

## Capítulo XXXIII. Vías de Financiación de la Protección Social: sobre si la Disposición Adicional Sexagésima Quinta del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de la Unión Europea\*

---

### 1. La nueva Disposición Adicional sexagésima quinta del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social

La Disposición Final Cuarta -apartado siete- de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 incorpora una nueva Disposición Adicional Sexagésima Quinta al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social<sup>1</sup>.

Aunque el Preámbulo de la Ley 22/2013 guarde silencio sobre la finalidad de esta reforma, puede deducirse que no es otra que la de impedir la exportación de prestaciones no contributivas de Seguridad Social así como dejar de asumir el gasto sanitario generado por aquellas personas que se ausentan de España más de 90 días en cada año natural. Y, a la par, introducir en nuestra legislación de Seguridad Social el concepto residencia “habitual” que aparece mencionado en el articulado del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

---

\* Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1 Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; *La Residencia en España y en la Unión Europea desde el Prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2014.

## 2. Ámbito material de la reforma

Conforme al artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social la residencia en territorio nacional es requerida con carácter general a los ciudadanos españoles para su inclusión en el nivel contributivo y no contributivo de Seguridad Social. Respecto a los extranjeros, el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000 exige que residan legalmente o se encuentren legalmente en España.

Pero una cosa es que como traslación del principio de territorialidad uno de los requisitos para que resulte aplicable la legislación española de Seguridad Social sea la de trabajar, residir -o encontrarse- en España, y otra distinta es que la residencia en España, o acreditar períodos de residencia en España, sea exigido específicamente para el reconocimiento y mantenimiento de ciertas prestaciones de Seguridad Social. Sólo a estas últimas sería aplicable la Disposición Adicional 65ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

De la redacción dada a la nueva Disposición Adicional 65ª se infiere que afecta a dos tipos de prestaciones: el primer apartado está dedicado a las prestaciones económicas de la Seguridad Social que exijan la residencia en territorio español<sup>2</sup>.

El segundo apartado afecta a las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español<sup>3</sup>. En este caso no estamos ante prestaciones económicas sino en especie.

Subordinar la adquisición y el mantenimiento del derecho a una prestación de Seguridad Social a la residencia en España son requisitos que tradicionalmente se han predicado como uno de los rasgos típicos y configuradores de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social (y de las prestaciones de Asistencia Social implantadas por las CC.AA.). Y resultan exigibles incluso cuando de ciudadanos españoles se trate.

## 3. Residencia “habitual” en el Reglamento 883/2004

Dado que el principio de unicidad de la legislación aplicable es un pilar esencial de la coordinación de sistemas de Seguridad Social, una persona sólo puede tener una residencia “habitual”. Este último es un concepto clave para determinar la legislación de Seguridad Social que resulta aplicable y el Estado competente para satisfacer las prestaciones de Seguridad Social.

---

2 “A efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones económicas de la Seguridad Social en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones, incluidos los complementos a mínimos, tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia de territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a efectos de las prestaciones y subsidios por desempleo, será de aplicación lo que determine su normativa específica”.

3 “A efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural”.

El artículo 1, letra j) del Reglamento 883/2004 contiene la definición de residencia: “el lugar en el que una persona reside habitualmente”, que se contrapone al de “estancia”: “la residencia temporal” (artículo 1, letra k).

Dada la opacidad de dicha definición, no es extraño que el concepto de residencia a efectos de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social haya tenido que ser objeto de desarrollo por el Reglamento 987/2009 cuyo artículo 11 lleva por rúbrica “elementos necesarios para la determinación de la residencia”.

Dicho precepto enumera un extenso abanico de criterios para determinar la residencia “habitual” de una persona que incluye “la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados” y “la situación personal del interesado” (incluida en este último caso la residencia fiscal de la persona). En aquellos casos en que ni siquiera con estos criterios se alcancen resultados concluyentes, el artículo 11.2 del citado Reglamento 987/2009 establece que “se considerará decisiva para determinar el lugar efectivo de residencia la voluntad de la persona, según se desprenda de tales hechos y circunstancias, y en especial las razones que la llevaron a trasladarse”.

