correspondientes al seguro de enfermedad exclusivamente o solamente a las prestaciones en especie mínimas del seguro de accidentes de trabajo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la cartera de prestaciones en especie en cada Estado es diferente, por lo que el trabajador recibirá las prestaciones de accidentes de trabajo en especie del Estado al que está desplazado. Así, un Estado donde es desplazado un trabajador puede cubrir en su legislación de accidentes de trabajo determinados prótesis (por ejemplo, silla de rueda eléctrica) o ayuda a domicilio, o prestaciones en especie de dependencia temporal o adaptación de vivienda o medidas de rehabilitación.

12. Reglamento (CEE) Nº 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (8) (9) (10) (11) (Versión consolidada—DO L 28 de 30.1.1997, p. 1 (*)) (DO L 149 de 5.7.1971, p. 2)

13. Inciso añadido por el Reglamento (CE) Nº 988/2009 de 16 de septiembre de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) Nº 883/2004. DOUE L284/43 de 30 de octubre de 2009.

14. Reglamento (CE) Nº 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) Nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y se determina el contenido de sus anexos (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza) OJ L 284, 30.10.2009, pp. 43-72.

El interesado tendrá derecho a dichas prestaciones en especie, aunque la legislación del Estado en el que está asegurado no prevea dichas prestaciones.

Téngase en cuenta que el importe a reembolsar puede ser altísimo y que, por tanto, el Estado de envío puede mostrarse reticente a proceder al correspondiente reembolso. Por esa razón, el Reglamento 988/09 explicita, a mi entender con una generosidad excesiva, el posible contenido de las prestaciones en especie. Y como botón de muestra, la mención general a los “servicios accesorios” que puede ser una caja de pandora, máxime cuando en muchos casos la Institución competente del Estado que sirve las prestaciones puede ser una Entidad privada que dispara con pólvora del rey (el Ente pagador es el Estado de aseguramiento).

Algo de la intrahistoria de este precepto. Fue incluido en el Reglamento 988/09, que exigía para su adopción la unanimidad en el Consejo, por imposición de las Entidades Gestoras Alemanas (*Berufsgenossenschaften*), Instituciones similares a nuestras Mutuas.

Adentrémonos en el Capítulo 2 del Título III del Reglamento 883/04 Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

El primer precepto del Reglamento 883/04 a analizar es el artículo 36 apartado 1 que opera como simple remisión a las normas correspondientes de prestaciones en especie de enfermedad y maternidad y que reza como sigue: “Sin perjuicio de las disposiciones más favorables previstas en los apartados 2 y 2 *bis* del presente artículo, el artículo 17¹⁵, el apartado 1 del artículo 18¹⁶, el apartado 1 del artículo 19¹⁷ y el apartado 1 del artículo 20¹⁸ se aplicarán, asimismo, a las prestaciones por accidente de trabajo y por enfermedad profesional”.

En resumen, este artículo, entre otros supuestos, viene a regular la situación de un trabajador asegurado en un Estado que sufre un accidente de trabajo en el territorio de otro Estado donde reside, o que necesita asistencia sanitaria como consecuencia de sus lesiones en dicho Estado de residencia. Asimismo, este precepto establece normas para cuando esa persona se desplace fuera del Estado de residencia o bien retorne temporalmente al Estado competente y necesite asistencia sanitaria.

Sorprende que este sea el primer artículo del capítulo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Quizás hubiera sido preferible repetir el artículo 52 del Reglamento 1408/¹⁹ con algunas modificaciones. Puede echarse de menos un

15. Artículo 17. Prestaciones en especie de enfermedad y maternidad. Residencia en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente.

16. Artículo 18. Estancia en el Estado miembro competente cuando la residencia se encuentra en otro Estado miembro.

17. Artículo 19. Estancia fuera del Estado miembro competente.

18. Artículo 20. Desplazamientos para recibir prestaciones en especie. Autorización para recibir un tratamiento adecuado fuera del Estado miembro de residencia.

19. Artículo 52 “Residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente. Normas generales El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que resida en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente y que sea víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, disfrutará en el Estado donde resida: a) de las prestaciones en especie servidas con cargo a la institución competente, por la institución de lugar de residencia con arreglo a lo dispuesto en la legislación aplicada por ésta, como si el trabajador estuviese afiliado a ella; b) de las prestaciones en metálico, abonadas por la institución competente con arreglo a la legislación aplicada por ella. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la del lugar de residencia, dichas prestaciones podrán ser abonadas por esta última institución con cargo a la primera y de conformidad con lo dispuesto en la

precepto general que hubiera clarificado la situación específica de los trabajadores desplazados que sufren un accidente de trabajo en el Estado de empleo y que deben recibir prestaciones en especie y en metálico. A este respecto, se podría argumentar que la remisión que realiza el referido artículo 36 a los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento 883/04 ya resuelven este problema. No comparto esta opinión.

La Comisión Europea estima, según datos de los A1 (formulario de aseguramiento en el Estado de origen) emitidos²⁰, que en 2018 se produjeron 3 millones de desplazamientos o situaciones en las que el Estado de empleo no coincide con el de aseguramiento. Consecuentemente, en esa magnitud de 3 millones se habrán originado múltiples accidentes laborales *stricto sensu o in itinere*. De hecho, según la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, el 3.2% de los trabajadores europeos sufrieron un accidente de trabajo en los últimos 12 meses²¹. En consecuencia, aplicando los mismos parámetros numéricos y suponiendo que la duración media de un desplazamiento sea de 6 meses, aproximadamente 50.000 trabajadores desplazados sufren al año un accidente de trabajo fuera del Estado competente de aseguramiento.

Pues bien, imaginemos que un trabajador desplazado, asegurado en Estado A, sufre un accidente en el Estado de empleo B. Vayamos al artículo 36 apartado 1 y a las remisiones que realiza. En la mayoría de los casos el trabajador desplazado no reside en el Estado de empleo, así que el Artículo 17 (residencia en Estado distinto del competente) sobre prestaciones en especie, no se aplicará. Pasemos al 18 (Estancia en el Estado miembro competente cuando la residencia se encuentra en otro Estado miembro), que tampoco será de aplicación porque en la mayoría de los desplazamientos el Estado competente y el de residencia es el mismo. Por último, el único precepto que resta es el 19 (Estancia en Estado distinto del Estado competente), que establece “[s]alvo que en el apartado 2 se disponga lo contrario, la persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. La institución del lugar de estancia facilitará las prestaciones por cuenta de la institución competente, según las disposiciones de la legislación del lugar de estancia, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación”.

No es comprensible que un accidentado de trabajo tenga derecho a unas prestaciones en especie limitadas de la naturaleza de dichas prestaciones y a la duración prevista de la estancia como si se tratase de un turista en vacaciones.

Tampoco el apartado 2 del artículo 36 del Reglamento 883/04 nos soluciona la dificultad interpretativa descrita. Así, se señala en este precepto: “La persona que

legislación del Estado competente”.

20. *Posting of workers Report on A1 Portable Documents issued in 2018*, European Commission. Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion Directorate D Labour Mobility, 2020.

21. <https://osha.europa.eu/en/themes/work-related-diseases>.

haya sufrido un accidente de trabajo o contraído una enfermedad profesional y que resida o efectúe una estancia en un Estado miembro que no sea el Estado miembro competente tendrá derecho a las prestaciones en especie específicas del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, concedidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, con arreglo a la legislación que ésta aplique, como si la persona estuviera asegurada en virtud de dicha legislación”.

En efecto, tanto los artículos 17, 18, 19 y 36.2 contemplan unas situaciones que podríamos denominar secundarias o adicionales.

En cambio, el supuesto realmente importante, el accidente laboral ocurrido en un Estado distinto del competente, no está expresamente regulado, por lo que es necesario trabajar con aproximaciones o asimilaciones que redundan, finalmente, en perjuicio del accidentado. Faltaría, por tanto, un precepto que simplemente estableciese “cuando un trabajador sufra un accidente de trabajo o contraiga una enfermedad profesional en Estado distinto del competente, tendrá derecho a las prestaciones en especie específicas del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, concedidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, con arreglo a la legislación que ésta aplique, como si la persona estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. Asimismo, el accidentado o enfermo profesional tendrá derecho a las prestaciones en metálico de conformidad con la legislación del Estado competente”.

Otra posibilidad sería que la Comisión Administrativa adoptase una Decisión que estableciese, específicamente para los trabajadores desplazados, que el Estado de empleo donde se ha producido el accidente de trabajo sea considerado, aunque sea ficticiamente, a efectos del artículo 36.1 como el Estado de residencia.

El lector inquieto podrá preguntarse la razón de que exista esta laguna, cuando si por algo se caracteriza el legislador de la Unión es por su precisión y coherencia. Quizás la respuesta se encuentre en que la gestión de los accidentes de trabajo en los distintos Estados se ha transferido a Instituciones semipúblicas que apenas tienen contacto con los Reglamentos y que han optado por intentar al máximo una regulación cuasi nacional de estas prestaciones, evitando, en lo posible, entrar en el complejo mundo de la coordinación. Por eso, cuando se debatió en el Consejo el capítulo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del Reglamento 883/04, los Estados a través de los correspondientes Ministerios optaron por aprobar, con pocas modificaciones, la propuesta originaria de la Comisión de 21 diciembre de 1998.

Concretamente en relación con España, a lo largo de mi larga vida laboral, solamente he tenido contacto con las Mutuas de Accidentes de Trabajo para reclamarles el reembolso de ciertas prestaciones en especie, servidas a sus asegurados por Instituciones de otros Estados. No recuerdo haber recibido propuesta alguna, por su parte, a la hora de debatir en el Consejo el articulado correspondiente al capítulo de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales de los Reglamentos 883/04 y 987/09.

Pienso que una coordinación de mínimos promueve indirectamente una aplicación no totalmente controlada de los Reglamentos por parte de las Entidades Gestoras de accidentes de trabajo, que se encontrarían con muchas dificultades si existiese una regulación más compleja. De hecho, y simplemente como botón de muestra, sorprende que en las informaciones que facilitan las Mutuas españolas de Accidentes de Trabajo en el supuesto de desplazamiento de trabajadores se mencione que, para recibir las prestaciones en especie, los accidentados deben presentar la Tarjeta Sanitaria europea, que no cubre todos los posibles servicios sanitarios. En cambio, no se menciona el formulario S1 que ofrece mayor cobertura y que es el recomendado por la Comisión Europea²² para los supuestos de desplazamientos. Por supuesto, la diferencia entre Tarjeta Sanitaria Europea y formulario S1 puede ser la calidad del servicio y, como consecuencia, los importes a reembolsar.

