

LA CONDICIÓN DE “EXTRANJERO” Y LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS*

Ricardo Pedro Ron Latas

1.- Como se sabe, los artículos 144.1 y 167.1 de la LGSS -así como los arts 1 y 8 del Reglamento de la Ley de Prestaciones no Contributivas (Real Decreto 357/1991, de 15 marzo)- exigen para adquirir la condición de beneficiario de una pensión no contributiva por incapacidad o jubilación, entre otros requisitos, la residencia legal en España¹ durante cinco -en caso de pensiones por incapacidad- o diez años -supuesto que lo que se solicite sea una pensión por jubilación-, siempre que al menos dos de ellos hayan sido inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión.

2.- Este es, aparentemente, el único requisito que, aparejado a la nacionalidad, se exige por la normativa de seguridad social no contributiva en orden a la obtención de pensiones por incapacidad o jubilación. Sin embargo, aunque a la vista de lo anterior pudiese parecer que cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, podría acceder a una pensión no contributiva si cumple con los requisitos de su hecho causante -en especial, con el de la residencia en España-, lo cierto es que, a excepción de los ciudadanos del reino de España, los nacionales de otros países que residan legalmente en el estado español² precisan, además, una expresa habilitación normativa.

Y es que, atendiendo a lo dispuesto en el art. 7.3 LGSS donde se indica que sólo estarán comprendidos “en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional”, parece claro que el criterio de la nacionalidad resulta decisivo a la hora acceder a las pensiones no contributivas, en la medida en que el acceso a las mismas queda limitado a los ciudadanos españoles que, además, hayan residido en España durante cierto tiempo.

* Comunicación presentada en el “XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, celebrado los días 8 y 9 de junio de 2001 en Santander.

1 Que deberá quedar acreditada “cuando el interesado ... tenga su domicilio en territorio español y resida legalmente en él ostentando la condición de residente” (SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi [Pamplona, 2001], p. 36), debiendo efectuarse su comprobación, preferentemente, mediante certificación del padrón municipal (cfr. art. 23.1 b) Real Decreto 357/1991, de 15 marzo).

2 Parece razonable pensar que sólo las situaciones legales de “residencia” -temporal y permanente- contemplan los arts. 29, 31 y 32 de las Leyes Orgánicas 4/2000, de 11 enero y 8/2000, de 22 diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, permitirán acreditar el requisito legal de residencia exigido para causar derecho a las pensiones no contributivas.

3.- Ahora bien, lo que “a primera vista parece identificar a los españoles como únicos beneficiarios”³, resulta ser una “conclusión precipitada, que resulta desmentida inmediatamente”⁴ por el art. 7.5 LGSS, donde se extiende dicha protección a los “hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos”. Por lo que, además de los españoles, también los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan legalmente en España podrán acceder a las pensiones no contributivas del sistema de seguridad social. Más difícil resulta, en cambio, la equiparación con relación a los nacionales de otros países, pues el precepto que se acaba de mencionar supedita la misma a lo que se “disponga en Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”.

4.- Dejando de lado a los ciudadanos de la Unión europea -así como a los del espacio económico europeo, esto es, Islandia, Noruega y Liechtenstein- pues no presentan mayores dificultades -al equipararse a los españoles en materia de seguridad social tras la entrada del Estado español en la Unión Europea⁵-, la determinación de aquellas nacionalidades que permiten obtener prestaciones no contributivas en el Estado español requiere, en primer lugar, un cabal repaso de los convenios bilaterales de seguridad social; y ello, con la finalidad de determinar si en los mismos se admite -bien expresamente, bien a través de una cláusula específica de reciprocidad- la obtención de pensiones no contributivas por parte de los nacionales de las partes contratantes.

