

EL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Código ORCID: 0000-0001-9780-7860

EXTRACTO **Palabras Clave:** Seguridad Social, Primer Protocolo Adicional, CEDH, TEDH

El Convenio Europeo de Derechos no recoge en su articulado el derecho a la Seguridad Social. Sin embargo desde 1996 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene una sólida línea jurisprudencial que reconoce que el derecho a prestaciones, contributivas y no contributivas es tutelable como derecho de propiedad al amparo del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional que reconoce que toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. En base a dicha jurisprudencia, España ha sido condenada ya en dos ocasiones. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha asumido que el derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad en el caso Florescu. No obstante, hasta la fecha la jurisprudencia española difiere de la sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y mantiene que respecto a las prestaciones de Seguridad Social no existe un derecho sino una mera expectativa de derecho no indemnizable.

ABSTRACT **Key Words:** Social security, First Additional Protocol, ECR, ECHR

The European Convention of Rights does not include in its material scope the right to Social Security. However, since 1996, the European Court of Human Rights has maintained a solid jurisprudential line that recognizes that the right to benefits, contributory and non-contributory is protected as a property right under Article 1 of the First Additional Protocol that recognizes every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. Based on this case law, Spain has already been condemned twice. The Court of Justice of the European Union has also assumed that the right to social benefits is a property right in the Florescu case. However, currently, Spanish jurisprudence differs from that held by the European Court of Human Rights and maintains that regarding social security benefits there is no consolidated right but a mere expectation of non-compensable right.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS Y NO CONTRIBUTIVAS COMO DERECHO DE PROPIEDAD
 - 2.1. Gaygusuz C. Austria
 - 2.2. Wessels-Beergervoet C. Países Bajos
 - 2.3. Willis C. Reino Unido
 - 2.4. Anzinas C. Chipre
3. ¿EL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL LÍMITE PARA LOS LEGISLADORES NACIONALES?
 - 3.1. KJARTANASMUNDSSON C. ISLANDIA
 - 3.2. BÉLANÉ NAGY C. HUNGRÍA
 - 3.3. BACZÚR C. HUNGRÍA
4. EL ARTÍCULO PRIMERO DEL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL Y ESPAÑA
 - 4.1. Muñoz Díaz
 - 4.2. Manzanas Martín
5. EL “DIÁLOGO” ENTRE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SOBRE EL ARTÍCULO PRIMERO DEL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL
6. DERECHOS ADQUIRIDOS VERSUS EXPECTATIVAS DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus Protocolos Adicionales recogen en su articulado el Derecho a la Seguridad Social.

No obstante, desde hace décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) viene interpretando que el Derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad tutelable al amparo del artículo primero del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece que: “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

A la hora de interpretar dicho precepto hay que partir de la premisa que el concepto de propiedad tiene para el TEDH un significado autónomo frente a los ordenamientos nacionales y “no se limita a la propiedad de los bienes físicos: determi-

nados derechos e intereses que constituyen activos pueden considerarse también “derechos de propiedad”¹.

2. PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS Y NO CONTRIBUTIVAS COMO DERECHO DE PROPIEDAD

Tanto en Derecho nacional como en Derecho comparado se ha consolidado la clasificación de las prestaciones sociales en contributivas (financiadas básicamente con cotizaciones sociales) y no contributivas (con cargo a tributos).

Nuestro TRLGSS en su artículo 109 clasifica el elenco de prestaciones sociales dispensadas por el sistema español de Seguridad Social utilizando esa misma dicotomía. Aunque, de hecho, no es estricta ni rigurosa: hay prestaciones que no se financian con cotizaciones y sin embargo se clasifican de prestaciones contributivas (p.e. el complemento de pensión contributiva por maternidad -artículo 60 TRLGSS-). Asimismo, se clasifican como prestaciones contributivas las prestaciones por desempleo cuando se nutren tanto de impuestos como de cotizaciones.

En todo caso, la clasificación pierde sustantividad si tenemos en cuenta que la doctrina² reconoce la naturaleza tributaria de la cotización. Además, como se expone a continuación, para el TEDH resulta irrelevante las vías de financiación de las prestaciones.

2.1 Gaygusuz c. Austria

Esta sentencia³ es la primera de un amplio elenco en la que el TEDH califica una prestación de Seguridad Social como derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional.

La prestación en litigio era un subsidio austriaco por desempleo destinado a garantizar un ingreso mínimo de supervivencia a aquellos trabajadores que hubieran agotado la prestación por desempleo, de cuyo ámbito de aplicación personal se excluía a los nacionales de Terceros Estados. Puesto que este subsidio se reconocía a quienes hubieran sido beneficiarios previamente de una prestación contributiva por desempleo, existía un vínculo indirecto entre cotizaciones previas y el subsidio (aunque éste último no se financiara mediante cotizaciones de los trabajadores y/o sus empresarios). El demandante, de nacionalidad turca, había trabajado legalmente en Austria.