Probablemente, desde el punto de vista teórico, uno de los logros del nuevo Reglamento 883/04 lo constituye el apartado 2 *bis* del artículo 36 (enfermo autorizado) del Reglamento 883/04 que establece: “La institución competente no podrá denegar la concesión de la autorización contemplada en el artículo 20, apartado 1, a una persona que haya sido víctima de un accidente de trabajo o haya contraído una enfermedad profesional y que tenga derecho a las prestaciones a cargo de esa institución, cuando el tratamiento oportuno para su estado no pueda serle dispensado en el Estado miembro en el que reside en un plazo justificable desde el punto de vista médico, teniendo en cuenta su estado de salud en ese momento y la evolución probable de su enfermedad”.

Pues bien, este apartado introduce un pequeño matiz diferenciador, pero cualitativamente importante, en relación con los riesgos comunes. En efecto, el artículo 20 del Reglamento 883/04 condiciona la obligación de conceder la autorización para lo que se denomina cuidados programados a que “el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado”.

La diferencia es muy sutil, pero los resultados pueden divergir en gran manera. Imaginemos que existe un tratamiento experimental en Alemania que no existe en Rumanía. Cuando una persona asegurada en Rumanía sufra una enfermedad común y desee desplazarse a Alemania para recibir el tratamiento experimental, la Institución competente del Estado B podrá denegar la autorización requerida, mientras que en el caso de un accidente laboral esta denegación no es posible porque el único condicionante aplicable es que “tratamiento oportuno para su estado no pueda serle dispensado en el Estado miembro en el que reside en un plazo justificable desde el punto de vista médico, teniendo en cuenta su estado de salud en ese momento”. Al no existir dicho tratamiento experimental en Rumanía, no se le podrá ofrecer en un

22. Ver https://europa.eu/youreurope/citizens/work/social-security-forms/index_es.htm. Modelos de formularios para los derechos de seguridad social. Formulario S1. Certificado de tu derecho a prestaciones sanitarias. “Útil para trabajadores desplazados”.

plazo justificado por lo que, según mi criterio, el interesado podría exigir la autorización correspondiente de manera inmediata. El coste a reembolsar puede ser enorme.

Una interpretación diferente parece difícil de sustentar, ya que si se ha incluido una norma *"ad hoc"* y no se ha realizado una remisión total a la regulación del enfermo autorizado contenida en el artículo 20 (enfermedad común) del Reglamento 883/04, es, lógicamente, porque se quiere privilegiar la figura del accidentado laboral y permitir que pueda acceder a otros tratamientos experimentales, por supuesto contrastados desde el punto de vista médico, aunque estos no existan todavía en el Estado de aseguramiento.

Por otra parte, con respecto a la exportabilidad de las prestaciones, se aplica el apartado 1 del artículo 20 que del Reglamento 883/04, que textualmente establece: "La persona asegurada y los miembros de su familia que residan o se encuentren en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente tendrán derecho a prestaciones en metálico por parte de la institución competente de conformidad con la legislación que esta última aplica".

Asimismo, se establece la posibilidad de pago delegado al señalar en ese mismo precepto: "No obstante y previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia o estancia, tales prestaciones podrán ser facilitadas por la institución del lugar de residencia o estancia con cargo a la institución competente de conformidad con la legislación del Estado miembro competente".

En otro orden de cosas, debe señalarse que, para el cálculo de las prestaciones en metálico de accidentes de trabajo, el legislador ha deseado evitar, a toda costa, que se tengan en cuenta elementos extraños o transfronterizos, como podrían ser salarios o bases de cotización de otros Estados. Por ello, el artículo 36 apartado 3 del Reglamento 883/04 hace referencia expresa al artículo 21 del Reglamento 883/04, que señala: "La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media, determinará dichos ingresos medios o dicha base de cotización media exclusivamente en función de los ingresos comprobados o de las bases de cotización aplicadas durante los períodos cubiertos bajo dicha legislación. La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe sobre la base de los ingresos a tanto alzado, computará exclusivamente estos últimos o, llegado el caso, el promedio de los ingresos a tanto alzado correspondiente a los períodos cubiertos bajo dicha legislación".

Esta fórmula ha sido validada por el TJUE que, en un pronunciamiento recaído en el Asunto Pennarz contra Caisse primaire d'assurances maladie²³, establecía que "cuando, según la legislación de uno de los Estados miembros, el salario de base que sirve para el cálculo de las prestaciones en metálico, debidas a la víctima de un accidente de trabajo que haya trabajado sucesivamente en varios Estados miembros, sea el ingreso medio de un período determinado, dicho ingreso medio es determinado

23. Asunto 268 /78. Sentencia de 11 de julio de 1979.

únicamente en función de los salarios percibidos en el Estado en el que trabajaba la víctima en el momento del accidente, con arreglo a la normativa y al modo de cálculo en vigor en dicho Estado”.

Pasemos a un tema diferente de interés teórico/práctico. El artículo 37 regula lo siguiente: “La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea la asunción de los gastos de transporte de la persona que ha sufrido un accidente de trabajo o contraído una enfermedad profesional, bien hasta su residencia o bien hasta un centro hospitalario, se hará cargo de dichos gastos hasta el lugar correspondiente del otro Estado miembro en que resida dicha persona, siempre que la institución mencionada autorice previamente el transporte, teniendo debidamente en cuenta los motivos que lo justifican. Esta autorización no será necesaria en el caso de los trabajadores fronterizos”.

El análisis y la valoración de este precepto no pueden ser elogioso. Realmente resultaría superfluo si se aplicase extensivamente el artículo 5 apartado 2 del Reglamento 883/04 en el que se señala: “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”. Un ejemplo podría servir. Si una legislación de un Estado A (Estado competente) reconoce el derecho de la víctima de un accidente de trabajo a ser tratado en un establecimiento hospitalario próximo a su domicilio, en aplicación del artículo 5 del Reglamento 883/04, el accidente de trabajo de un desplazado ocurrido en el Estado de empleo B debería ser considerado como acontecido en el territorio del Estado A, procediendo al traslado de la víctima si esta así lo deseara. Sin embargo, la única razón para incluir este artículo en el Reglamento es precisamente limitar transfronterizamente el alcance del referido artículo 5 del Reglamento 883/04. En efecto, al señalar el referido artículo 37 “siempre que la institución mencionada autorice previamente el transporte, teniendo debidamente en cuenta los motivos que lo justifican”, se está incluyendo una cautela muy importante, por lo que puede colegirse que más que un derecho de los accidentados se trata de una facultad discrecional de las instituciones competentes.

Por otra parte, la ausencia del requisito previo de la autorización para los trabajadores fronterizos responde a la situación especial de este colectivo que reside en un Estado y trabaja en otro. De hecho, el tratamiento médico del accidentado probablemente será más efectivo y económico en el Estado de residencia que en el Estado de empleo. Además, para el interesado sería perjudicial los continuos traslados de uno a otro Estado.

Algo distinta es la regulación en caso de transporte de accidentados fallecidos. Así el apartado 2 del artículo 37 del Reglamento señala: “La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea la asunción de los gastos de transporte del cuerpo de la persona fallecida en un accidente de trabajo hasta el lugar de la inhumación se hará cargo de dichos gastos hasta el lugar correspondiente del otro Estado

miembro en que residiera la persona en el momento de ocurrir el accidente, según la legislación aplicada por dicha institución”.

La diferencia es significativa. En el segundo caso (traslado del cadáver), no se necesita autorización pertinente, continuando, en cambio, siendo un requisito que la legislación del Estado competente prevea la asunción de gastos a nivel interno en el caso de muerte de un trabajador por accidente de trabajo en un lugar distante del domicilio de la víctima.

Quizás el legislador europeo debería haber sido más valiente y decidido, especialmente en relación con los trabajadores desplazados, eliminando, en el primer caso, el requisito de la autorización previa y, en el segundo, la necesidad de un precepto nacional, máxime teniendo en cuenta que los gastos de un traslado de un cadáver de un país a otro resulta inasumible para muchas familias de trabajadores. A fin de cuentas, el propio Reglamento y, sobre todo, el Tribunal de Justicia²⁴ han admitido la discriminación positiva, es decir, el tratamiento más beneficioso para el trabajador migrante en relación con el trabajador sedentario.

En realidad, no puede compararse la situación de dicho trabajador sedentario con la de un trabajador migrante si ambos sufren un accidente de trabajo. Hacer depender el traslado del accidentado o del cadáver del mismo a que la legislación nacional así lo prevea puede ser muy perjudicial para un trabajador sedentario, pero, normalmente la distancia entre el lugar del accidente y el domicilio del interesado no suele ser muy grande. En cambio, imaginemos el supuesto de un trabajador desplazado a otro Estado que sufre allí un accidente con consecuencias, o no, mortales. El traslado transfronterizo del accidentado o del cadáver pueden ocasionar gastos muy considerables y no deberían ser asumidos por los interesados o familiares.

Pasemos al artículo 40²⁵ del Reglamento 883/04 que tiene dos partes. La primera contempla la posibilidad de que en un Estado no exista una protección diferenciada y privilegiada del accidente de trabajo (Holanda, por ejemplo) y que el accidentado deba recibir allí prestaciones en especie (asistencia sanitaria). La remisión al seguro

24. Ver Asuntos 22/77 y 236/78, Mura. Sentencias de 13 de octubre de 1977 y 16 de mayo de 1979.

25. Artículo 40 del Reglamento 883/04 “Normas para tener en cuenta las particularidades de algunas legislaciones: 1. Si en el Estado miembro donde el interesado resida o efectúe una estancia no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, o aun existiendo ese seguro no hay una institución encargada de conceder prestaciones en especie, estas prestaciones serán concedidas por la institución del lugar de estancia o de residencia responsable de facilitar las prestaciones en especie en caso de enfermedad. 2. Si en el Estado miembro competente no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, se aplicarán, no obstante, las disposiciones del presente capítulo sobre prestaciones en especie a la persona con derecho a las prestaciones correspondientes en caso de enfermedad, maternidad o paternidad asimiladas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, si la persona sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional durante su residencia o estancia en otro Estado miembro. Los costes correrán a cargo de la institución competente para las prestaciones en especie conforme a la legislación del Estado miembro competente. 3. Se aplicará el artículo 5 a la institución competente de un Estado miembro en lo referente a la equivalencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, o bien hayan sobrevenido o bien se hayan reconocido posteriormente bajo la legislación de otro Estado miembro, cuando se evalúe el grado de incapacidad, el derecho a prestaciones o la cuantía de las mismas, a condición de que: a) el accidente de trabajo o la enfermedad profesional anteriormente sobrevenidos o reconocidos bajo la legislación que ella aplique no hayan dado lugar a indemnización, y b) el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sobrevenidos o reconocidos con posterioridad no den lugar a indemnización en virtud de la legislación del otro Estado miembro bajo la cual hayan sobrevenido o hayan sido reconocidos”.

de enfermedad para los cuidados sanitarios parece una consecuencia lógica. No obstante, este precepto probablemente, al tratarse de una norma procedimental o de mera gestión, no debería haber sido ubicada en este Reglamento, sino en el Reglamento 987/09.