La piedra angular sobre la que pivota el concepto de residencia “habitual” a efectos de los Reglamentos de coordinación es el “centro de intereses” de la persona, tal como lo evidencia el caso Brey<sup>4</sup>: “a tenor del artículo 1, letra j), del Reglamento 883/2004, la residencia de una persona es el lugar en que reside habitualmente, expresión que se refiere al Estado miembro en el que las personas afectadas residen habitualmente y en el que se encuentra el centro habitual de sus intereses”.

En todo caso, y esto es importante resaltarlo, el concepto de residencia a efectos de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social no está afectado ni condicionado por las definiciones nacionales, ni tan siquiera por definiciones contenidas en otros textos comunitarios -como la Directiva 2004/38<sup>5</sup>-.

Es más, “utilizando conceptos nacionales de residencia se podría llegar a la paradójica e inadmisibles situación de que una persona viva toda su vida en el territorio de la UE y no pudiera reputarse residente conforme a ninguna legislación de un Estado miembro”<sup>6</sup>.

En cualquier caso, hay que reconocer que el concepto comunitario de residencia “habitual” suscita controversias, y ello ha motivado que la Comisión Europea haya publicado en 2014 una Guía de Aplicación de la “Prueba de Residencia Habitual” a efectos de Seguridad Social “a fin de ayudar a los Estados miembros a aplicar las normas de la UE sobre la coordinación de la Seguridad Social para los ciudadanos de la UE que se hayan trasladado a otro Estado miembro”<sup>7</sup>.

4 STJ de 19.9.2013,-140/12, (Brey).

5 El concepto de residencia de la Directiva 2004/38 cubre situaciones que serían calificadas como estancia por el Reglamento 883/2004.

6 tress Think Tank Report 2010; “Healthcare Provided During a Temporary Stay in Another Member State to Persons Who Do Not Fulfil Conditions For Statutory Health Insurance Coverage”; p.11.

[http://www.tress-network.org/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/ThinkTank\\_HealthcareUninsuredCitizens\\_Final\\_140111.pdf](http://www.tress-network.org/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/ThinkTank_HealthcareUninsuredCitizens_Final_140111.pdf)

7 <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=868>

#### 4. Naturaleza tributaria de las cotizaciones sociales

FERREIRO LAPATZA<sup>8</sup> señala que la doctrina coincide en reconocer la naturaleza tributaria de la cotización, tesis avalada incluso por el Tribunal Constitucional<sup>9</sup>. Pero no existe unanimidad respecto a su concreto encuadramiento dentro de la diversidad de figuras que el término tributo comprende.

Al respecto, BORRAJO DACRUZ<sup>10</sup> destaca cómo para unos autores la cotización tiene el carácter de impuesto especial, mientras que otros defienden que se trata de una tasa, “pues el trabajador es, a la vez que contribuyente, un beneficiario del servicio financiado con tales cuotas”. Para el citado autor, sin embargo, la cotización se configuraría como una exacción parafiscal exceptuada de la legislación común.

A la vista de lo aparentemente ficticio que resulta ser la dicotomía cotización-tributo, cabría preguntarse porqué el legislador no hace gala de una técnica legislativa más depurada y sustituye una nomenclatura por otra. Entre los posibles motivos que desaconsejarían iniciativas de tal índole, el factor sociológico no es el menos importante, dado el generalizado rechazo de la población hacia el sistema impositivo. En este sentido, nadie se ha expresado con mayor rotundidad que SCHULTE<sup>11</sup> cuando afirma que la utilización del vocablo cotización en vez de tributo obedece “a que se espera que las cotizaciones sean aceptadas más fácilmente por los ciudadanos, ya que la gente tiene la sensación de que obtiene algo a cambio de sus pagos”<sup>12</sup>.

##### 4.1. Residencia “habitual” en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

La Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas califica de contribuyentes “a las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español”<sup>13</sup>.

8 José J. Ferreiro Lapatza; Francisco Clavijo Hernández; Juan Martín Queralt; y Fernando Pérez Royo; Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Marcial Pons. Madrid. 1986; p.906: “las cotizaciones participan de las notas o caracteres esenciales que distinguen a los tributos: son prestaciones coactivas, establecidas unilateralmente por el Estado y su destino es la financiación de las necesidades colectivas”.