El TEDH sostuvo por unanimidad que el derecho a una prestación destinada a personas sin recursos suficientes y financiados tanto con aportaciones estatales

¹ STEDH de 23 de febrero de 1995, caso Gasus Dosier y Fördertechnik, BJC 193 (1997), p.185.

² Alarcón Caracuel, M.R., *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p.70.

³ Con fecha de 19 de junio de 1996.

como de los trabajadores, está comprendida dentro del ámbito de aplicación material del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH, no resultando justificables las diferencias de trato para su reconocimiento fundadas en la nacionalidad del solicitante. Siendo a estos efectos irrelevantes las vías de financiación de la prestación (impuestos o cotizaciones), o que su concesión esté subordinada a una prueba de insuficiencia de recursos.

2.2 Wessels-Beergervoet c. Países Bajos: Pensión de jubilación no contributiva

La prestación en litigio (AOW) es una pensión holandesa financiada mediante un porcentaje sobre el impuesto sobre la renta. Su cuantía es uniforme y se abona a quienes cumplen 65 años. Para tener derecho a la prestación completa es preciso acreditar un período de 50 años de seguro. Existe una reducción del 2% por cada año que la persona no ha residido en los Países Bajos.

En esta sentencia⁴, de 4.6.2002, la demandante invocó que la reducción de su pensión de jubilación constituía una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del CEDH, en conexión con el artículo 1º del Protocolo nº1, puesto que en el momento en que sucedieron los hechos, una mujer casada sólo estaba asegurada por la AOW cuando su marido estaba asegurado también.

Frente a la tesis de la demandante, el Gobierno alegaba que los beneficios de los planes de seguros sociales caracterizados por el principio de la solidaridad social no podían ser considerados como “bienes” en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº 1, ya que, a diferencia de los sistemas en los que el nivel de beneficios está supeeditado a las aportaciones, un sistema basado en la solidaridad social distribuye los recursos disponibles por igual entre todos los interesados.

A mayor abundamiento, el Gobierno destacaba el decisivo dato de que el derecho a los beneficios de la AOW no depende de si se han hecho, o no, aportaciones. Por tanto, el grupo de contribuyentes es diferente del grupo de beneficiarios. Dada la ausencia de conexión entre contribución y derechos en virtud del plan AOW, el Gobierno consideraba que una pensión AOW no podía ser considerada incluida en el ámbito del artículo 1 del Protocolo nº 1.

Frente a estos argumentos, el TEDH estimó que los derechos de la demandante a una pensión en virtud de la AOW podían ser contemplados como bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº1.

Y, puesto que la única razón para la exclusión de la demandante del seguro de la AOW por un período de 19 años era el hecho de que estaba casada con un hombre que no estaba asegurado en virtud de lo dispuesto en la AOW porque trabajaba en el extranjero, el TEDH estima la demanda por considerar que la reducción aplicada a los beneficios de la AOW de la demandante estaba basada, exclusivamente, en el

⁴ Con fecha de 4 de junio de 2002.

hecho de que era una mujer casada. Se constata, por tanto, la vulneración del artículo 14 del CEDH, en conexión con el artículo 1 del Protocolo nº1.

Con esta sentencia el TEDH reconoce que también las prestaciones financiadas íntegramente mediante tributos pueden ser calificadas como bienes susceptibles de protección al amparo del CEDH.

2.3 Willis c. Reino Unido: Subsidio de viudedad no contributiva

El demandante, viudo, alegó haber sido víctima de una discriminación por razón de sexo por parte de la Seguridad Social británica, dada la negativa de las autoridades a abonarle las prestaciones de Seguridad Social a las que habría tenido derecho si hubiera sido una mujer en una situación similar.

Es interesante destacar cómo en el párrafo 35 de esta sentencia⁵, el TEDH afirma que no es necesario para el Tribunal plantearse en este caso la cuestión de si las prestaciones de la Seguridad Social deben ser contributivas por naturaleza para que puedan constituir un “bien” (entrecomillado en el original) a efectos del artículo 1 del Protocolo nº 1.

De lo que resulta que el Tribunal considera que el derecho a la paga de viudedad y al subsidio para madres viudas es un derecho económico suficiente para ser incluido en el ámbito de aplicación material del artículo 1 del Protocolo nº1.

Además, el Tribunal llega a la conclusión de que al demandante se le denegó el derecho a la paga de viudedad y al subsidio para madres viudas debido a una distinción contemplada por el artículo 14 CEDH, el sexo, que no está basada en ninguna justificación objetiva y razonable, por lo que estima la demanda.