En cambio, la segunda parte del articulado presenta una situación de gran complejidad, con una redacción confusa, muy al gusto del legislador de la Unión, que merece una atención especial.

Como quiero facilitar al lector la comprensión de este precepto y, sobre todo, deseo que se familiarice con el principio de asimilación de hechos y acontecimientos contenida en el artículo 5 del Reglamento 883/04, me voy a remontar al pasado y a unas de las pocas sentencias que se han dictado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en relación con los accidentes de trabajo regulados por el Reglamento 1408/71, predecesor del Reglamento 883/04.

Los señores Villano y Barion²⁶, nacionales italianos, habían sido víctimas de un accidente de trabajo, a mediados de la década de los 70, en la República Federal de Alemania. Al sufrir posteriormente un nuevo accidente en Italia, solicitaron a la Institución alemana que tuviera en cuenta este segundo accidente para determinar sus derechos a una pensión de invalidez. Sin embargo, la Corte de Justicia fue categórica, pronunciándose del siguiente tenor: “El Reglamento (CEE) nº 1408/71 no imponen a la institución competente de un Estado miembro la obligación de tener en cuenta, como si se hubieran producido bajo la legislación de dicho Estado miembro, accidentes o enfermedades sobrevenidos con posterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro”.

El Tribunal basó su fallo en las siguientes consideraciones: “El Reglamento 1408/71 establece que si la legislación de un Estado miembro prevé explícita o implícitamente que los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con anterioridad han de ser tenidos en cuenta al apreciar el grado de incapacidad, la institución competente de dicho Estado tendrá también en cuenta los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con anterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro, como si hubieran sobrevenido o hubieran sido comprobados bajo la legislación aplicada por ella. Los dos referidos preceptos imponen, pues, a la institución competente únicamente la obligación de tener en cuenta los accidentes o enfermedades sobrevenidos con anterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro y no los ocurridos con posterioridad”.

Algunos autores discreparon en su día de esta interpretación. Así Sean van Raepenbush²⁷ señala: “Esta sentencia es muy restrictiva y no estamos convencidos de que, dentro del contexto actual para el logro del Mercado Interior, no hubiera ampliado el Tribunal el propósito perseguido con los artículos 48 a 51 del Tratado (...)”.

26. Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1979. Asuntos acumulados 173/78 y 174/78, entre Alberto Villano, domiciliado en Lumezzane Pieve/Brescia, y Nordwestliche Eisen-und Stahl-Berufsgenossenschaft, Hannover (asunto 173/78), y Pasquale Barion, Matterello di Trento, y Tiefbau-Berufsgenossenschaft, Munich (asunto 174/78).

27. Raepenbusch, S.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

De todos modos, el Reglamento 2000/83²⁸ modificó en su día la redacción original del Reglamento 1408/71, añadiendo un nuevo artículo 69 apartado 6 que establecía: “Si la legislación de un Estado miembro prevé explícita o implícitamente que los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con posterioridad sean tomados en cuenta para apreciar el grado de la incapacidad, la apertura del derecho a las prestaciones o la cuantía de éstas, la institución competente de dicho Estado tendrá también en cuenta los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con posterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro, como si hubieran sobrevenido o hubieran sido comprobados bajo la legislación aplicada por ella, a condición de: 1) que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional anteriormente sobrevenidos o comprobados bajo la legislación que ella aplique no hayan dado lugar a indemnización, y 2) que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sobrevenidos o comprobados con posterioridad no den lugar, no obstante lo dispuesto en el apartado 5, a indemnización en virtud de la legislación de otro Estado miembro bajo la cual hayan sobrevenido o hayan sido comprobados”.

Con el precepto introducido, el fallo jurisdiccional recaído en el Asunto Villano y Barion hubiera sido distinto. Ahora bien, la condición de que la legislación interna prevea, en el referido apartado 6, implícita o explícitamente la toma en consideración de los accidentes anteriores (ver primera frase) es una restricción que, posteriormente, elimina el artículo 40 del Reglamento 883/04. Un paso adelante en la vía de la consolidación del principio de asimilación establecido en el artículo 5 del Reglamento 883/04.

El último precepto del Reglamento 883/04 relativo a los accidentes de trabajo es el artículo 41²⁹, que simplemente establece el reembolso de gastos entre Instituciones. En este sentido, algunas Decisiones³⁰ de la Comisión Administrativa también son aplicables a estas prestaciones.

28. DO L 230 de 22.8.1983.

29. Artículo 41. Reembolso entre instituciones: “1. El artículo 35 se aplicará también a las prestaciones indicadas en el presente capítulo y el reembolso se efectuará sobre la base de los gastos reales. 2. Dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan”.

30. Decisión Nº S4 de 2 de octubre de 2009 relativa a los procedimientos de reembolso para la aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento (CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. 2010/C 106/17. Decisión Nº S5 de 2 de octubre de 2009 para la interpretación del concepto de «prestaciones en especie» según se define en el artículo 1, letra *v bis*, del Reglamento (CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, en caso de enfermedad o maternidad, de acuerdo con el artículo 17, el artículo 19, el artículo 20, el artículo 22, el artículo 24, apartado 1, el artículo 25, el artículo 26, el artículo 27, apartados 1, 3, 4 y 5, el artículo 28, el artículo 34 y el artículo 36, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) Nº 883/2004, así como para determinar los importes que se reembolsarán de conformidad con los artículos 62, 63 y 64 del Reglamento (CE) Nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo. 2010/C 106/18. Decisión Nº S6 de 22 de diciembre de 2009 relativa a la inscripción en el Estado miembro de residencia con arreglo al artículo 24 del Reglamento (CE) Nº 987/2009, y a la elaboración de los inventarios a que se refiere el artículo 64, apartado 4, del Reglamento (CE) Nº 987/2009. 2010/C 107/04.

Decisión Nº S8 de 15 de junio de 2011 relativa a la concesión de prótesis, grandes aparatos u otras prestaciones en especie de gran importancia contempladas en el artículo 33 del Reglamento (CE) Nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social 2011/C 262/06. Decisión Nº S9 de 20 de junio de 2013 relativa a los procedimientos de reembolso en aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento (CE) Nº 883/2004. 2013/C 279/05.

Como resumen de este apartado, podría pensarse que estos artículos comentados, reguladores de las prestaciones de accidentes de trabajo, son realmente insustanciales y que no merecen mayor comentario. Es posible. Sin embargo, son un exponente de lo que podríamos denominar coordinación blanda, de mínimos, no intervencionista, más nacional que europea. Es la excepción a la regla y como una singularidad, debe ser tratada y valorada.

De hecho, insta un modelo minimalista que el propio Reglamento 883/04 no ha seguido en su conjunto, pero que algunos Estados miembros preconizan, directa o indirectamente, para el futuro de las normas de coordinación.

De todos modos, la idea de simplificación emprendida con la adopción del Reglamento 883/04 se ha logrado, en muchos casos, a través de determinados artículos de carácter general (por ejemplo, unicidad de la legislación aplicable, exportabilidad de las prestaciones, asimilación e totalización de períodos) que se aplican a todas las prestaciones, incluidas por supuesto las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Por otra parte, quizás echo en falta un artículo sobre pensiones de accidentes de trabajo. En efecto, algunos Estados permiten la acumulación de las pensiones o rentas de accidentes de trabajo con otras pensiones por contingencias comunes, lo que podría generar algunos problemas de coordinación ya que deberían ser aplicados simultáneamente, dos legislaciones y dos capítulos del Reglamento (pensiones y accidentes de trabajo). Un ejemplo podría ser clarificador. Imaginemos a una persona que ha trabajado en Alemania y que posteriormente ha continuado una actividad laboral en España, donde sufre un accidente de trabajo que le provoca una incapacidad permanente. España reconoce una pensión de accidentes en base a su ordenamiento interno. No obstante, Alemania también puede reconocer una pensión de incapacidad por contingencias comunes, aplicando el capítulo de pensiones, con posible totalización y prorrateo. Un tema muy complejo que merecería un estudio pormenorizado.

Aunque este problema teóricamente no se plantea en España directamente, porque las pensiones derivadas de accidente de trabajo son incompatibles con otras pensiones, en la práctica (véase el ejemplo descrito en el párrafo precedente) también nuestra Administración y sobre todo nuestros asegurados pueden verse afectados indirectamente.

IV. LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

La cuasi uniformidad de los regímenes de accidentes de trabajo en los distintos Estados Miembros se reproduce en los regímenes de enfermedades profesionales. Bien es verdad que también en esta rama abundan las similitudes y que los principios informadores son los mismos. En realidad, más que grandes diferencias, nos encontramos con peculiaridades específicas.

De una manera reduccionista, podríamos hablar de dos grandes sistemas que, más que en el fondo, se distinguen en algunas singularidades formales. El primero sigue

el modelo del enfoque alemán, con asociaciones de seguros sectoriales autónomas paraestatales, financiadas con contribuciones de los empleadores, que proporcionan un servicio integral de prevención, rehabilitación y compensación. En el segundo modelo, es el Estado el que administra el régimen de enfermedades profesionales.

En todos los países europeos las enfermedades profesionales reconocidas se incluyen en una lista que puede ser exhaustiva o indicativa. En este sentido, debe recordarse que existe la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003³¹, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales que tiene dos grandes objetivos:

- ▶ Que los Estados introduzcan la lista europea de enfermedades profesionales en sus disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas relativas a las enfermedades, cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente, que pueden dar lugar a indemnización y que deben ser objeto de medidas preventivas.
- ▶ Que asimismo procuren introducir en sus disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas un derecho de indemnización, por causa de enfermedad profesional, para el trabajador afectado por una enfermedad que no figure en la referida lista, pero cuyo origen y carácter profesional puedan establecerse.

Quizás, para subrayar la importancia que tienen las enfermedades profesionales, nada mejor que reproducir lo señalado por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo: “las enfermedades siguen siendo responsables de aproximadamente 2,4 millones de muertes en todo el mundo cada año, incluidas 200.000 en Europa”³².

Por otra parte, debe señalarse que todo lo señalado en la letra C correspondiente a los accidentes de trabajo en relación con el Reglamento 883/04 es también de aplicación para las enfermedades profesionales, por lo que damos por reproducido lo allí señalado.

En consecuencia, vamos a referirnos en este punto a ciertos preceptos que específicamente regulan situaciones muy concretas sobre enfermedades profesionales. Así, el artículo 38 del Reglamento 883/04 señala: “Cuando la persona que ha contraído una enfermedad profesional haya ejercido, bajo la legislación de uno, dos o más Estados miembros, una actividad que, por su propia naturaleza, pueda provocar dicha enfermedad, las prestaciones a las que la víctima o sus supervivientes puedan aspirar se concederán exclusivamente en virtud de la legislación del único o del último de dichos Estados cuyas condiciones se hayan satisfecho”.