Al día de hoy, los países con los que España ha suscrito convenios bilaterales de seguridad social resultan ser: Andorra⁶, Argentina⁷, Australia⁸, Brasil⁹, Canadá¹⁰, Chile¹¹, Ecuador¹², Estados Unidos¹³, Filipinas¹⁴, Marruecos¹⁵, Méjico¹⁶, Panamá¹⁷, Paraguay¹⁸,

3 SEMPERE NAVARRO, A.V., *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina. Abril 1998*, Aranzadi (Pamplona, 1998), p. 48.

4 *Ibidem*.

5 Véase, confirmando dicho extremo, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., *Derecho Social Europeo*, Tecnos (Madrid, 1994), ps. 217 y ss; pudiendo incluso, “conforme el art. 10 bis del Rgto. CE 1408/1971, en su redacción dada por el Rgto. 1247/1992, de 30-IV, ... ser computados, en la medida necesaria, los períodos de residencia en otros Países de la Unión” (ALONSO OLEA.M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Civitas [Madrid, 2000], p. 338). Así, los años de residencia exigidos pueden serlo “en cualquiera de los Estados miembros, y no sólo en España, so pena de incurrir en discriminación por razón de la nacionalidad” (ALONSO GARCÍA, B., *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas [Madrid, 1997], p. 181).

6 Convenio de 14 abril 1978 (BOE de 20 julio).

7 Convenio de 28 mayo 1966 (BOE de 16 septiembre 1967).

8 Convenio de 10 febrero 1990 (BOE de 11 junio 1991).

9 Convenio de 16 mayo 1991 (BOE de 15 enero 1996).

10 Convenio de 10 noviembre 1986 (BOE de 1 diciembre 1987).

11 Convenio de 28 enero 1997 (BOE de 25 marzo 1998).

12 Convenio de 1 abril 1960 (BOE de 23 octubre 1962) y Convenio adicional de 8 mayo 1974 (BOE de 29 julio 1975).

13 Convenio de 30 septiembre 1986 (BOE de 29 marzo 1988).

14 Convenio de 20 mayo 1988 (BOE de 11 octubre 1989).

15 Convenio de 6 noviembre 1979 (BOE de 13 octubre 1982).

16 Convenio de 25 abril 1994 (BOE de 17 marzo 1995).

17 Acuerdo Administrativo de Seguridad Social de 8 marzo 1978 (BOE de 3 mayo 1980).

18 Convenio de 25 junio 1959 (BOE de 18 abril 1960) y Convenio Complementario de 2 mayo 1972 (BOE de 4 octubre 1974).

Perú¹⁹, Rusia²⁰, Suiza²¹, Ucrania²² Uruguay²³ y Venezuela²⁴. De aquí, sin embargo, se deben descartar, por un lado, todos aquellos convenios suscritos con países cuyos ciudadanos se encuentren incorporados al campo de aplicación de las pensiones no contributivas, por mor de la asimilación que efectúa el art. 7.5 LGSS -que ya conocemos- y, por el otro, los Convenios suscritos con posterioridad a -1991 fecha de entrada en vigor del Ley 26/1990, de 20 diciembre, de prestaciones no contributivas-, esto es, los Convenios Hispano-Canadiense²⁵, Hispano-Ruso²⁶ e Hispano-Ucraniano²⁷, pues -debido precisamente a la fecha de suscripción- los mismos acogen el derecho de los ciudadanos canadienses, rusos y ucranianos que residan legalmente en España a obtener pensiones no contributivas.

Los demás convenios firmados con anterioridad a 1990 -esto es, el Hispano-Australiano, el Hispano-Estadounidense, el Hispano-Marroquí y el Hispano-Suizo-, sí suscitan problemas de interpretación, al no incluir disposiciones específicas sobre prestaciones no contributivas, debiendo rastrearse en ellos la posible existencia en su articulado de cláusulas de reciprocidad o de igualdad de trato que permitan a los nacionales de cada uno de esos países acceder a una pensión no contributiva en el nuestro, debido justamente a la falta de menciones expresas a un régimen prestacional no contributivo.