9 STC 39/1992, de 30 de Marzo: “es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma cada vez más próxima al concepto de tributación”.

10 Efrén Borrajo Dacruz; Estudios Jurídicos de Previsión Social. Aguilar. Madrid. 1962; pp.73-101. La definición que propone el autor es que la cotización es “un tributo con un régimen jurídico peculiar y especial”.

11 Bernd Schulte; “La Financiación de los Sistemas de Protección Social en la Europa Comunitaria” en: VV.AA.; Los Sistemas de Seguridad Social y las Nuevas Realidades Sociales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992; p.52.

12 José María Ordeig Fos; “Mutualidades de Previsión Social y Planes y Fondos de Pensiones: Órdenes Jurisdiccionales Competentes”. Actualidad Laboral nº 3/1993; p.683: “el Tribunal Constitucional destaca y subraya una concepción puramente pública del Sistema de Seguridad Social, llegando a desgajar la prestación de la cotización, mero tributo”.

13 Artículo 8.1.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Pero, y esto es lo más destacable, residente “habitual” no es sólo quien “permanezca más de 183 días, durante el año natural en territorio español”<sup>14</sup> sino que también se entenderá que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español “cuando radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta”<sup>15</sup>. Se trata, pues, de requisitos alternativos y no necesariamente acumulativos.

Resulta legalmente factible, por tanto, ser residente “habitual” en España a efectos fiscales independientemente del tiempo que una persona permanezca en el extranjero.

Sin olvidar que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 4/2000 dispone que los extranjeros estarán sujetos, con carácter general, a los mismos impuestos que los españoles<sup>16</sup>.

Por tanto, si los asegurados continúan tributando -como residentes a efectos de la legislación fiscal española y/o cotizando a la Seguridad Social- suspender o extinguir el derecho a dichas prestaciones por ausencias del territorio nacional que no conlleven la pérdida de la condición de residentes podría tener carácter confiscatorio, algo vedado por el artículo 31.1 de la Constitución<sup>17</sup>.

Ha de tenerse en cuenta, asimismo, que las prestaciones de las que serían excluidos por ausentarse más de 90 días en el año natural de España no se les van a reconocer ni garantizar, necesariamente, en los países a los que se hayan trasladado o en los que se encuentren.

## 5. La Disposición Adicional Sexagésima Quinta ¿vulnera el Derecho de Propiedad?

El artículo 33.1 de la Constitución reconoce el Derecho a la propiedad privada que se configura como “un haz de facultades individuales sobre las cosas”<sup>18</sup>.

14 Artículo 9.1.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: “se entenderá que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias: a) que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español. Para determinar este período de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país. En el supuesto de países o territorios considerados como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural”.

15 Artículo 9.1.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

16 Carlos M<sup>a</sup> López Espada; “La Contemplación de los Impuestos en la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social: Una Visión Constitucional Comparada”. Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública nº 261/2011; pp. 671-690.

17 El artículo 31.1 de la Constitución dispone que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

18 STC 37/87, de 26 de Marzo.

Pero no incluye dentro de su ámbito de aplicación material a las prestaciones sociales, que a lo sumo han sido calificadas como “bienes jurídicos constitucionalmente tutelados”<sup>19</sup>.

No resulta por tanto sorprendente que, hasta la fecha, los tribunales españoles no hayan tutelado el derecho a prestaciones de Seguridad Social como derecho de propiedad. Pero en cambio sí que lo hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La existencia de un derecho fundamental de propiedad privada es, tal y como REY MARTINEZ<sup>20</sup> resalta, comúnmente aceptada en Europa, pero su reconocimiento en los textos internacionales suele caracterizarse por su ambigüedad, excepción hecha del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos que proclama que “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede 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”.