2.4 Anzinas c. Chipre: El acceso a la función pública como derecho de posesión de la pensión⁶

En la sentencia del TEDH, el Tribunal estimó la demanda del funcionario que, como parte de la sanción que le había sido impuesta por malversación de fondos públicos, fue privado del derecho a causar pensión de jubilación. El Tribunal acreditó la existencia de un incumplimiento del equilibrio exigido entre la protección del derecho de propiedad individual y los requerimientos de interés público.

La piedra angular de este caso vuelve a ser, una vez más, si una prestación no contributiva puede ser considerada como un bien a los efectos de su inclusión en el ámbito material de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1.

El gobierno chipriota estimaba que la pensión de jubilación no podía calificarse como posesión en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº1. Y ello por cuanto que los funcionarios públicos no participan de un régimen contributivo de Seguridad

⁵ Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2002.

⁶ Sentencia del TEDH de 20 de junio de 2002.

Social que se nutra de las cotizaciones deducidas de sus retribuciones mensuales. Todas las prestaciones dispensadas por la República lo son a cargo de un Fondo Consolidado, conforme a lo previsto en la Constitución, que establece como criterio la obligación de la República de abonar una pensión específica, pero no alude a la existencia de un derecho al abono de las pensiones.

El TEDH, partiendo de la premisa de que el derecho a una pensión, como tal, no está protegido por el CEDH, reitera, sin embargo, que de acuerdo con la doctrina de las instituciones del Convenio, el derecho a una pensión derivado de una actividad laboral previa puede, en ciertos casos, ser asimilado a un derecho de propiedad.

Tal sería el caso cuando se han satisfecho cotizaciones, pero también cuando un empleador, como el del litigio, garantiza con carácter general el pago de una pensión en base a condiciones que pueden ser consideradas como parte integrante de la prestación de servicios.

El TEDH alcanza el convencimiento de que el demandante cuando ingresó en la Función Pública chipriota, adquirió un derecho que constituye una posesión dentro del sentido del artículo 1 del Protocolo nº1, por lo que la privación de la pensión constituye una injerencia en su derecho de propiedad.

3. ¿EL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL LÍMITE PARA LOS LEGISLADORES NACIONALES?

La premisa de partida es que el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional no restringe la libertad de los Estados para regular sus prestaciones sociales⁷. Ni impone ninguna restricción a la libertad de los Estados contratantes para decidir instaurar, o no, un régimen de protección social o para escoger el tipo o el importe de las prestaciones que se pretende conceder en virtud de tal régimen.

Es decir, la legislación en materia de Seguridad Social es competencia exclusiva de los Estados miembros, incluso cuando estos son miembros de la Unión Europea pues esa competencia no ha sido transferida por los Estados a las instituciones de la UE.

Además, el TEDH ha recurrido en algunas de sus sentencias a la doctrina del “margen de apreciación” de los Estados para inaplicar el Protocolo Adicional Primero⁸.

Pero el “margen de apreciación” y la competencia nacional para legislar en materia de Seguridad Social no implican, automáticamente, que resulten conformes al Primer Protocolo Adicional del CEDH todo tipo de reformas legislativas

⁷ STEDH de 26 de junio de 2014, caso *SujanovyItchenko c. Ucrania*.

⁸ Mola, L. “The margin of appreciation accorded to states in times of economic crisis: An analysis of the decision by the european committee of social rights and by the european court of human rights on national austerity measures”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 1, 2015, p.182.

por parte de los Estados dirigida a reducir el gasto social. Prueba de ello son las sentencias que a continuación se traen a colación.

3.1 Kjartan Asmundsson c. Islandia⁹

A pesar del amplio margen de apreciación que el TEDH reconoce a los Estados respecto de la legislación social, en esta sentencia se declaró vulnerado el artículo primero del Primer Protocolo Adicional al privarse a una persona totalmente y de forma sobrevenida de su derecho a una pensión de invalidez.

Los hechos que dieron lugar al litigio pueden sintetizarse así: el demandante cobró pensión de invalidez derivada de contingencias profesionales desde 1978 hasta 1992, en que como consecuencia de una reforma legal que modificó el método de valoración de la discapacidad su pensión le fue suprimida tras un período transitorio de 5 años.

El TEDH constató que aunque las nuevas normas de pensiones se basaban en criterios objetivos, el que el demandante se viera privado por completo de la pensión de invalidez que en ese momento constituía no menos de un tercio de sus ingresos brutos mensuales y que había recibido durante casi 20 años, constituía una carga excesiva y desproporcionada y por tanto, vulneraba el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional.