5.- A mi modo de ver, del estudio del contenido de los convenios referenciados -a salvo, por supuesto, de la existencia de algún protocolo adicional posterior- los únicos de los que podría inducirse la extensión de la igualdad de trato a las prestaciones no contributivas son el Hispano-Marroquí, el Hispano-Estadounidense y el Hispano-Suizo²⁸, destacando vivamente de entre ellos el Hispano-Marroquí, pues ha sido el único en promover pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos al tema que aquí nos ocupa.

6.- El primero de esos pronunciamientos, que supone el *leading case* en esta materia, es una STSud de 1 abril 1998²⁹ -dictada en sala general-, cuya génesis se encuentra en el recurso planteado por una ciudadana del Reino de Marruecos, con residencia en España, a la que se le había denegado la concesión de una pensión no contributiva por incapacidad, al entender el Tribunal *a quo* que el Convenio Hispano-Marroquí no contenía cláusula alguna de equiparación entre los ciudadanos de ambos países en orden a la concesión de pensiones no contributivas, habida cuenta de que dicho convenio de referencia, en su art. 2.3 a), sólo resulta aplicable con respecto “a las disposiciones lega-

19 Convenio de 24 julio 1964 (BOE de 2 septiembre 1969) y Acuerdo Administrativo de 24 noviembre 1978 (BOE de 12 junio 1985).

20 Convenio de 11 abril 1994 (BOE de 24 febrero 1996).

21 Convenio de 13 octubre 1969 (BOE de 1 septiembre 1970).

22 Convenio de 7 octubre 1996 (BOE de 4 abril 1998).

23 Convenio de 21 junio 1979 (BOE de 5 noviembre).

24 Convenio de 12 mayo 1988 (BOE de 7 julio 1990).

25 El protocolo de 19 octubre 1995 (BOE de 8 febrero 1997) al Convenio Hispano-Canadiense establece una cláusula de reciprocidad en materia de prestaciones no contributivas en su art. 2.1.

26 De la lectura de los arts. 2.1 a) y b), 4 y 10.4 del Convenio Hispano-Ruso de seguridad social se desprende que cualquier ciudadano ruso puede acceder a las prestaciones no contributivas si cumple con los requisitos establecidos al efecto, ahora que, en orden al requisito de residencia legal en España, no podrán totalizarse los períodos acreditados en Rusia.

27 Al igual que en el convenio Hispano-Ruso, los arts. 2.1 A b), 4 y 10.6 del Convenio Hispano-Ucraniano de seguridad social permiten sostener la posibilidad de que los ciudadanos ucranianos que residan legalmente en España pueden acceder a las prestaciones no contributivas, si cumplen con los requisitos establecidos al efecto, aunque, de nuevo en orden al requisito de residencia legal en España, no podrán tampoco totalizar los períodos de residencia acreditados en Ucrania.

28 El Convenio Hispano-Australiano, sin embargo, parece incluir en el art. 2.3 de su Protocolo Adicional una vaga referencia a la igualdad de trato.

29 Ar. 2689.

les sobre una nueva rama de Seguridad Social, si las dos Partes Contratantes convienen en ello” -convención que, por cierto, aún no se ha producido-, y sin que, a tal efecto, resulte aplicable el apartado b) de ese mismo art. 2.3, donde se impone la ampliación del Convenio a “nuevos grupos de personas, siempre que una de las Partes Contratantes no haya formulado objeción alguna al respecto ante la otra Parte dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe prevenido en el art. 34”.