Este último precepto, al igual que otras provisiones substantivas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales, no sólo resulta vinculante para los Estados firmantes, sino que conforme al artículo 34 del Convenio es directamente aplicable a quienes se encuentren incluidos en su ámbito de aplicación personal<sup>21</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha defendido una interpretación extensiva del concepto de propiedad que no sólo ampara el Derecho de propiedad en sentido estricto, sino también las expectativas de Derecho (asuntos Pine Valley Developments y Pressos Compañía Naviera)<sup>22</sup>. Además, lo ha dotado de un significado autónomo<sup>23</sup>, independientemente del que pueda atribuírsele en los ordenamientos nacionales.

Por el contrario, nuestro Tribunal Constitucional<sup>24</sup> respecto a la reforma del anticipo de la edad de jubilación de los funcionarios se decantó por rechazar la existencia de derechos adquiridos que hubieran sido objeto de expropiación por

19 STC 126/1994, de 25 de Abril.

20 Fernando Rey Martínez; “El Derecho de Propiedad Privada en el Derecho Europeo”. Revista de Estudios Europeos nº 8/1994; p.53.

21 Olga Angelopoulos; “The Interaction between the Jurisprudence of the European Law of Human Rights and the Judicial Protection of Social Security Rights in Germany and Greece”. Paper for the EISS Researchers Forum 1998: International Impact upon Social Security. Texto multicopiado sin lugar ni fecha de impresión; p.3.

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

23 En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23.2.1995 (caso Gasus Dossier y Fördertechnik) y con cita de su anterior jurisprudencia, el Tribunal recuerda que la noción de bienes del artículo 1 del Protocolo nº1 posee un alcance autónomo que no se limita ciertamente a la propiedad de los bienes físicos: determinados derechos e intereses que constituyen activos pueden considerarse también derechos de propiedad y, por lo tanto, “bienes a los efectos de esa disposición”.

24 SSTC 108/1986, de 29 de Julio; 70/1988, de 19 de Abril; y 99/1987, de 11 de Junio, entre otras.

la legislación impugnada<sup>25</sup>. La sentencia 103/83<sup>26</sup> niega que la existencia de una cotización igual sea “elemento bastante para la exigencia de iguales prestaciones”, o que “la adecuación entre cuota y prestación pueda utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas”. Más radical se muestra la sentencia 134/1987<sup>27</sup> que rotundamente afirma que “los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha producido el hecho que las causa”.

### 5.1. Prestaciones de Seguridad Social contributivas y no contributivas como Derecho de Propiedad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

En la sentencia recaída en el caso *Gaygusuz*<sup>28</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció por vez primera que el derecho a una prestación de Seguridad Social es un derecho “pecunario” o “patrimonial”<sup>29</sup> en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional, independientemente de cómo se financie.

Esta doctrina se ha aplicado sin fisuras en otras muchas sentencias posteriores<sup>30</sup>, y de las mismas cabe concluir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prescinde de las vías de financiación de la prestación de Seguridad Social (impuestos o cotizaciones) cuando de declarar la naturaleza patrimonial de la misma se trata.

### 5.2. Sentencias condenatorias contra España

Hasta la fecha, España ha sido dos veces condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con fundamento en la “doctrina *Gaygusuz*”.

En la sentencia de 8.12.2009 (caso *Muñoz Díaz*)<sup>31</sup>, el TEDH rechaza por

25 En el mismo sentido se pronuncia la STC 65/1987, de 21 de Mayo: “tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca”.

26 STC 103/1983 de 22 de Noviembre. Igualmente contundente es la sentencia 184/1993, de 31 de Mayo: “la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico”.

27 STC 134/1987, de 21 de Julio.

28 Sentencia 16.9.1996. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; “La Tutela de las Prestaciones Sociales como Derecho de Propiedad: el Asunto *Gaygusuz*”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* 96/1999; pp.391-434.

29 “Droit patrimonial”, en la versión francesa.

30 Casos *Antonakopoulos* contra Grecia; *Wessels-Beergervoet* contra los Países Bajos; *Willis* contra el Reino Unido; y *Anzinas* contra Chipre, analizados en: C. Sánchez-Rodas Navarro; *Coordinadas de la Protección Social de los Migrantes. El Marco Comunitario, Nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Laborum. Murcia. 2005*; pp.129-136. Más recientemente, *Pichkur* contra Ucrania de 7.11.2013.