Además, el artículo 39 establece “En caso de agravación de una enfermedad profesional por la cual la persona que la padece ha recibido o está recibiendo prestaciones

31. DO L 238 de 25.9.2003.

32. <https://osha.europa.eu/fr/themes/work-related-diseases>.

al amparo de la legislación de un Estado miembro, se aplicarán las normas siguientes: a) si, desde que disfruta de las prestaciones, el interesado no ha ejercido bajo la legislación de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o propia que pueda provocar o agravar la enfermedad de que se trata, la institución competente del primer Estado miembro se hará cargo de las prestaciones, teniendo en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique; b) si, desde que disfruta de las prestaciones, el interesado ha ejercido una actividad de la naturaleza antes indicada bajo la legislación de otro Estado miembro, la institución competente del primer Estado miembro se hará cargo de las prestaciones, sin tener en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique. La institución competente del segundo Estado miembro concederá al interesado un complemento de cuantía igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a que hubiera tenido derecho antes de la agravación, según la legislación aplicada por la institución del segundo Estado, en el supuesto de que la enfermedad hubiese sobrevenido bajo la legislación de dicho Estado miembro”.

Comprendo que esta redacción es muy prosaica y enrevesada, por lo que me permito poner un ejemplo que pueda hacer más accesible la difícil lectura de estos preceptos. Trabajador español que trabaja en las minas de Bélgica y sufre una enfermedad profesional (silicosis). El trabajador ha ejercido solamente en Bélgica una actividad susceptible de provocar esa enfermedad profesional. Las prestaciones a las que la víctima o sus supérstites puedan aspirar se concederán exclusivamente en virtud de la legislación belga.

En el supuesto de que se agrave la incapacidad, si el trabajador no ha ejercido bajo la legislación de otro Estado miembro una actividad que pueda provocar o agravar la enfermedad de que se trata, la institución competente belga se hará cargo de las prestaciones, teniendo en cuenta la agravación. Ahora bien, si, por ejemplo, retorna a España y trabaja en las minas y se agrava la incapacidad, la institución competente belga continuará haciéndose cargo de las mismas prestaciones ya reconocidas, sin tener en cuenta la agravación. En cambio, la institución competente de España concederá al interesado un complemento igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a que hubiera tenido derecho antes de la agravación, según la legislación aplicada por España.

Debemos felicitarnos por la eliminación del apartado 5 del artículo 57 del Reglamento 1408/771 que establecía lo siguiente: “En caso de neumoconiosis esclerógena, la carga de las prestaciones en metálico, incluidas las rentas, se distribuirá entre las instituciones competentes de los Estados miembros en cuyo territorio la víctima haya ejercido una actividad que pueda provocar dicha enfermedad. La distribución será a prorrata de la duración de los períodos de seguro de vejez o de los períodos de residencia a los que se refiere el apartado 1 del artículo 45 cubiertos bajo la legislación de cada uno de dichos Estados, en relación con la duración total de los períodos de seguro de vejez o de residencia cubiertos bajo la legislación de todos estos Estados, en

la fecha en la que comiencen dichas prestaciones". Este precepto complicaba mucho el procedimiento y atrasaba el reconocimiento de las correspondientes prestaciones. Por ello, en la actualidad, ya no se realiza el reparto entre los distintos Estados y es el último Estado el competente y el que asume el coste de las pensiones o rentas. Bien es verdad que el cierre de muchas minas de carbón ha bajado la incidencia de la silicosis y, por tanto, de las magnitudes económicas resultantes.

Con respecto al cálculo de las prestaciones económicas, se ha hecho referencia en párrafos precedentes al artículo 36 apartado 3 del Reglamento 883/04, que se remite al artículo 21, apartado 2 de dicho Instrumento: "La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media, determinará dichos ingresos medios o dicha base de cotización media exclusivamente en función de los ingresos comprobados o de las bases de cotización aplicadas durante los períodos cubiertos bajo dicha legislación".

En este sentido, debe hacerse hincapié que una enfermedad profesional permanece a veces años oculta y no se visibiliza inmediatamente. De hecho, el diagnóstico puede retrasarse y el reconocimiento de la contingencia profesional casi nunca es inmediata. En consecuencia, los salarios a tener en cuenta, para el cálculo de la base reguladora, en virtud de la legislación del Estado competente, pueden ser muy antiguos.

A este respecto, conviene recordar la sentencia recaída en el asunto Fabien Nemec y Caisse régionale d'assurance maladie du Nord-Est³³, aplicable también en la actualidad, de la que se reproduce algunos considerandos:

"En efecto, conforme a tal normativa, en el caso de un trabajador migrante como el Sr. Nemec se aplica un método de cálculo de la ACAATA que toma como base un salario percibido hace más de 10 años y carente, por ello, de relación alguna con la situación actual del interesado, mientras que, en el caso de sus compañeros que continuaron trabajando en Francia, el salario que se tiene en cuenta es el último salario efectivo. De esta forma, dicho trabajador sufre una reducción de la cuantía de la prestación que habría percibido si no hubiera hecho uso de su derecho a la libre circulación.

Sin embargo, la obligación de no perjudicar a los trabajadores migrantes que han ejercitado su derecho de libre circulación no significa que el artículo 58, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71, al no permitir tener en cuenta para el cálculo de las prestaciones en metálico el salario percibido en otro Estado miembro, deba ser considerado contrario al objetivo fijado en el artículo 42 CE. En efecto, esta obligación sólo implica que para los trabajadores migrantes dichas prestaciones sean iguales a las que habrían percibido si no hubieran ejercitado su derecho de libre circulación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Lafuente Nieto, apartado 39º; Naranjo Arjona y otros, apartado 21º, y Grajera Rodríguez, apartado 18º).

33. Asunto 205/05. Sentencia de 9 de noviembre de 2006.

Así, en una situación como la que es objeto del procedimiento principal, aunque sólo debe computarse, conforme a lo previsto en el artículo 58, apartado 1º, del Reglamento nº 1408/71, el salario percibido en el Estado miembro de la institución competente, el importe de este salario debe ser actualizado y revalorizado, de manera que corresponda al salario que el interesado habría podido percibir razonablemente, habida cuenta de la evolución de su carrera profesional, si hubiera seguido desempeñando su actividad en el Estado miembro de que se trata (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Lafuente Nieto, apartado 40º; Naranjo Arjona y otros, apartado 22º, y Grajera Rodríguez, apartado 19º)".

Como puede apreciarse, lo que podría denominarse doctrina española, con la mención expresa de varias sentencias dictadas en relación con trabajadores migrantes españoles, tiene aquí una aplicación directa.

V. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 987/09

Los expertos denominamos, en nuestro argot, "Reglamento de aplicación" al Reglamento 987/09. Y con razón. Se trata de un Instrumento que establece normas procedimentales y de gestión que son imprescindibles para hacer efectivos los derechos. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, especialmente para el estudioso teórico, suelen ser pesadas y faltas de atractivo.

Lamentablemente, los artículos 33 a 41 del Reglamento 987/09 no se escapan de esta valoración por lo que vamos a fijarnos solamente en dos de ellos que pueden ofrecer cierto interés.

Información, comunicación, envío de formularios y documentos, certificados, declaraciones, notificaciones, controles, presentación de solicitudes y tramitación de las mismas son el contenido fundamental de estas normas que hacen posible que los derechos y obligaciones emanados de las normas de coordinación, sean mucho más que una mera entelequia con valor puramente virtual. Y es que la, tan a veces denostada, Colaboración Administrativa es el adhesivo y argamasa que mantiene el edificio jurídico de la coordinación unido y compacto.

Debe tenerse en cuenta que el elemento transfronterizo hace más complejo cualquier trámite y que una mera solicitud enviada a un Estado desde otro Estado implica y exige una serie de comprobaciones y gestiones que retrasa la adopción de la resolución de que se trate. Y, sin embargo, muchas veces, como puede ser en los casos de accidentes laborales o las enfermedades profesionales, la prontitud de la respuesta es básica. Por ello, aquí y ahora, quisiera honrar como se merecen a los redactores de estas normas y a los gestores que las aplican.

Para empezar una simple explicación. Un accidente puede ocurrir o una enfermedad puede diagnosticarse o manifestarse en un Estado Miembro que no sea el que se considera, teóricamente, competente. No obstante, la declaración de accidente laboral o enfermedad profesional corresponde únicamente al Estado de aseguramiento del interesado (Estado competente).

Efectuada esta aclaración, vayamos a la redacción el artículo 35 del Reglamento 987/09 que regula la concesión de prestaciones en especie a los accidentados o enfermos profesionales: "Cuando la institución competente entienda que no procede aplicar la legislación sobre accidentes de trabajo o sobre enfermedades profesionales con arreglo al artículo 36, apartado 2, del Reglamento de base, lo comunicará sin demora a la institución del lugar de residencia o de estancia que haya servido las prestaciones en especie, que pasarán a ser consideradas, en tal supuesto, correspondientes al seguro de enfermedad. 2. Tan pronto como tome una decisión definitiva al respecto, la institución competente la comunicará sin demora a la institución del lugar de residencia o de estancia que haya servido las prestaciones en especie. Cuando no se constate un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se seguirán sirviendo las prestaciones en especie como prestaciones por enfermedad si el afectado tuviera derecho a ellas. Cuando se constate un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, las prestaciones en especie facilitadas al interesado se considerarán prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional desde la fecha en que ocurrió el accidente laboral o haya sido diagnosticada médicamente por primera vez la enfermedad profesional".

Como podrá apreciarse, se trata de un procedimiento lleno de incertidumbre, especialmente para los trabajadores desplazados, que pueden, sobre todo, sufrir un accidente de trabajo en el Estado de empleo y necesitar un tratamiento urgente, por lo que, lo más probable, reciban, en la duda de si se trata de una contingencia común o profesional, la asistencia sanitaria por enfermedad común y no por accidente laboral.

Por último, el artículo 39 del Reglamento 987/08 contempla la toma en consideración de los accidentes anteriores o posteriores en un Estado en cuya legislación no se distingue entre el carácter profesional o no de una incapacidad.

VI. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ASIMILACIÓN. ARTICULO 5 REGLAMENTO 883/04. LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Una de las novedades más importantes del Reglamento 883/04 ha sido la aprobación del artículo 5 "Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos", que fue introducido por el Parlamento Europeo como principio independiente del principio de igualdad de trato.

En efecto, en la propuesta originaria de la Comisión Europea de 21 de diciembre de 1998 figuraba la asimilación de prestaciones y de beneficios dentro del artículo correspondiente a la igualdad de trato. Sin embargo, la articulación del principio de asimilación como elemento propio y explícito se logra cuando el Parlamento Europeo propone y aprueba un artículo separado (5) que comprende prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos³⁴.

34. Para más información, ver García de Cortázar Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018, pp. 3-18. <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.02>.

Concretamente el apartado b) del artículo 5 del Reglamento 883/04 señala: “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”.