3.2 Bélané Nagy c. Hungría¹⁰

La sentencia Bélané Nagy trae causa de la reforma de la legislación húngara que provocó que a la demandante, sin experimentar cambios en su estado de salud, se le suprimiera la pensión de incapacidad que cobraba en 2010. En 2012 entró en vigor una nueva ley que sustituyó la pensión de invalidez por un subsidio de invalidez, que también le fue denegado a la Sra. Bélané porque ni era beneficiaria de la anterior pensión de invalidez ni acreditaba el período de carencia exigido.

La sentencia enfatiza la importancia del principio *impossibilium nulla obligatio est* ya que la normativa vigente no puede exigir ex post acreditar un determinado período de carencia cuando ello resulta ya de imposible cumplimiento para la demandante.

El TEDH estimó que “el amplio margen de racionalización del que disponen los Estados respecto de sus sistemas de Seguridad Social no pueden justificar medidas carentes de toda proporcionalidad ni pueden comportar un sacrificio individual excesivo, ya que la Seguridad Social no deja de ser “la expresión de la solidaridad de la sociedad con sus miembros más vulnerables”.

⁹ Sentencia del TEDH de 12 de octubre de 2004.

¹⁰ Sentencia del TEDH de 13 de diciembre de 2016.

Por nueve votos contra ocho el TEDH falló que había habido vulneración del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional. El ajustado margen de la votación ilustra a la perfección la tensión que provoca, por un lado, el Derecho de los Estados a reformar sus sistemas de Seguridad Social¹¹, y los derechos de los beneficiarios de prestaciones sociales ante reformas legislativas restrictivas y fundadas en el principio de austeridad derivado de los efectos de la crisis económica y financiera mundial, de otro lado.

3.3 Baczúr c. Hungría¹²

Respecto al tema de recorte de pensiones hay que traer a colación esta sentencia del TEDH. El litigio trae causa de la reforma legislativa sobre el cálculo de la pensión de invalidez para personas con capacidad laboral reducida que provocó una reducción del importe de la pensión que el demandante venía percibiendo (de 510 euros mensuales se redujo a 140 mensuales). El demandante alegó que dado que su estado de salud no había mejorado había sido privado injustificadamente de su derecho de propiedad.

El TEDH admite que el sistema de Seguridad Social puede sufrir cambios, incluso en las condiciones de elegibilidad de pago o en la cantidad de las rentas o pensiones”. Y también ha aceptado la posibilidad de modificaciones de la legislación de Seguridad Social como respuesta a cambios sociales.

En el caso Barzúc el TEDH toma en consideración que la prestación en litigio “constituye la expresión de la solidaridad de la sociedad con sus miembros más vulnerables”. Para el Tribunal una reducción de 2/3 como la sufrida por el demandante ha infringido al contenido esencial de su derecho de pensión aunque el demandante -a diferencia de la Sra. Nagy- no fue completamente privado de sus derechos. Este elemento se agrava por el dato de que el demandante no tenía ninguna otra renta significativa con la que subsistir y pertenece al grupo vulnerable de personas con discapacidad. El TEDH considera que la aplicación de la legislación impugnada supuso una situación en la que no hubo una ponderación justa de los intereses en juego, incluso si la legislación tenía por objeto la protección del interés público racionalizando el régimen de las pensiones para personas con discapacidad, un problema de interés general en cuyo logro el Estado goza de un amplio margen de apreciación. Por todo ello el TEDH declara infringido el artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹ Tsetoura, A., *Property Protection as a Limit to Deteriorating Social Security Protection*, *European Journal of Social Security*, vol. 15, 1, pp. 55-78.

¹² Sentencia del TEDH de 7 de marzo de 2017.

4. EL ARTÍCULO PRIMERO DEL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL Y ESPAÑA

1.1 Muñoz Díaz¹³

El litigio analiza si es discriminatorio que la legislación española no atribuya efectos jurídicos al matrimonio por el “rito” gitano y en base a ello no tuviera la madre de los hijos del fallecido derecho a una pensión de viudedad¹⁴.

En esta sentencia, el TEDH parte de la premisa que “desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social...se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo N° 1”.

El TEDH rechazó por unanimidad que no reconocer efectos civiles a los “matrimonios” por el rito gitano sea constitutivo de una discriminación prohibida por el artículo 14.

Pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años¹⁵, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión. Por ello el Tribunal declara por seis votos contra uno que España ha vulnerado el artículo 14 en conexión con el artículo 1 del Protocolo N° 1.