31 C. Sánchez-Rodas Navarro; “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Pensión de Viudedad en Caso de Unión Celebrada Conforme al Rito Gitano”. *Aranzadi Social* nº 18/2010; pp. 127-146.

unanimidad que el hecho de las uniones gitanas no tengan efectos civiles 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 años<sup>32</sup>, 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.

De la sentencia Muñoz Díaz hay varios párrafos que podrían ser invocados para justificar que privar a quienes cotizan y tributan en España de prestaciones de Seguridad Social por ausentarse temporalmente de España vulnera el Derecho de propiedad, tal y como es interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

En el párrafo 44 el Tribunal destacó 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”.

Piedra angular del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues se repite hasta la saciedad a lo largo de la sentencia, es que las autoridades han creado en la demandante una expectativa legítima al cobro de la pensión.

Y en el párrafo 69, el Tribunal hace suyo el último párrafo del voto particular de la STC 69/2007, de 16 de Abril<sup>33</sup>, 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”.

En conclusión, a la vista de lo expuesto las prestaciones sociales a las que la Disposición Adicional 65<sup>a</sup> del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social resulta aplicable serían indudablemente calificables como Derecho de propiedad a los efectos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y podría resultar “desproporcionado” privar de las mismas a quienes continúan cotizando y tributando en España.

Para concluir este epígrafe hay que hacer mención a la segunda de las sentencias condenatorias contra España, fechada el 3.4.2012 (Manzanas Martín) en la que el Tribunal declaró, una vez más, que España había infringido los artículos 14

32 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”.

33 La STC 69/2007, de 16 de Abril denegó a la Sra. Muñoz Díaz el amparo solicitado por cuanto que “tomando como presupuesto, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, que cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras forma de acceder al vínculo matrimonial lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica, no cabe apreciar el trato discriminatorio por razones étnicas alegado”.



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<sup>34</sup>.

## 6. Inoperatividad de la Disposición Adicional Sexagésima Quinta cuando sea aplicable el Derecho de la Unión Europea o convenios internacionales de Seguridad Social

Sin cuestionar las competencias de los Estados para introducir reformas legislativas en sus sistemas de Seguridad Social, ha de tenerse muy presente el principio de primacía que se predica del Derecho de la Unión Europea.

Y, concretamente, en el ámbito de la Seguridad Social es preciso traer a colación el Reglamento de 883/2004 -desarrollado por el Reglamento 987/2009- “que no instituye un régimen común de Seguridad Social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos y su único objetivo es garantizar que exista un nivel de coordinación entre estos últimos”<sup>35</sup>.

El citado Reglamento 883/2004 contiene regulaciones diferentes en materia de exportación de prestaciones según se trate de prestaciones de Seguridad Social contributivas, no contributivas y prestaciones especiales en metálico no contributivas o prestaciones en especie (asistencia sanitaria).

Y dichas disposiciones habrán de ser aplicadas prioritariamente -aunque ello conlleve inaplicar la legislación nacional- cuando se trate de sujetos incluidos en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 que reclamen prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el mismo.

Respecto a la aplicación de las normas de coordinación a los nacionales de Terceros Estados, hay que estar a lo previsto en el Reglamento 1231/2010 por el que se amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 y el Reglamento 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos.

34 “Ninguna de estas 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 se concede a los pastores evangélicos en la legislación española. El Tribunal considera, por lo tanto, probado, habida cuenta de las circunstancias del caso, que esta diferencia normativa desfavorable constituye una diferencia de trato al demandante, basada en la confesión religiosa, no justificada en relación al trato reservado a los sacerdotes católicos”.

35 STJ de 19.9.2013, -140/12, (Brey): “las disposiciones del Reglamento 883/2004 pretenden alcanzar el objetivo definido en el artículo 48 TFUE impidiendo los efectos negativos que el ejercicio del derecho a la libre circulación de los trabajadores pudiera tener sobre el disfrute, por los trabajadores y los miembros de su familia, de las prestaciones de seguridad social”.