Dada la juventud de este principio, todavía no existe una jurisprudencia de la Unión clara que elimine todas las dificultades de interpretación. Sin embargo, y sin ánimo de ser exhaustivos, ya con anterioridad a la aprobación del Reglamento 883/04, el Tribunal de Justicia³⁵ había fijado algunos conceptos y orientaciones para ilustrar este principio³⁶. De hecho, en el considerando número 9 del Reglamento 883/04 se establece: “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.

Nada mejor que, para adentrarnos en este principio, utilizar una explicación, al respecto, de la Comisión Europea³⁷, de la que recogemos textualmente unos párrafos: “Los hechos y acontecimientos a que se refiere el artículo 5, letra b), del Reglamento 883/04 deben entenderse como cualquier circunstancia o condición de carácter jurídico o fáctico, como el carácter del trabajo o contrato de trabajo, servicio militar, estudios o estado civil, que sean relevantes para el establecimiento del derecho a la prestación o su cálculo, o en cuanto a las obligaciones de la persona en cuestión”. “Para la evaluación de los hechos o acontecimientos, el Estado miembro aplicará, mutatis mutandis, criterios establecidos por su propia legislación. El Principio de igualdad de trato de prestaciones, ingresos, hechos o eventos, establecido en el artículo 5 del Reglamento 883/2004, es de carácter general y se aplica a todas las situaciones cubiertas por el Reglamento, salvo disposición en contrario., como por ejemplo el artículo 14 (4) del Reglamento 883/2004 y el artículo 22 (2) del Reglamento 987/2009”.

Vayamos a la interpretación que de este principio realiza el Tribunal Supremo en ATS, 10 de febrero de 2016 (número de recurso: 1288/2015)³⁸.

Los hechos y situaciones objeto de este inadmitido recurso de casación eran los siguientes:

35. Ver, entre otras sentencias, Case C-290/00 (Duchon); Case 20/88 (Roviello); Case C-439/78 (Paraschi); Case 131/96 (Mora Romero); C-443/93 (Vougioukas); Case 373-02 (Öztürk); C-228/88 (Bronzino); Case 507/06 (Kloppel); Case 372/02 (Adanez-Vega); Case 278/94 (Commission/Belgium); Case 258/04 (Ioannidis); Case 28/00 (Kauer) Case-257/10, Bergström Case-522/10, Reichel- Case-523/13, Larcher Case-453/14, Knauer Case-284/15, ONEm.

36. Para un estudio completo sobre el tema ver Analytical report 2016 (FresSco), *The principle of Assimilation of Facts*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2016.

37. *Principle of assimilation of facts and events*. European Commission. Disponible en <https://www.mpsvr.sk/files/slovensky/ministerstvo/medzinarodna-spolupraca/koordinacia-systemov-sz/uradne-dokumenty/vysvetlujuca-poznamka/assimilation-of-facts-events-and-benefits.pdf>.

38. ATS, 10 de febrero de 2016 en el Recurso 1288/2015.

- ▶ La demandante Doña Matilde y Don Hipólito vivían como pareja de hecho desde hacía más de 25 años, y los 8 últimos en el municipio portugués de Monçao. Tenían un hijo en común.
- ▶ El causante falleció el 13 de octubre de 2011 por accidente de trabajo cuando prestaba servicios para una empresa de Vigo. La mutua le denegó a la recurrente la pensión de viudedad por no acreditar la situación de pareja de hecho.
- ▶ Según la Ley 7/2001 de la República Portuguesa, la unión de hecho es una situación jurídica de dos personas que, independientemente del sexo, viven en condiciones análogas a las de los cónyuges por más de dos años.
- ▶ La sentencia recurrida ha desestimado el recurso de suplicación, no admitiendo el reconocimiento de que los interesados constituían una pareja de hecho conforme a la legislación portuguesa que pudiera asimilarse a la legislación española.

Reproduzcamos algunos párrafos del auto en cuestión:

- ▶ Por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Vigo se dictó sentencia en fecha 22 de noviembre de 2012, en el procedimiento nº 370/2012, sobre pensión de viudedad, que desestimaba la pretensión formulada.
- ▶ Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 28 de enero de 2015, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.
- ▶ Por escrito de fecha 30 de marzo de 2015, se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.
- ▶ Se declara la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 28 de enero de 2015, en el recurso de suplicación número 763/2013, sobre pensión de viudedad.

Con los datos facilitados parece claro que nos encontraríamos en un caso de posible aplicación del artículo 5 letra b del Reglamento 883/04. La pareja de hecho reconocida en Portugal podría o debería, teórica o hipotéticamente, asimilarse a la pareja de hecho registrada en España. Sin embargo, el Tribunal Supremo, reproduciendo la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, realiza una interpretación *sui generis* del artículo 5 que, cuando menos, resulta sorprendente.

Reproduzco cuasi textualmente los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia³⁹, recogidos por el Tribunal Supremo, que han sido esenciales para la decisión final.

39. STSJ GAL 1020/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:1020. Sentencia de 28 de enero de 2015.

- ▶ El Considerando 11 del Reglamento 883/04, “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”, no permite esta asimilación en tanto en cuanto con ello se estaría aplicando la legislación portuguesa, cuando, precisamente, el considerando 11 del Reglamento antes transcrito impide que la regla de asimilación de hechos posibilite aplicar la legislación de ese otro Estado miembro donde ha ocurrido el hecho que se pretende asimilar. Y es que en este caso no se trata de asimilar un simple hecho, sino de una situación jurídica que precisa, previamente, de la aplicación de la legislación portuguesa.
- ▶ En el presente caso, no es posible asimilar la condición de pareja de hecho de la que goza la actora en Portugal como si también la tuviera en España, pues para asimilar ese hecho debe aplicarse previamente la legislación portuguesa, lo que en ningún caso puede producirse. Debe añadirse que, de asimilarse esa situación jurídica, se haría de mejor derecho a la actora en relación a una ciudadana española, por ejemplo, con vecindad civil en la Comunidad Autónoma de Galicia, donde se le exige la inscripción en un registro especial de parejas de hecho, cuando a la actora le bastaría con un certificado de la junta de su barrio acompañada de una simple declaración de la propia interesada.

Ninguno de estos argumentos me parece adecuados ni creo que responden al objetivo del legislador de la Unión al adoptar el artículo 5 del Reglamento 883/04.

En primer lugar, debemos remitirnos a la Ley portuguesa de 7 de mayo del 2001 para examinar la regulación de las parejas de hecho, cuyo artículo 1 señala: “La unión de hecho es una situación jurídica de dos personas que independientemente del sexo, viven en condiciones análogas a la de dos cónyuges más de dos años”. Además, el artículo 2, al referirse a la prueba de la unión de hecho, establece el requisito de “una declaración emitida por la Junta de Freguesía competente que deberá ir acompañada con una declaración de los dos miembros de la Unión de hecho de que viven conjuntamente más de dos años”. Es decir, no deberían surgir dudas de que, en virtud de la legislación portuguesa, existía una unión de hecho reconocida.

La unión de hecho en virtud de la legislación portuguesa tiene unos efectos jurídicos, en materia de Seguridad Social, similar a las parejas de hecho españolas. Así, la ley contempla: “*Protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei; Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei*” (Protección social en caso de fallecimiento del beneficiario, por aplicación del régimen general o de los regímenes especiales de seguridad social y de esta ley. Beneficios por fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional, por aplicación de los respectivos regímenes legales y esta ley)⁴⁰.

40. Traducción del autor.

Antes de entrar en consideraciones jurídicas, debemos recordar que las normas de coordinación de regímenes de Seguridad Social tienen como objetivo eliminar barreras e impedimentos en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. A tal efecto, nos remitimos a la Directiva 2004/38/CE 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 miembros⁴¹. Pues bien, el artículo 2 de dicho precepto jurídico considera “como miembro de familia al cónyuge y a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida”. Ergo, la pareja de hecho, reconocida en España y Portugal puede y/o debe ser objeto de protección como sujeto de derechos del principio de libre circulación de trabajadores.

Convendría reproducir dos considerandos del Reglamento 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión⁴²: “La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia”. “Tal derecho debe reconocerse indistintamente a los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios”.

En consecuencia, tanto el trabajador fronterizo como los miembros de su familia (en este caso su pareja de hecho) entran dentro del marco de protección del principio de libre circulación de trabajadores.

Considero importante, para entender la esencia del artículo 5 del Reglamento 883/04, ofrecer algún ejemplo paradigmático de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia que puede servir para comprender los efectos extraterritoriales de determinados actos jurídicos. Comencemos con un tema controvertido: el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Debe señalarse que solamente en unos pocos países se reconoce esta figura. Ahora bien, tenemos que preguntarnos en relación con la libre circulación, ¿debe un Estado que no contempla estos tipos de matrimonio aceptar estos matrimonios contraídos en otros Estados o bien puede rechazarlos, en base al orden público?, o en otras palabras, para acercarnos a la problemática de las parejas de hecho, ¿solamente los cónyuges o parejas de hecho considerados exactamente por la legislación del Estado de que se trate pueden ser considerados como tales o también figuras similares establecidas en otros Estados deben ser reconocidas por el Estado en cuestión? Por supuesto, si la figura de pareja de hecho no existe en un Estado, no cabe reconocimiento ni asimilación de una pareja de hecho establecida en virtud de la legislación de otro Estado. En concreto, se trata de asimilar instituciones similares, pero no idénticas. Por ejemplo, los cónyuges del mismo sexo pueden ser asimilados a cónyuges de

41. Diario Oficial de la Unión Europea de 29.6.2004. L 229/35.

42. Diario Oficial de la Unión Europea L 141/1 de 27.5.2011

distinto sexo, aunque en un Estado no se reconozca dicho matrimonio. Pero también puede ocurrir que en un Estado A la edad mínima para contraer matrimonio sea, por ejemplo 15 años y en otro Estado B sea 16 años. ¿Podría el Estado B no reconocer el matrimonio contraído en el Estado A?

La respuesta la encontramos en el Asunto Coman⁴³ en el que se dilucidaba si un matrimonio entre personas del mismo sexo, contraído en Bélgica, debía ser reconocido, a efectos de la libre circulación de personas, en la República de Rumanía, que no contempla en su legislación dicho matrimonio.

La Corte de Justicia declaró: “De ello se deduce que la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro a reconocer, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia, el matrimonio del mismo sexo, nacional contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, concluyendo “el artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro denieguen la concesión de un derecho de residencia debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo”.

Como añadido, me gustaría remitirme a las Conclusiones del Abogado General, en este Asunto, Melchior Wathelet, que sugiere que la situación familiar se vincula estrechamente al interesado que la trasporta cuando se desplaza: “ Por último, una interpretación del concepto de «cónyuge» independiente de la cuestión del sexo de las personas de que se trata también puede garantizar un alto nivel de seguridad jurídica y de transparencia, dado que el ciudadano de la Unión que haya contraído matrimonio legalmente sabe que su consorte, con independencia de su sexo, será considerado su cónyuge en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38 en los otros 27 Estados miembros de la Unión”.