La sentencia, sin embargo, merece ser objeto de rotunda crítica ya que España no debió ser nunca condenada en este caso por los siguientes motivos:

Para el TEDH la piedra angular para estimar la existencia de discriminación por no reconocer España pensión de viudedad a la Sra. Muñoz Díaz radica en el hecho de que ella y el padre de sus hijos estuvieran en posesión de un libro de familia y de familia numerosa de 1ª categoría. El TEDH invoca que, conforme al artículo 2 de la Ley 25/1971, “se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley estén constituidas por: a) el cabeza de familia, su cónyuge, y cuatro o más hijos”.

Pero esa normativa no era aplicable al caso: tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se produce un cambio radical respecto a la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial: todos los progenitores -incluidos los no casados- podían obtener libro de familia. Pero no porque el legislador español equipare el matrimonio a las uniones *more uxore* sino para acabar con la discrimina-

¹³ Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009.

¹⁴ Sempere Navarro, a.v., “Las Uniones Por el Rito Gitano ante la Pensión de Viudedad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 209/2018; pp.11-22.

¹⁵ En el párrafo 69, el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007, y considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado “ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años”.

ción de que eran objeto los hijos no matrimoniales durante la etapa franquista cuya inscripción de nacimiento se llevaba a cabo en un libro distinto (libro de filiación) al de los hijos matrimoniales o “legítimos” (que se inscribían en el libro de familia).

Por tanto, tras la Constitución, tanto la obtención del libro de familia como del libro de familia numerosa dejó de estar condicionada a la existencia de un previo matrimonio. Y por eso le fueron expedidos libros de familia y de familia numerosa a la Señora Muñoz Díaz y al padre de sus hijos en 1983 y 1986, respectivamente. Y en ninguno de ellos figura inscrita como esposa.

En diversas ocasiones el TEDH menciona que en una cartilla de la Seguridad Social la Sra. Muñoz Díaz sí aparecía como esposa. Pero el TEDH no transcribe en ninguno de los párrafos de su sentencia el hecho recogido en varias sentencias de tribunales españoles¹⁶ de que “en dicha cartilla junto al nombre de la Sra. Muñoz Díaz en la casilla parentesco hay una letra retocada que la sentencia (del Juzgado de lo Social) interpreta como esposa, siendo de significar en cualquier caso que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora”.

A mayor abundamiento, a partir de una Resolución¹⁷ de la Secretaría General de la Seguridad Social se reconoce derecho a prestación sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a sus hijos, siempre que demuestren que viven a sus expensas y que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida como mínimo durante el año anterior a la solicitud de su reconocimiento como beneficiario.

En el párrafo 69 el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007 que considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado “ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años”. Dejando al margen la incongruencia de que el TEDH califique como “marido” a quien no ha celebrado un matrimonio reconocido por la legislación nacional, respecto al argumento de vincular los años cotizados al derecho a una prestación de Seguridad Social hay que señalar que resulta insostenible puesto que los sistemas públicos de Seguridad Social no funcionan como un seguro privado. No hay por tanto correlación entre las cotizaciones que obligatoriamente han de realizar los sujetos legalmente obligados y las prestaciones que les puedan ser reconocidas. Es decir, que se puede cotizar y no tener derecho a una prestación contributiva y, a la inversa, lucrar una prestación contributiva sin cotizar. Y es que “la cotización se configura como una obligación legal y autónoma de contribuir al sostenimiento de gastos públicos que no genera jurídicamente derecho patrimonial alguno, desconectada, por tanto, de aquél”¹⁸.

¹⁶ Hecho recogido tanto en la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002 como en la STC 69/2007.

¹⁷ Resolución fechada en 29 de diciembre de 1984.

¹⁸ Hurtado González, L., “Derecho a la Protección de la Salud y Derecho a la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social”, *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, n.º. 78, 1997, pg. 30.

4.2. Manzanas Martín¹⁹

En esta sentencia, el TEHD falla que España ha infringido los artículos 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio por la diferencia de trato de la normativa de pensiones aplicable a los sacerdotes católicos y a los pastores evangélicos, ya que a estos últimos no se les computaban los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social.

El Tribunal aplica el artículo primero del Primer Protocolo Adicional, precepto que, sin embargo, “no supone un derecho a adquirir bienes, ni limita la libertad que tienen los Estados contratantes para decidir si conviene o no poner en marcha un régimen de Seguridad Social o de elegir el tipo o el nivel de las prestaciones que deben ser acordadas”.

Sigue en este fallo el TEDH su reiterada jurisprudencia según la cual se produce una discriminación cuando se trata de diferente manera a las personas que están en una situación comparable, salvo que exista una justificación objetiva y razonable. La “falta de justificación objetiva y razonable” significa que la distinción controvertida no persigue un “objetivo legítimo” o que no hay “una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el objetivo perseguido”.

