

NOTAS SOBRE EL DERECHO DE LOS INMIGRANTES LEGALES MARROQUÍES A PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS POR HIJO A CARGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA (a propósito de una STSud de 21 enero 2003).

Lucía Dans Álvarez de Sotomayor

1. Como se sabe, nuestra vigente LGSS contiene una regulación relativamente precisa y, también, relativamente anacrónica del tema de los potenciales beneficiarios extranjeros no comunitarios del sistema español de prestaciones no contributivas de Seguridad Social, puesto que en su art. 7.5 afirma, de un lado, que “los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio nacional se equiparan a los españoles”; y de otro lado, a propósito siempre de las prestaciones no contributivas, que “con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”. Y el anacronismo resulta evidente, entre otras varias razones, por haberse alterado clamorosamente a día de hoy el supuesto de hecho idealizado que dicha norma pretendía regular, dado que —como ha puesto de relieve ALONSO OLEA— el número de afiliados marroquíes a la Seguridad Social española, ya en diciembre de 2000, superaba con creces la suma del total de los de nacionalidad iberoamericana¹. No extraña, por ello mismo, que nuestros Tribunales laborales vengan conociendo con cierta frecuencia de demandas sobre prestaciones no contributivas de Seguridad Social, deducidas precisamente por ciudadanos de nacionalidad marroquí que poseen en España la condición de inmigrantes legales; demandas a resolverse, en principio, por aplicación del tratado, convenio, acuerdo, etc., específicamente aprobado o suscrito al efecto, según dispone el art. 7.5 LGSS, de que acaba de hacerse mención.

* *Abreviaturas más utilizadas*: Ar: Marginal Aranzadi; BOE: Boletín Oficial del Estado; CEE: Comunidad Europea; DOL: Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie Legislación; FD: Fundamento de Derecho; FJ: Fundamento Jurídico; LGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio (BOE de 22 diciembre), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; LPNC: Ley 26/1990, de 20 diciembre (BOE de 29 junio), por la que se establecen en la Seguridad Social las prestaciones no contributivas (derogada por disposición derogatoria única, r) LGSS, siendo su articulado asumido por esta última); STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; STSud: Sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina; STSJ: Sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia; TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

¹ Véase una pormenorizada tabla de afiliaciones a la Seguridad Social, según nacionalidades, en ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las Leyes de Extranjería en el Año 2000*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 2001), pág. 42.

2. Al no existir convenio o acuerdo específico sobre el particular, la primera cuestión que abordaron nuestros tribunales laborales se centró precisamente en determinar si, de los ya existentes suscritos con Marruecos, podía deducirse la extensión de las prestaciones no contributivas a los súbditos de aquel país, en los mismos términos que a los españoles. Con esta finalidad se examinó, en primer lugar, el Convenio bilateral general sobre Seguridad Social suscrito entre España y el Reino de Marruecos², pero su aplicabilidad fue descartada por no contener —en la relación de contingencias incluidas— referencia alguna a las prestaciones no contributivas³. Sin embargo, dado que España es Estado Miembro de la Unión Europea —y, por tanto, sujeto a normas de derecho comunitario que tienen primacía sobre las disposiciones internas—, la equiparación de los inmigrantes legales marroquíes a los españoles ha podido materializarse a través de otro acuerdo: el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos —adoptado mediante Reglamento CEE 2211/1978—⁴, cuyo art. 41.1 constituye una disposición que ha de entenderse de aplicación directa en todo el territorio comunitario⁵. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo, de forma más o menos pacífica, a través de una serie de tres sentencias dictadas en unificación de doctrina —SSTSud de 1 abril 1998⁶, de 30 marzo 1999⁷ y de 28 octubre 1999⁸—, tras las que se concluyó que los nacionales marroquíes, siempre que acrediten una vinculación laboral anterior con nuestro país, podrán ser beneficiarios de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, en las mismas condiciones que los españoles.

3. En efecto, el art. 41.1 del mencionado Acuerdo CEE-Marruecos establece que “salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, los *trabajadores* de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia que residan con ellos se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los nacionales de Estados Miembros”. Y como quiera que en la citada STSud de 1 abril 1998⁹ se negó la aplicabilidad de dicho precepto —y, en consecuencia, una reclamación sobre prestación de invalidez no contributiva—, porque la demandante en aquel proceso no litigaba “ni como trabajadora por cuenta ajena..., ni como familiar que hubiera ganado... la protección para sí y para sus familiares”¹⁰, en la última de las tres resoluciones mencionadas de la serie —STSud

2 Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979, ratificado por Instrumento de 5 julio 1982 (BOE de 13 octubre).