Este parecer de la Sentencia recurrida fue refrendado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo -aunque no mayoritariamente, ya que cuatro de los Magistrados mostraron su disconformidad en un extenso voto particular-, confirmando que las prestaciones no contributivas de la seguridad social constituyen una nueva rama de la seguridad social. Y es que, sobre la base de que “en el Sistema de Seguridad Social ha de distinguirse entre las personas protegidas y el ámbito de protección”³⁰, y sobre la base, además, de que el art. 2.3 b) “está regulando el alcance subjetivo o personal de la protección [...], con lo que] el establecimiento de las prestaciones «no contributivas», excede a dicho ámbito subjetivo”³¹, parece evidente que las prestaciones no contributivas constituyen una nueva rama de seguridad, lo cual, además, se deduce “con claridad, no tanto de la naturaleza de las propias prestaciones y contingencias protegidas, como de su fuente de financiación y, sobre todo, de su desvinculación como relación protectora, de la relación de prestación de servicios por cuenta ajena, en abierta diferenciación con el ámbito protector contributivo”³²; criterio éste que, por otro lado, confirma la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, al “diferenciar en plenitud la rama contributiva de la rama asistencial, permaneciendo la primera como la rama de protección de quienes la lucran mediante las aportaciones personales y las aportaciones ganadas por su actividad, mientras que la segunda es la de quienes la alcanzan del Erario público, sin otra razón que su vinculación con el Estado titular de tal Erario”³³.

Así, siendo aplicable el art. 2.3 a) del Convenio, “al no haber habido un nuevo Convenio bilateral entre los Reinos español y marroquí, referido a esta nueva rama, no puede aplicarse el preexistente”³⁴, sin que dicha conclusión quede desvirtuada por lo dispuesto en el Convenio número 97 de la OIT³⁵, o incluso en el Reglamento 2211/1978, 26 septiembre 1978³⁶, de la Unión Europea, por el que se celebra el Acuerdo de Cooperación con el Reino de Marruecos, donde se prohíbe la desigualdad de trato de los trabajadores migrantes y sus familiares con respecto a los nacionales del país donde se solicite la prestación³⁷. Y ello, porque en este caso la peticionaria, que vive “con su esposo y que el sustento se debe a beneficencia de Instituciones privadas”³⁸, no litiga en el pleito “ni como trabajadora por cuenta ajena (Convenio de la OIT), ni como familiar de un trabajador marroquí por cuenta ajena, que hubiera ganado (el trabajador) la protección para sí y para sus familiares”³⁹, haciéndolo, por contra, “a título personal, e invo-

30 Fj. 2º.

31 *Ibidem*.

32 Fj. 3º. En este mismo sentido, véase STSJ Valencia de 26 junio 1997 (Ar. 2083). En contra, véanse SSTSJ Cataluña de 22 octubre 1993 (Ar. 4555), 5 mayo 1994 (Ar. 2038) y 19 julio 1996 (Ar. 4178).

33 *Ibidem*. Sobre este tema, véase MONTOYA MELGAR, A., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 1 abril 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas por una ciudadana marroquí: alcance del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 9, 1998, ps.112 y ss.

34 *Ibidem*.

35 Adoptado el 1 julio 1949 y ratificado por España el 23 febrero 1967 (BOE de 7 junio 1967).

36 DOCE de 27 septiembre 1978.

37 Cfr. arts. 6 Convenio 97 OIT y 41 Reglamento 2211/1978.

38 Fj. 4º.

39 *Ibidem*.

cando derechos individuales, no contributivos, es decir, no ganados en su cualidad de trabajador con cotización y carencia⁴⁰.

7.- Otra cosa sería, en cambio, que se hubiese litigado en calidad de trabajador -o, incluso, en calidad de familiar que conviva con él-, pues en virtud de los dispuestos en el art. 41.1 del Reglamento CEE 2211/78 -donde se establece la igualdad de trato entre los ciudadanos de la Unión Europea y los ciudadanos del Reino de Marruecos- sí sería posible acceder a la protección no contributiva que brinda el Estado español. Y así lo ha confirmado una STSud de 30 marzo 1999⁴¹, donde lo que se discutía era precisamente si la asimilación que establece esa norma comunitaria resulta aplicable a la protección no contributiva de la seguridad social española, cuando la solicitud proviene de un trabajador marroquí o de alguno de sus familiares, pues éstos deben ser tratados como los nacionales “del Estado donde esté empleado ... [el trabajador] a efectos de seguridad social y en cualquier caso la equiparación a los trabajadores de los Estados miembros ha de serlo en principio en las mismas condiciones que para éstos se establecen en el Reglamento CEE 1408/71⁴²”.