Pues bien, sustituyan el término cónyuge por pareja de hecho entre Estados en cuya legislación se contempla esa figura jurídica. Por supuesto, no se puede exigir que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean idénticas, porque probablemente nunca sea así y privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos. Deberían bastar unas ciertas similitudes.

Volvamos al Auto en cuestión. El Tribunal Supremo realiza una interpretación del considerando 11 que anula totalmente la validez del artículo 5.b al confundir competencia y asimilación.

Una primera afirmación: Las disposiciones del Reglamento 883/04 que determinan el Estado competente y, como consecuencia, la correspondiente legislación aplicable, establecidas en los artículos 11 a 16, no deben someterse al principio de asimilación de hechos, consagrado en el artículo 5.

43. Asunto C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept e Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne.

Por ejemplo, deben quedar fuera del campo de aplicación material del artículo 5, los hechos o acontecimientos que constituyen el vínculo genuino que determina la competencia de un Estado miembro concreto, con exclusión de todos los demás miembros. Y este era el objetivo del legislador de la Unión al adoptar el Considerando 11: El artículo 5 no puede modificar el Estado competente. Este debe establecerse únicamente en base a los Artículos 11 a 16 del Reglamento 883/04. Nada que oponer. No obstante, una vez que se ha determinado quien es el Estado competente, entra en juego el artículo 5 del Reglamento 883/04. Es decir, el Artículo 5 es aplicable *ex post*.

Un ejemplo puede ilustrar lo que el legislador quería evitar. Imaginemos un Estado A en el que trabaja una persona (“el trabajador que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”). Dicho Estado sería considerado como competente en virtud del Artículo 11. Imaginemos una interpretación amplia del artículo 5. Un Estado B, donde no trabaja el interesado, podría ser considerado como competente porque se podría realizar la ficción asimilativa de que trabaja allí. Lo mismo podría decirse de la residencia de un pensionista en un Estado A (“cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia”) que se asimilase a la residencia en un Estado B y que, en consecuencia, podría considerarse como competente.

Supongo que el lector habrá pensado lo mismo que yo. Esta es una interpretación absurda. Totalmente de acuerdo. Sería el fin de la coordinación. Todos los Estados se transformarían, por asimilación, en competentes. Por eso, y con esta perspectiva, debe interpretarse el tenor del considerando 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”. Es decir, en los casos descritos, ni el Estado B se convierte en competente ni puede aplicarse su legislación para reconocer prestaciones o proceder al aseguramiento de una persona.

El proceso debería ser el siguiente: En primer lugar, se debe fijar, con los artículos 11 a 16 del Reglamento 883/04, quien es el Estado y legislación competente. Acto seguido, ese Estado competente debe aplicar, si fuera necesario, el artículo 5. En este sentido, en el asunto que estamos analizando, España que es el Estado competente por aplicación del Artículo 11 del Reglamento, debe tener en cuenta los hechos ocurridos en Portugal (pareja de hecho) y su tratamiento jurídico y proceder a examinar la asimilación tal como se desprende del referido artículo 5.

Vayamos a la segunda cuestión. ¿Qué son hechos o acontecimientos? Utilicemos el recurso del ejemplo. Pueden ser simples circunstancias: enfermedad, embarazo, edad, pero también hechos legales (= institucionales) como cónyuge, hijo, pareja de hecho, servicio militar o civil, trabajo etc. Ahora bien, estos conceptos fácticos y/o jurídicos deben establecerse en base a la legislación donde se producen u originan. Por ejemplo, para reconocer por parte Francia una pensión de viudedad a un cónyuge superviviente de Bulgaria, se tendrá en cuenta si el matrimonio está reconocido por Bulgaria, sin que sea necesario que Francia verifique si el matrimonio podría haberse celebrado en virtud de su legislación. Pues, de manera similar, con algunas

matizaciones, podría actuarse en relación con una pareja de hecho. En el ejemplo anterior, Francia es el competente para el reconocimiento de la pensión. Sin embargo, para establecer si se ha celebrado el matrimonio debe tenerse en cuenta la legislación de Bulgaria sin que esto le/la convierta, en virtud del artículo 5 del Reglamento 883/04, en Estado competente.

En el caso expuesto del matrimonio del mismo sexo, el Estado competente era Rumanía. El matrimonio se celebró en virtud de la legislación belga. Bélgica no se convierte en Estado competente porque Rumanía tenga en cuenta su legislación.

Debemos recordar que el principio de asimilación ya existía, de manera implícita, en la jurisprudencia comunitaria. De hecho, el artículo 5 integra esta jurisprudencia, la explícita, articula y la hace relevante.

No voy a referirme a la decena de sentencias que sobre este particular fueron dictadas en su día por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, voy a analizar algunas significativas. Comencemos por el Asunto Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse⁴⁴.

El señor Bronzino, de nacionalidad italiana, vio rechazada la prestación por hijos a cargo de sus tres hijos que residían en Italia y estaban registrados allí como personas desempleadas en busca de empleo. La denegación se basó en el hecho de que los hijos del Sr. Bronzino no estaban a disposición de la oficina de empleo alemana, lo que era una condición para la concesión del subsidio por hijos desempleados. El TJUE sostuvo "Procede destacar, a continuación, que Reglamento 1408/71 pretende evitar que un Estado miembro pueda denegar las prestaciones familiares por el hecho de que los miembros de la familia del trabajador residan en un Estado miembro diferente del Estado que las concede. En efecto, tal denegación podría disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación, y constituiría, por tanto, un obstáculo a esta libertad. De ello se deduce que un requisito por el cual, para causar derecho a determinadas prestaciones familiares, el hijo del trabajador debe estar a disposición de la oficina de empleo del Estado miembro que concede la prestación, requisito que sólo puede cumplirse si el hijo reside en el territorio de este último Estado, entra dentro del ámbito de aplicación de esta norma y que, por tanto, debe considerarse cumplido cuando el hijo se encuentra a disposición de la oficina de empleo en el Estado miembro en que reside. Es decir, en este caso el Estado competente para reconocer las prestaciones era Alemania. Ahora bien, a la hora de conocer si se cumplía el requisito de que los interesados estuvieran debidamente registrados en las Oficinas de empleo en Italia, debería consultarse la legislación de Italia sin que esto la hubiera convertido en Estado competente.

Continuando con otros asuntos jurisprudenciales, debo referirme, sin entrar en un debate doctrinal, a la sentencia Mora Romero⁴⁵ que fue analizada, a mi entender, de manera errónea por el Tribunal Supremo. Baste una primera observación. Si se plantease este problema en la actualidad, sería aplicable el artículo 5 del Reglamento 883/04. El Estado competente sería Alemania. El hecho o acontecimiento –servicio

44. Asunto C-228/88.

45. Asunto C-131/96.

militar– tendría lugar en España. La legislación española debería tenerse en cuenta para valorar si el interesado estaba realizando realmente el servicio militar. Esto, por supuesto, no implicaría que España se convirtiese en Estado competente a los efectos del Reglamento 883/04. Es decir, el servicio militar en otro Estado miembro (España) se asimila al servicio militar en las fuerzas armadas alemanas.

La razón del legislador de la Unión al adoptar el artículo 5 del Reglamento 883/04 era evitar que se produjera una discriminación indirecta o encubierta. En realidad, este precepto es más amplio que la simple igualdad de trato. De hecho, la existencia de una situación de posible discriminación indirecta es prácticamente la condición previa para que se active el artículo 5. Pues bien, la exigencia de que en el asunto en cuestión los interesados estuvieran inscritos en el Registro de parejas de hecho de La Coruña, o de otra parte de España, es una clara discriminación indirecta para el fallecido, trabajador fronterizo que residía con su pareja en Monçao (a 30 kilómetros de Vigo), y para su pareja supérstite.

En efecto, resultaba imposible la inscripción en el Registro de La Coruña porque los interesados no tenían su domicilio allí. Solamente podría inscribirse en donde residían. Ergo, la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de La Coruña o en otro de España era un imposible que, precisamente, podía y debía superarse con la aplicación del artículo 5, aceptando la unión de hecho de Monçao como si fuera una unión de hecho en España. De otro modo, ningún trabajador fronterizo podría acogerse a la protección que otorga España a las parejas de hecho.

Debe recordarse el Considerando 8 del Reglamento 883/04: “El principio de igualdad de trato reviste una importancia especial para los trabajadores que no residen en el Estado miembro en el que trabajan, incluidos los trabajadores fronterizos”. Habría que plantearse la cuestión de qué pasaría si en vez de Monçao los interesados hubieran residido en Oviedo y estuvieran registrados allí. ¿También se analizaría si se cumplen los requisitos que exige la Coruña para la inscripción? ¿Se asimilaría la inscripción en Oviedo a la de la Coruña? Dado que no existe una Ley estatal sobre parejas de hecho en España, al contrario que en Portugal, ¿qué norma se aplicaría, la de la Comunidad Autónoma de Galicia o la de Asturias?

Considero, por tanto, que la exigencia de que la pareja de hecho esté inscrita en La Coruña o en otro Registro de España es una discriminación encubierta o indirecta que perjudica fundamentalmente a los trabajadores migrantes. Si se aplicase, con carácter general, la interpretación del Tribunal Supremo, las parejas de hecho de cualquier Estado no serían reconocidas por España ya que, según el Tribunal, el artículo 5 del Reglamento 883/04 lo impediría, en base a que esto supondría que “se está aplicando la legislación de otro Estado que se convertiría Estado en competente”.

Esta interpretación, además, chocaría con Real Decreto 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 Europeo⁴⁶. Así, en su artículo 2, se admiten las parejas de hecho

46. BOE núm. 51, de 28/02/2007.

explícitamente: “La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo”. “En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea Europeo y el tiempo de convivencia”. “En el caso de pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada”. Se recuerda que la pareja portuguesa tenía un hijo en común.

Entiendo que las consideraciones que el Tribunal Supremo realiza sobre el considerando 11 conllevarían la nulidad del artículo 5 y el reconocimiento expreso perpetuo de una discriminación indirecta. Por la misma razón, el matrimonio o la filiación, por ejemplo, en un Estado no podrían asimilarse en España porque eso implicaría que se está aplicando la legislación de otro Estado, lo que estaría prohibido, según el Tribunal Supremo, por el Considerando 11.

Pasemos a otro tema. El Considerando número 8 señala: “Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados”.

Conviene recordar, en primer lugar, que la estabilidad de la pareja de hecho de este Asunto parece demostrada, ya que, tal como se recoge en la sentencia, los interesados convivían hacía 25 años, 8 de ellos en Monçao, y que eran progenitores de un hijo común.