El TEDH considera probado que las posibilidades ofrecidas a los sacerdotes católicos para que sean computados -a efectos de pensión de jubilación- los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social no se concedían a los pastores evangélicos en la legislación española.

Habida cuenta de las circunstancias del caso concluye el TEDH que esta diferencia normativa desfavorable constituye una diferencia de trato al demandante basada en la confesión religiosa. Y que no está justificada en relación al trato reservado a los sacerdotes católicos puesto que el demandante no dispone de ningún medio para que se tengan en cuenta, a efectos del cálculo de su pensión de jubilación, sus años de actividad pastoral como pastor evangélico antes de su integración en el régimen de la Seguridad Social.

5. EL “DIÁLOGO” ENTRE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SOBRE EL ARTÍCULO PRIMERO DEL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL

El TJUE pasó de una inicial pasividad a una declarada defensa de los Derechos Fundamentales como principios generales del Derecho comunitario espoleado por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano²⁰.

¹⁹ Sentencia del TEDH de 3 de abril de 2012.

²⁰ De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (Solange II y Soweit) e italiano (Granital y Fragd) se desprende que no se descarta completamente la posibilidad de que, llegado el

A partir de la sentencia Nold²¹ el TJUE declarará que “los instrumentos internacionales referentes a la protección de los Derechos Humanos en los que han cooperado o a los que se han adherido los Estados miembros también pueden contener elementos que conviene tener en cuenta en el Derecho comunitario”²².

Jurisprudencia que se reitera en infinidad de sentencias posteriores y que permite afirmar con Louis²³ que “los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos²⁴ (Declaración universal, Convenio Europeo, pactos de las Naciones Unidas, Carta Social, etc.) serán fuentes en las que el Tribunal se inspirará”²⁵. Llegando el Abogado General La Pergola²⁶ a afirmar que el Tribunal de Justicia tiene asignado “el papel de intérprete del CEDH por lo que respecta a las reglas que tengan relación con el Derecho comunitario”.

Concretamente, en relación con el CEDH, el TJUE viene declarando que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los Derechos Humanos²⁷. A sensu contrario” no operará tal garantía cuando el derecho en cuestión no se encuentre amparado por el CEDH.

Ahora bien, las anteriores afirmaciones no deben llevar a la errónea conclusión de que entre ambos Tribunales existe una relación de jerarquía -lo que es falso- ni que el TJUE esté subordinado a la jurisprudencia del TEDH²⁸. Está fuera de toda duda que el derecho de propiedad se encuentra entre los Derechos Fundamentales que el ordenamiento jurídico comunitario garantiza²⁹.

caso, los Tribunales Constitucionales pudieran pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa comunitaria si la protección del TJCE a los derechos fundamentales se mostrara insuficiente.

²¹ STJCE de 14 de mayo de 1974, caso Nold, asunto 4/73, *Rec. 1974 00491*, p.508. Es de resaltar que la misma se dictó pocas semanas después de que Francia ratificara el CEDH.

²² Carrillo Salcedo, J.A. “La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas” en VV.AA, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, p.21.

²³ LOUIS, J.V.*El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, 5ª edición, Luxemburgo, 1995, p.103.

²⁴ López-Medel resalta que “no es necesario para que el TJCE pueda referirse a uno de ellos, que el instrumento en cuestión haya sido ratificado por todos los Estados miembros, bastando la cooperación o adhesión”. Cfr. López-Medel Bascones, M., *Derechos Humanos y Libertades en la Europa Comunitaria*, Madrid: Sociedad Española para los Derechos Humanos, 1992, p.43.

²⁵ Tal y como Carrillo Salcedo destaca, el que el CEDH “sea una fuente de inspiración del TJCE no significa que esté jurídicamente vinculado”. Cfr. Carrillo Salcedo, J.A, “La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas”. Op. cit; p.21.

²⁶ Conclusiones del Abogado General Antonio La Pergola presentadas en el asunto 299/95, caso Kremzow, *Rec. p.I-2631*.

²⁷ Sentencias TJCE de 18 de junio de 1991, asunto 260/89, caso ERT, *Rec.; p.I-2925*; y de 29 de mayo de 1997, asunto 299/95, caso Kremzow, *Rec.; p.I-2637*, entre otras.

²⁸ López Guerra, L., “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “Le Mouvement Nécessaire des choses”*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 163-188

²⁹ Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, caso Stauder, *Rec. 1969 00419*, p.425; y de 17 de julio de 1997, asuntos acumulados 248/95 y 249/95, caso SAM, *Rec. p.I-43*; de 28 de abril de 1998, asunto 200/96, caso Metronome, *Rec. p.I-1953* “según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario”.

La STJUE de 13.6.2017,-258/14 (Florescu) es la primera y, de momento, única sentencia en la que el TJUE ha invocado la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a prestaciones sociales como derecho de propiedad.