## 7. La Disposición Adicional Sexagésima Quinta ¿vulnera el Derecho a la libre circulación de los ciudadanos en la Unión Europea?

El Derecho a la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales del mercado interior, que implica un espacio sin fronteras interiores (Considerando 2 de la Directiva 2004/38).

El artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -antiguo artículo 18.1 del Tratado CE- proclama el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea a circular libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las Disposiciones adoptadas para su aplicación.

En relación con dicho precepto, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto Pusa<sup>36</sup> que “las facilidades que ofrece el Tratado en materia de libre circulación no podrían producir plenos efectos si se pudiera disuadir a un nacional de un Estado miembro de hacer uso de aquéllas por los obstáculos a su residencia en el Estado miembro de acogida creados por una normativa de su Estado de origen que penaliza el hecho de que las haya ejercido”.

Igualmente, en el caso De Cuyper<sup>37</sup> afirmó que “una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 18.1 (actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) reconoce a todo ciudadano de la Unión”.

A la vista de la citada jurisprudencia, la Disposición Adicional 65ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social podría constituir un obstáculo al Derecho a la libre circulación de los ciudadanos cuando, a fin de no ser privados de las prestaciones sociales que reconoce la normativa española de Seguridad Social, se vieran obligados a restringir la duración de sus salidas a otros territorios en los que el Derecho de la Unión Europea resultara aplicable.

Esta última situación que no se producirá, sin embargo, cuando se trate de sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 que consagra, con carácter general, la supresión de la cláusula de residencia para las prestaciones coordinadas por el mismo.

### 7.1. El artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como fundamento para la exportación de prestaciones de Seguridad Social

Con la sentencia Tas-Hagen<sup>38</sup> se inició una revulsiva doctrina que reconoce el derecho a exportar prestaciones sociales en el territorio de la Unión Europea con

---

36 STJ de 29.4.2004, -224/02, (Pusa) Rec.; p. I-5763).

37 STJ de 18.7.2006, -406/04, (De Cuyper) Rec.; p. I- 6947.

38 STJCE de 26.10.2006, -192/05, (Tas-Hagen y R.A. Tas) Rec.; p.I-5763.

fundamento exclusivamente en el Derecho a la libre circulación consagrado en el artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El litigio se suscitó como consecuencia de la negativa de las autoridades holandesas a abonar a los recurrentes una prestación destinada a las víctimas civiles de guerra en base a que ya no residían en dicho Estado. No se invocó el Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social, puesto que el mismo expresamente excluye de su ámbito de aplicación material a las prestaciones a favor de las víctimas de guerra. Tampoco se aplicó el Reglamento relativo a la libre circulación de trabajadores, ya que no consta que los litigantes hubieran ejercido una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro.

Los recurrentes fundan su pretensión exclusivamente en el artículo 18. 1 del Tratado de la Comunidad Europea -actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-.

Argumento que hace suyo el Tribunal de Justicia que afirma que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 18.1 del Tratado CE -actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- reconoce a todo ciudadano de la Unión. No considerando el Tribunal de Justicia que el requisito de exigir la residencia en el territorio que reconoce la prestación sea proporcional ni que se base en consideraciones objetivas de interés general.

Análogos razonamientos jurídicos se repiten en asunto *Nerkowska*<sup>39</sup> en el que a la recurrente, de nacionalidad polaca, le fue denegada una pensión de invalidez concedida a las víctimas civiles de la guerra o de la represión por no residir en Polonia.

Ante el Tribunal de Justicia se invoca como precepto infringido el artículo 18.1 del Tratado de la CE -actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE-. Y nuevamente el Tribunal vuelve a interpretar que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades reconocidas a todo ciudadano de la UE.

A la luz de estas sentencias resultaría plausible invocar directamente el artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para reclamar la exportación de una prestación de Seguridad Social contributiva y no contributiva incluida en el campo de aplicación de la Disposición Adicional 65ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, al margen de la farragosa y a veces restrictiva regulación al respecto contenida en los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

---

39 STJCE de 22.5.2008, -499/06, (*Nekowska*) Rec.; p. I-3993.