Aquí resulta preciso poner de relieve, sin embargo, que el concepto de trabajador que utiliza el Tribunal Supremo -citando, a este respecto, variada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- queda referido solamente a los “trabajadores en activo ... [y] a los que han abandonado el mercado de trabajo después de haber alcanzado la edad necesaria para disfrutar una pensión de vejez o después de haber sido víctimas de los riesgos que dan derecho a prestaciones con arreglo a otras ramas de la seguridad social⁴³”, sin que puedan equipararse a ellos, por lo que parece, aquellas personas -o los familiares de éstas- que, ostentando el correspondiente permiso de residencia, no hayan realizado actividad remunerada alguna, que supusiera su incardinación en algún régimen público de seguridad social.

8.- Así las cosas, parece claro que los trabajadores marroquíes -en el sentido antedicho-, estén o no en activo, así como sus familiares, se encontrarán en pie de igualdad con los ciudadanos españoles a la hora de acceder a la protección no contributiva del sistema de seguridad social⁴⁴, gracias a los acuerdos de cooperación suscritos con la Unión Europea; posibilidad ésta con la que contarían incluso los nacionales de otros países, siempre que: 1) su Estado haya suscrito un Acuerdo de cooperación con la Unión Europea; y 2) dicho acuerdo incorpore una cláusula de no discriminación por razón de nacionalidad; sin necesidad, por ello, de que el país de procedencia hubiese suscrito un Convenio bilateral de seguridad social con España⁴⁵.

40 *Ibidem*. En este mismo sentido, véase STSJ Cataluña de 30 marzo 1996 (Ar. 651).

41 Ar. 3773.

42 F.j. 2º, párr. 3º.

43 F.j. 2º, párr. 4º.

44 Debiendo insistirse, una vez más, en que dicha posibilidad está sujeta a la vida laboral efectiva de los súbditos marroquíes.

45 Por ejemplo, Argelia (cfr. art. 39.1 del Reglamento 2210/1978, de 26 septiembre (DOCE de 27 septiembre), por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Argelina Democrática y Popular), Hungría (art. 37.1 del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus estados miembros y la República de Hungría publicado en el DOCE el 31 diciembre 1993), Lituania (art. 37.1 del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus estados miembros y la República de Lituania, publicado en el DOCE el 20 febrero 1998), Polonia (art. 37.1 del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus estados miembros y la República de Polonia, publicado en el DOCE el 31 diciembre 1993) Rumanía (art. 37.1 del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus estados miembros y la Rumanía publicado en el DOCE el 31 diciembre 1994) y Turquía (cfr. art. 37 del Protocolo complementario al Acuerdo de asociación entre la CEE y Turquía, publicado en el DOCE el 31 diciembre 1977).

9.- Hay que indicar, para finalizar, que todo lo expresado hasta ahora quedaría vacío de contenido si, según sostiene la doctrina, el art. 14.1 de la Ley 4/2000, de 11 enero -donde se señala que los “extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”-, resultase aplicable al nivel no contributivo de la Seguridad Social española, pues, en tal caso, “todos los extranjeros, sin excepción, que -de forma temporal o permanente- residan legalmente en territorio español se ... [hallarían] equiparados a los españoles a efectos de acceder a las prestaciones no contributivas”⁴⁶.

A salvo de la exégesis que del precepto efectúen las entidades gestoras -así como, en su caso, los Tribunales Laborales-, coincidimos con la doctrina al opinar que “causa verdadero sobrecogimiento que una cuestión de tanto calado y trascendencia ... haya sido abordada de modo tan imperfecto”⁴⁷; pero lo causa aún más el saber que dicha incuria del legislador no haya sido debidamente enmendada a través de la reciente reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000 por su homónima, la Ley 8/2000, de 22 de diciembre.

46 SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Ob. cit.*, p. 26.

47 *Ibidem.*