Analicemos el principio de proporcionalidad o, con otras palabras, el principio de equidad. Recuerdo que el legislador no ha mencionado, en ningún caso, al principio de identidad.

El artículo 5 presupone que las autoridades nacionales no pueden exigir que las condiciones de los otros Estados sean idénticas a las propias. No es posible, por tanto, que una unión de hecho tenga los mismos requisitos, modalidades, procedimientos, formalidades y consecuencias en un Estado o en otro. Identidad no es similitud. Si se exigiera que esas condiciones fueran idénticas, el examen comparativo carecería, *de facto*, de todo efecto práctico, ya que parece poco probable que las disposiciones legislativas de dos Estados miembros sean idénticas en todos los aspectos.

Ahora bien, tampoco se puede demandar una asimilación automática, pues esto privaría a los legisladores nacionales de su competencia en materia de protección social. En consecuencia, en el presente caso, el método a utilizar es el análisis de proporcionalidad, para, primeramente, identificar los objetivos legítimos de la legislación nacional española y portuguesa y evaluar si estos objetivos son comparables.

Pues bien, las finalidades del reconocimiento jurídico de las parejas de hecho por parte de Portugal y de España son equivalentes. La protección social en caso de fallecimiento es idéntica. Los procedimientos formales, lógicamente son distintos, pero ambos, los de España y Portugal, son garantistas, ofrecen seguridad jurídica y son controlados por Organismos públicos.

Debe recordarse que el imperativo y finalidad del artículo 5 es, principalmente, tratar diferentes situaciones como si fueran similares, pero reconociendo que existen esas diferencias. También a la luz de los Asuntos ante el TJUE, cuyas sentencias fueron construyendo el principio de asimilación de hechos, se aceptaron diferencias al tratar hechos. Así, al tratar los servicios militares de diferentes países como si fueran iguales, no surge el impedimento de si la duración de estos servicios difiere entre sí. O bien, como en el Asunto Roviello, la situación de un hijo desempleado debe tratarse de la misma forma, aunque existan diferencias en las estructuras y condiciones del mercado de trabajo del Estado de residencia de los hijos (Italia) y el Estado competente (Alemania).

Para completar esta argumentación, nada mejor que remitirnos al Asunto Larcher⁴⁷. A tal efecto, unas explicaciones previas que facilitarán la comprensión del principio de proporcionalidad.

El Sr. Larcher estaba domiciliado en Austria. Durante más de 29 años trabajó en Alemania, donde estuvo afiliado. El 1 de diciembre de 2000 comenzó a trabajar en Austria a tiempo completo. A partir del 1 de marzo de 2004 se benefició de una reducción de su tiempo de trabajo semanal normal (de 38,5 horas, a 15,4 horas). Esas 15,4 horas correspondían al 40% del tiempo de trabajo semanal que hasta entonces efectuaba el Sr. Larcher.

En 2006, el Sr. Larcher solicitó a la Deutsche Rentenversicherung Bayern Süd de Alemania una pensión de vejez anticipada basada en un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación. Esta solicitud fue desestimada porque el Sr. Larcher no había cumplido el período de trabajo a tiempo parcial conforme a las disposiciones de la normativa alemana. Las Instituciones alemanas que aceptaban el trabajo reducido en Austria (asimilación), argumentaban, sin embargo, que el Sr. Larcher no había reducido su tiempo de trabajo en Austria al 50% del trabajo semanal, como exige la legislación alemana, sino solo el 40%. En consecuencia, la solicitud debía ser denegada.

La razón de citar esta sentencia es que establece algunos elementos importantes para valorar el principio de la proporcionalidad en el ámbito de la asimilación. A tal efecto, algunos considerandos:

- ▶ Para que en un Estado miembro se reconozca un trabajo a tiempo parcial (hecho y situación jurídica) conforme a la normativa de otro Estado miembro, ha de procederse a un examen comparativo de los requisitos de aplicación de los dos regímenes y el grado de concordancia de los mismos.
- ▶ Los Estados miembros están obligados a garantizar, lo mejor posible, la igualdad de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en su territorio, así como a no penalizar a los que ejerciten su derecho a la libre circulación.
- ▶ El Reglamento N° 1408/71 se opone a que un Estado miembro deniegue sistemáticamente la toma en consideración, a los efectos de otorgar una

47. Asunto C-523/13.

pensión de jubilación en su territorio, de un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación que se ha desarrollado con arreglo a las disposiciones normativas de otro Estado miembro,

- ▶ Las autoridades nacionales deben realizar un examen comparativo de los dos regímenes. Las autoridades de un Estado miembro deben evaluar si los requisitos exigidos en otro Estado miembro permiten alcanzar los objetivos legítimos que, en ese primer Estado miembro se persiguen. Dichas autoridades no pueden exigir que los requisitos sean idénticos.
- ▶ No está excluido que un solo y mismo objetivo pueda alcanzarse por diferentes medios.
- ▶ La exigencia de la identidad de esas condiciones conduce, de hecho, a privar de efecto útil al examen en cuestión, puesto que parece poco probable que las disposiciones normativas de dos Estados miembros sean iguales en todos los puntos.
- ▶ Ha de señalarse que la asimilación debe hacerse caso por caso y que, las diferencias menores, al no tener influencia considerable sobre la consecución de los objetivos perseguidos, no pueden tenerse en cuenta para negar la equivalencia
- ▶ Ha de subrayarse que ha quedado acreditado que los regímenes de que se trata en el litigio principal persiguen los mismos objetivos, a saber, garantizar a los trabajadores una buena transición hacia la jubilación y que las condiciones de aplicación de dichos regímenes son muy similares, puesto que la reducción del tiempo de trabajo previsto en el marco del régimen alemán es del 50% y la prevista en el marco del régimen austriaco era del 40%. Por lo tanto, una diferencia del horario de trabajo no tiene suficiente entidad como para comprometer la consecución de los objetivos de política social que se persigue.

En resumen, me parece que esta sentencia establece el método que debe ser utilizado a la hora de aplicar el artículo 5 del Reglamento y sería perfectamente trasladable al asunto objeto de este estudio.

Por otra parte, se alega por el Tribunal Supremo que el principio de asimilación es subsidiario. No estoy de acuerdo. Por supuesto, este principio no es absoluto. En realidad, ninguno de los principios de la coordinación lo son. De hecho, todos tienen excepciones, pero estas deben ser expresas. También en el caso de asimilación. Un ejemplo puede servir. El artículo 14 establece: "Cuando la legislación de un Estado miembro supedite 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". Es decir, en este precepto se reconoce la efectividad del artículo 5, si bien se modula, expresamente, su campo de aplicación. *A sensu contrario*, en todos los demás supuestos, la

única limitación posible debe ser consecuencia del principio de proporcionalidad que, por cierto, se debe aplicar a todos los principios generales del derecho.

Como conclusión, algunos puntos esenciales del principio de asimilación contenido en el artículo 5 del Reglamento 883/04:

- ▶ No puede negarse sistemáticamente la asimilación, porque sería una violación de la igualdad de trato.
- ▶ Tampoco se obliga a una asimilación automática, pues esto privaría a los legisladores nacionales de su competencia en materia de protección social.
- ▶ La proporcionalidad juega un rol esencial. De conformidad con la Jurisprudencia del TJUE el análisis de la proporcionalidad debe basarse en los objetivos y finalidad de las medidas, su funcionalidad, sus elementos y su motivación. El mismo objetivo se puede lograr por varios medios.
- ▶ No puede exigirse que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean idénticas porque probablemente nunca sea así y privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos.
- ▶ El elemento esencial es la equivalencia y analogía funcional.

Apliquemos todos estos criterios al asunto que se está examinando. Para ello, debe recordarse que las parejas de hecho de otros Estados están reconocidas en España por aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero⁴⁸, en el ámbito del principio de la libre circulación de personas, que es la base y fundamento del Reglamento 883/04.

Pues bien, parece un contrasentido que en el ámbito de la libre circulación las propias Autoridades españolas reconocen la pareja de hecho en otro Estado (asimilación) y, en cambio, a la hora de aplicar el Reglamento 883/04, que contiene un artículo específico para la asimilación, no se reconozca la pareja de hecho establecida en Portugal. Habría que preguntarse entonces qué valor añadido aporta el nuevo artículo 5 del Reglamento 883/04.

En resumen, todos los argumentos respaldan el reconocimiento por parte de España, en base al artículo 5 del Reglamento 883/04, de las parejas de hecho portuguesas, sobre todo en relación con los trabajadores fronterizos.

La idea de que el Considerando 11 del Reglamento 883/04 lo prohíbe no es aceptable porque dejaría sin efecto el artículo 5 del Reglamento 883/04, tal como se ha explicado en párrafos precedentes. Nos remitimos a ellos.

48. "La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo". "En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea y el tiempo de convivencia". "En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados y el tiempo de convivencia". "En el caso de pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada".

Además, el principio de proporcionalidad, contenido en el Considerando 8, también abogaría por este reconocimiento ya que entre las disposiciones portuguesas (ley nacional) y la española (leyes autonómicas que pueden ser distintas) existe una analogía funcional y material que es lo que requiere el TJUE a la hora de la aplicación del principio de asimilación. Motivación, finalidad y efectos en materia de seguridad social entre el régimen portugués y el español son similares y casi idénticos. El hecho que la prueba de la pareja de hecho sea un registro o una declaración formal de la Junta de Freguesía (Organismo público) no parece constituir una diferencia esencial.

En el auto y en la sentencia comentadas se alega que, si se aplicase la asimilación contemplada en el Artículo 5 del Reglamento 883/04, “se haría de mejor derecho a la actora en relación a una ciudadana española, por ejemplo, con vecindad civil en la CCAA de Galicia donde se le exige la inscripción en un registro especial de parejas de hecho, cuando a la actora le bastaría con un certificado de la junta de su barrio acompañada de una simple declaración de la propia interesada”.

Realmente no puedo compartir esta argumentación. No pienso que el artículo 5 del Reglamento 883/04 favorecería a la interesada. Son dos situaciones diferentes las de la actora y las de una posible ciudadana española que no ha hecho uso de la libre circulación. Así se reconoce indirectamente en el Asunto Larcher, examinado en párrafos precedentes. No pueden tomarse elementos por separado sino el conjunto de la situación. De otro modo no se habría aceptado una reducción de la jornada de trabajo del 40% en Austria cuando en Alemania se exigía el 50%. Es decir, teóricamente se estaría tratando mejor al trabajador migrante que al sedentario.