El litigio trae causa de la reforma legislativa llevada a cabo en Rumanía por la ley 329/2009, consistente en la prohibición de acumular una pensión neta del sector público con los ingresos obtenidos de actividades ejercidas en el seno de instituciones públicas.

Como expresamente indica el artículo 2 de la ley 329/2009 “las medidas que ésta establece tienen un carácter excepcional y están destinadas a reducir los efectos de la crisis económica y a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Memorando de Acuerdo y del Acuerdo de derechos de giro celebrado entre Rumanía y la Comisión y el FMI”.

Tal y como reconoció el Abogado General Bot³⁰, “el Memorando de Acuerdo es un acto adoptado por las instituciones. En efecto, éste ha sido adoptado sobre la base del artículo 143 TFUE”. Y “corresponde a las autoridades rumanas aplicar las medidas que estimen adecuadas y necesarias para cumplir los objetivos generales definidos en el Memorando de Acuerdo, y éste no impone la adopción de una normativa nacional, como la considerada en el litigio principal”.

Para el Abogado General “en el contexto muy particular de la crisis económica a la que se enfrentan los Estados miembros, estos, así como las instituciones de la Unión, son ciertamente los que mejor pueden determinar qué medidas pueden tener mayor impacto para sanear el gasto público. Así pues, pienso que los Estados miembros disponen de una amplia facultad discrecional en la materia”.

Es decir, la crisis económica y financiera mundial vendría a ser la justificación, en última instancia, de las reformas impulsadas a nivel nacional para cumplir compromisos derivados del Derecho de la UE. Pero, sin duda, esta política de austeridad tiene un elevado coste social³¹: “los recortes y la congelación de las pensiones incrementan el riesgo de pobreza en la vejez”.

6. DERECHOS ADQUIRIDOS versus EXPECTATIVAS DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Aunque de las sentencias del TEDH analizadas se infiere que éste mantiene una interpretación extensiva del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional en el que no sólo queda amparado el Derecho de propiedad en sentido estricto, sino también las expectativas de Derecho, tesis ya defendida tempranamente por Lemmes con apoyo en los casos Pine Valley Developments y Pressos Compañía Na-

³⁰ Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016.

³¹ Como reconoce el Parlamento Europeo, en su resolución de 14 de junio de 2017.

viera³², no es ésta la postura defendida por la jurisprudencia española hasta la fecha.

Es más, una diferencia capital entre los tribunales españoles y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, precisamente, el opuesto punto de vista mantenido sobre si las expectativas de Derecho en el ámbito de la protección social son tutelables e indemnizables.

Para nuestro Tribunal Constitucional, “la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas”³³.

Sistemáticamente, el Tribunal Constitucional niega que los efectos de reformas en materia de pensiones que afectan a situaciones de hecho surgidas tras la entrada en vigor de la nueva normativa sean indemnizables pues se rechaza que los ciudadanos tuvieran un derecho consolidado a jubilarse a una determinada edad, o a que sus pensiones se revaloricen conforme a la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado³⁴. El Tribunal Constitucional falla que estamos ante meras expectativas de derecho no indemnizables porque “sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario). Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencial consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros”.

Hay que destacar que la matización del Tribunal Constitucional a la doctrina jurídica “casi unánime” no es baladí. Porque ciertamente hay autores que rechazan que la dicotomía derecho/expectativa de Derecho sea aplicable en el ámbito de la Seguridad Social.

Entre esta minoría hay autores³⁵ que sostienen que el derecho a la pensión, como derecho de crédito, se adquiere con la afiliación pues “una vez se cumpla el requisito de ser trabajador y de realizarse la afiliación, esa expectativa de derecho a las prestaciones se convierte en un derecho adquirido mediante la individualización de la norma en el propio trabajador”. Para el citado autor las expectativas de Derecho no existen en la relación de Seguridad Social, y desde el momento que un trabajador se afilia a la Seguridad Social tiene un derecho subjetivo a

³² Lemmes, P. “The Gaygusuz Decision Situated in the Case Law of the European Court of Human Rights” en Stefan Van den Bogaert (Ed.), *Social Security, Non-Discrimination and Property*, Maklu. Antwerpen-Apeldoorn. The Netherlands, 1997, pp.26-28.

³³ SSTC 99/1987, de 11 de junio; 178/1989, de 2 de noviembre; y 112/2006, de 5 de abril.

³⁴ Como se recoge en la STC 49/2015 de 5 de marzo.

³⁵ Entre los que destacan SARRIÓN FERNÁNDEZ, M. “Los Derechos Adquiridos sobre las Pensiones de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Privado*, nº 86/2002, pp. 685-724.

las prestaciones sociales a las que califica como “ius ad rem”. Sobre esta última institución se ha escrito que “son derechos patrimoniales intermedios entre los derechos reales y los personales de crédito u obligación...una vocación al derecho real que se atribuye al sujeto, entre otros posibles títulos, a través de la ley, con el fin de obtener la utilidad económica de una cosa determinada que aun no tiene”. Se trataría de una “situación de tránsito hacia el derecho real”³⁶.

En la misma línea, hay autores³⁷ que critican que la jurisprudencia española siga sistemáticamente la clásica y anticuada teoría de los derechos adquiridos como único límite para el legislador para introducir reformas legislativas. Esa teoría está basada exclusivamente en conceptos tomados del Código Civil por lo que defiende la necesidad de reinterpretarlos desde la óptica de las especialidades del Derecho de la Seguridad Social. Se rechaza, por tanto, “la concepción civilista de que todo lo que no es derecho subjetivo adquirido es mera expectativa de derecho y por tanto no merece tutela jurídica alguna. Por el contrario, se parte de que, desde un enfoque dinámico, es posible hablar, con algunas excepciones (como son los derechos de formación instantánea), de la formación sucesiva de los derechos, genéricamente hablando, y específicamente, de los de protección social”.

A la luz de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede que la jurisprudencia española haya de ser revisada, ya que es evidente que para el Tribunal de Estrasburgo el derecho de tracto sucesivo a cobrar una pensión -expectativa de Derecho para los tribunales españoles- es tutelable como derecho de propiedad y, por tanto, su privación indemnizable al amparo del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No ha venido a alterar las anteriores conclusiones la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2018. En esta sentencia el Tribunal Constitucional parte de la base de que la pensión “se incorporó al patrimonio jurídico de su titular como el derecho a obtener del Estado una prestación económica periódica de carácter vitalicio, salvo concurrencia de las tasadas causas extintivas legalmente previstas”.

Asimismo, constata el Tribunal Constitucional el incumplimiento de la Ley de Procedimiento Administrativo que, respecto a los actos favorables para los interesados que sean anulables por incurrir en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, exige previa declaración de lesividad para el interés público e impugnación ante el orden contencioso-administrativo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la Disposición Adicional 44^a por no cumplir las garantías previstas para las leyes expropiatorias singulares en el artículo 33.3 CE (la finalidad de utilidad pública o interés social que legitima una medida de naturaleza expropiatoria).

³⁶ De la Encarnación, A.M., *El Tratamiento de la Expectativa en el Derecho Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; pp.93-96.

³⁷ Fundamentalmente la autora Quintero Lima. QUINTERO LIMA, M. G. “Las Expectativas de Derecho en la Protección Social Complementaria Española”, Op. Cit.; pp. 263-298.

A la vista de las consideraciones expuestas no puede colegirse que se haya producido un cambio en la doctrina constitucional sobre la tutela de las expectativas de Derecho en el ámbito de la protección social, porque no es ése el objeto del debate en la sentencia examinada, sino los efectos retroactivos de una ley singular expropiatoria que suprimía con carácter retroactivo el derecho a la pensión de la beneficiaria de Clases Pasivas.

Pero si es digno de ser resaltado que en ésta sentencia el Tribunal Constitucional constata que el derecho a la pensión es un derecho subjetivo de contenido patrimonial cuya supresión encaja -en el caso enjuiciado- en el concepto de expropiación forzosa, cuyo régimen jurídico por tanto le es aplicable.

A partir de semejante premisa no sería imposible que en un futuro su jurisprudencia se alineara con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tutela del derecho a prestaciones sociales -contributivas y no contributivas- como derecho de propiedad.

7. CONCLUSIONES

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin consagrar el Derecho a la Seguridad Social, ha tenido muchísimo más impacto en ésta materia que otros Tratados Internacionales sobre Protección Social.

Y es que al defender el Tribunal de Justicia de Estrasburgo un concepto autónomo frente a los Estados del concepto de propiedad, ha incluido en el ámbito de aplicación material del artículo primero del Primer Protocolo Adicional el derecho a prestaciones de Seguridad Social, tanto contributivas como no contributivas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho suya esta exégesis en la cuestión prejudicial Florescu.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, además, mucho más progresista que la española: no sólo reconoce que un crédito también puede ser un bien en el sentido del artículo primero del Protocolo N° 1, siempre y cuando esté suficientemente establecido para ser exigible; sino que ha establecido como jurisprudencia consolidada que “desde el momento en que un Estado contratante establezca una normativa que prevea el pago automático de una prestación social debe considerarse que dicha normativa da lugar a un interés patrimonial que entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional respecto de las personas que cumplan sus requisitos”.