De todos modos, aunque existiera una pequeña ventaja para el trabajador migrante o sus familiares, que no se da a mi entender en el presente caso, nada mejor que volver a la jurisprudencia del TJUE en relación con la dialéctica Derecho nacional/ Derecho europeo. Así, en el Asunto Mura⁴⁹ textualmente se señala:

- ▶ “Considerando que la objeción de que los trabajadores migrantes se verían favorecidos respecto a los trabajadores que nunca salieron de su país no puede ser tenida en cuenta, ya que no se puede apreciar una discriminación en el caso de situaciones jurídicas que no son comparables”.
- ▶ “Que las eventuales divergencias que puedan en su caso beneficiar a los trabajadores migrantes no se deben a la interpretación del Derecho comunitario, sino a la inexistencia de un régimen común de Seguridad Social o a que no se han armonizado los regímenes nacionales existentes, lo que no puede paliarse con la mera coordinación actualmente en vigor”.

Por supuesto, todas las explicaciones precedentes sirven para el caso concreto que estamos examinado, pero no pueden ser aplicables o extensibles a todas las parejas de hecho de todos los Estados. De ningún modo. Imaginemos una legislación de otro Estado que regula las parejas de hecho exclusivamente a efectos de

49. Asunto 22/77.

empadronamiento. En este caso, para mí, no existiría analogía funcional con la regulación española sobre parejas de hecho y, sobre todo, con los derechos en materia de pensiones de supervivencia.

Me parece que se ha perdido una oportunidad magnífica de elevar, por parte de los Tribunales españoles, una cuestión prejudicial al TJUE tal como han hecho los jueces de otros Estados. Quizás haya tiempo todavía en otro caso similar. Porque me temo que, a falta de cuestión prejudicial, si se mantiene las tesis del Tribunal Supremo sobre el Artículo 5 del Reglamento 883/04, la Comisión podría iniciar un procedimiento de infracción contra España por aplicación discriminatoria del referido artículo en relación con el Considerando número 11. De todos modos, estoy abierto, en cualquier momento, a entablar un debate abierto al respecto si, con ello, pudiera aclararse la interpretación de un precepto que me parece capital del Reglamento 883/04.

VII. LA SITUACION DE LOS INTERESADOS. LA RULETA RUSA

Debe señalarse que el capítulo de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales del Reglamento 883/04 no plantea realmente grandes problemas a las Administraciones nacionales ni al TJUE que, en este ámbito, parece en calma y en parte sedado. Ahora bien, puede, en cambio, generar incertidumbre e inseguridad a los accidentados. En efecto, en muchas legislaciones el accidente de trabajo tiene tal “*vis atractiva*” que excluye cualquier otra opción. Así, el reconocimiento de una incapacidad permanente por accidente de trabajo impide el reconocimiento simultáneo o sucesivo de otra incapacidad por contingencia distinta. No obstante, en algunas legislaciones se permite la acumulación con o sin reducción de cuantías.

A este respecto, puede afirmarse que en determinadas situaciones la regulación del accidente laboral puede ser una lotería. En efecto, el reconocimiento de las pensiones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de riesgos comunes se sustentan sobre el respeto máximo al principio del mantenimiento de los derechos en curso de adquisición a través de la relación períodos de seguro/prestación. Todas las legislaciones, bajo las cuales el trabajador ha cubierto períodos, intervienen a través de la técnica de totalización y prorrateo en el reconocimiento y cálculo de la cuantía de la pensión. Sin embargo, no es este el caso de las rentas por accidentes de trabajo. Aquí, solamente es competente la legislación bajo la que se ha producido el accidente, pudiendo decaer todas las demás legislaciones bajo las cuales el interesado ha cubierto períodos de seguro.

Consecuentemente, los derechos en curso de adquisición pierden eficacia por lo que el trabajador accidentado o sus supervivientes se ven enfrentados, a la hora de la materialización de sus derechos, a una única legislación que puede resultar positiva o negativa, según el nivel de protección que reconozca, los requisitos exigidos, el grado de incapacidad o los últimos salarios percibidos. Lo mismo se puede argumentar en relación con la enfermedad profesional.

Esta regulación diverge totalmente del tratamiento de las pensiones contenidas en el Reglamento 883/04, en la que la cuantía de las pensiones responde al principio de proporcionalidad y es un reflejo de toda la carrera laboral transfronteriza y de sus distintos avatares.

En cambio, en los accidentes de trabajo, los derechos van a ser calculados, en principio, únicamente en virtud de la legislación a la que el trabajador estaba sometido en el momento de producirse el hecho causante.

Baste un ejemplo entresacado de la vida real para ilustrar la problemática expuesta. Marinero de nacionalidad española que faena en un barco que arbola pabellón británico y que sufre, como consecuencia de un accidente de trabajo, una amputación de falange distal del segundo dedo y diversas lesiones en la mano izquierda, que le imposibilitan para la realización de su actividad habitual como marinero de altura.

La Seguridad Social británica, donde estaba asegurado, no le concedió, por aplicación de su legislación, renta alguna. El interesado presentó su solicitud al Instituto Social de la Marina que, aunque reconoció un grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual, denegó el derecho a las prestaciones por no encontrarse el trabajador sometido a la legislación española al producirse el accidente de trabajo al estar sujeto y cotizando a la Seguridad Social británica.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia se pronuncia paradigmáticamente en el presente caso, poniendo de manifiesto las carencias de la normativa comunitaria y los posibles efectos perversos de una coordinación mínima para los trabajadores migrantes. Reproducimos las frases del propio tribunal:

“Consiguientemente, la pretensión del actor no puede reconocerse al amparo de la legislación española porque en el momento de producirse el accidente era trabajador de una empresa inglesa, estaba cotizando a la Seguridad Social de ese país y estaba sometido a la legislación inglesa por lo que la Seguridad Social española no puede ser responsable de la prestación reconocida al actor sin que pueda disociarse la situación de invalidez de la contingencia profesional que la ha originado. Tampoco procede el reconocimiento de la prestación subsidiaria sobre declaración de Invalidez derivada de enfermedad común por cuanto no puede disociarse la situación de invalidez que le ha sido reconocida, de la contingencia profesional que la ha originado, siendo evidente que las secuelas del actor derivan del accidente laboral sufrido a bordo en el buque inglés”.

Impecable sentencia. Únicamente una pequeña puntualización. El resultado final es una desprotección del trabajador como consecuencia de las disposiciones contenidas en el Reglamento. Ahora bien, quizás la respuesta hubiera sido distinta si el TSJ de Galicia hubiera presentado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la compatibilidad del derecho derivado europeo con el derecho originario sobre libre circulación de trabajadores.

En ese sentido suscribo las reflexiones de Fernando Lousada Arochena, en relación con las pensiones de supervivencia por riesgos profesionales: “Los fallecimientos en buques escandinavos tiene además el problema añadido de que en aquellos países

no existen prestaciones de viudedad como las españolas, lo que genera problemas de desprotección”.

Para entender mejor el problema planteado, tanto por Fernando Lousada como por el TSJ de Galicia, hagamos un ejercicio comparativo e imaginemos que nos encontramos con una pensión incapacidad o con una pensión por muerte y supervivencia en vez por accidentes de trabajo por accidente no laboral. Reino Unido no reconocería la prestación de invalidez por aplicación de su legislación porque las dolencias sufridas no son susceptibles de generar una incapacidad permanente o la muerte del accidentado no genera en Escandinavia una pensión de viudedad u orfandad Correcto. En consecuencia, la competencia para el reconocimiento de las prestaciones correspondería a España que reconocería la pensión de Incapacidad o de viudedad u orfandad con totalización y prorrateo.

En este sentido, algunos Estados, como se ha señalado en párrafos precedentes, consideran que un accidente de trabajo sobrevenido cuando el trabajador estaba sujeto a la legislación de otro Estado no es óbice para considerarlo también como accidente no laboral en otro Estado con lo que se soluciona, aunque sea parcialmente, el problema apuntado.

Lamentablemente, España establece la incompatibilidad con otras prestaciones, excepto que coincidan una pensión de Invalidez por accidente de trabajo (derecho propio) con una pensión de muerte y supervivencia (derivada).

VIII. CONCLUSIONES. LUCES Y SOMBRAS

Cuando se estaba examinando el proyecto de lo que posteriormente constituyó el Reglamento 883/04, los Estados miembros y las Instituciones Europeas, en un todos contra todos, polemizaron, a veces con cierta acritud y con amenazas de veto, sobre la regulación de las distintas prestaciones. No obstante, el capítulo de accidente de trabajo y enfermedad profesional fue un remanso de paz. Quizás esta especie de nirvana se debió a que todos los actores se mostraron de acuerdo que no debía tocarse aquello que no había generado problemas manifiestos.

Puede afirmarse que, en su conjunto, la coordinación europea en la rama de accidentes de trabajo es aceptable, aunque incompleta. El aspecto que más se echa en falta es la aplicación subsidiaria del capítulo de vejez/invalidez para las rentas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. En efecto, puede entenderse que solamente un Estado sea competente para el reconocimiento de las prestaciones de la rama referida. Sin embargo, esto no debería eximir a los demás Estados de sus obligaciones con respecto al trabajador. Porque un accidente de trabajo podría ser considerado como tal por un determinado Estado y como un accidente no laboral por otro. Y lo mismo con la enfermedad profesional. Así se realiza en Alemania y en otros países. De este modo, se completaría la protección del trabajador migrante, evitándose una merma o insuficiencia de derechos si el azar no le fuera propicio. Esta fórmula sería garantista y tampoco comportaría, necesariamente, una doble protección excesiva, no deseada.

A mi entender es preferible, máxime para los supuestos de accidente de trabajo, pecar de exceso que de defecto.

Un comentario adicional. Es precisamente en la rama de accidentes de trabajo donde puede materializarse el mandato de los nuevos Sistemas de Seguridad Social: Primero prevención, luego rehabilitación o solo cuando lo primero o lo segundo no sea posible, compensación.

Las normas de coordinación se han dirigido caso en exclusiva a este último aspecto. Por ello, la tarea de futuro es enorme. En un mercado Interior Europeo, tanto la prevención como la rehabilitación tienen que estar coordinada y tener una dimensión europea. Solo así, estaríamos cumpliendo la finalidad de la rama de seguro de accidentes de trabajo en el nuevo modelo europeo actual.

Por último, no debería olvidarse que la digitalización de la economía plantea nuevos retos que no deberían ser obviado en las próximas revisiones del Reglamento 883/04.

Bibliografía

- García de Cortázar Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018.
- González Gómez, A.: "Regulación de los Accidentes de Trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea", *La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 7, 2002.
- Ojeda Avilés, A. y García de Cortázar y Nebreda, C.: "La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en AA. VV.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.
- Pieters, D.: "El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea", en AA. VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.
- Posting of workers Report on A1 Portable Documents issued in 2018*, European Commission. Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion Directorate D Labour Mobility, 2020.
- Principle of assimilation of facts and events*. European Commission, disponible en <https://www.mps-vr.sk/files/slovensky/ministerstvo/medzinarodna-spolupraca/koordinacia-systemov-sz/uradne-dokumenty/vysvetlujuca-poznamka/assimilation-of-facts-events-and-benefits.pdf>.
- Raepenbusch, S.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- The principle of Assimilation of Facts*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2016.