3 Lógicamente, si se tiene en cuenta que el Convenio Hispano-Marroquí es anterior a la entrada en vigor de la LPNC.

4 Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos de 27 abril 1976, adoptado por Reglamento CEE del Consejo 2211/1978, de 26 septiembre (DOL de 27 septiembre).

5 En realidad, ya en una STJCE de 31 enero 1991, Asunto Kziber (Ar. 124), se había reconocido la aplicabilidad del art. 41.1 del Acuerdo CEE-Marruecos, pero en un supuesto de desempleo contributivo. En un caso similar, y teniendo en cuenta que el desempleo contributivo tampoco se hallaba expresamente contemplado en el Convenio Hispano-Marroquí, la STC 130/1995, de 11 septiembre (BOE de 14 octubre) declaró que el reconocimiento de aquella prestación debía hacerse efectivo a través de dicho precepto, porque “al interesado cumplidor de todos los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones por desempleo no puede denegársele la concesión de dichas prestaciones por razón de la nacionalidad” (FJ 5º).

6 Ar. 2689; a propósito de una reclamación sobre invalidez no contributiva. En efecto, esta resolución —que fue dictada en Sala General— contó, además, con un extenso Voto Particular formulado por el Magistrado D. Fernando Salinas Molina y al que se adhirieron otros tres Magistrados de la Sala. Véase un detallado comentario sobre esta resolución, en RON LATAS, R.P., “Puntos críticos de las pensiones no contributivas por incapacidad y jubilación a la luz de la jurisprudencia laboral”, *Aranzadi Social*, vol. V (1999), págs. 406 y sigs.

7 Ar. 3773; a propósito de una reclamación sobre jubilación no contributiva.

8 Ar. 8413; a propósito de una reclamación sobre prestación por hijos cargo no contributiva.

9 Cit. *supra*, nota 6.

10 *Ibid.*, FD 4º.

de 28 octubre 1999¹¹—, la Sala se apoyó concreta en esta circunstancia para matizar el anterior pronunciamiento y reconocer una prestación por hijos a cargo en su modalidad no contributiva a un solicitante marroquí. Y es que —a diferencia del supuesto anterior—, se trataba de un trabajador que había venido prestando sus servicios en España hasta que causó baja y dejó de cotizar, por lo que, a la luz del art. 41.1 del Acuerdo CEE-Marruecos, “debe ser tratado como un nacional del estado donde ha[ya] estado empleado a efectos de Seguridad Social”¹².

4. Pues bien, admitida la equiparación de los marroquíes a los españoles a efectos de beneficiarse de la concreta prestación no contributiva por hijo a cargo¹³, ex art. 41 del Acuerdo CEE-Marruecos, surgen nuevas dudas en torno a la aplicabilidad de dicho precepto cuando —como con frecuencia ocurre en el caso de los trabajadores emigrantes— los hijos del trabajador desplazado permanecen en su país y no conviven con el solicitante de esta específica prestación, habida cuenta que el apartado primero de este artículo se refiere “a los trabajadores... y los miembros de su familia que residan con ellos” o, en todo caso —tal y como prescribe el apartado tercero del art. 41 del tantas veces citado Acuerdo—, “a los miembros de la familia que residan dentro de la Comunidad”¹⁴.

De lo controvertido del asunto da cuenta una recientísima STSud de 21 enero 2003¹⁵, de cuyo relato fáctico se desprende: 1) que el actor, de nacionalidad marroquí, tiene cuatro hijos menores de dieciocho años, que residen con su madre en Marruecos; 2) que tras causar baja laboral por enfermedad común, fue operado de una hernia discal y, solicitada declaración de invalidez, la misma “no le pudo ser reconocida al no acreditar un período de cotización suficiente para ello”¹⁶; 3) que ante esta situación, solicitó prestación no contributiva por hijos a cargo, que le fue denegada por hallarse el solicitante fuera del ámbito de aplicación del art. 7 LGSS; 4) que no había constancia de que percibiese “ingresos suficientes a efectos de la prestación ni que... [estuviera] en situación de alta o asimilada al alta”¹⁷; y 5) que planteada reclamación previa, el INSS insistió en su rechazo, añadiendo a su argumentación que el “demandante carecía de la condición de beneficiario por no residir sus hijos en territorio español”¹⁸. Interpuesta demanda ante la jurisdicción social, la sentencia de instancia absolvió al INSS de la pretensión deducida; resolución que, a su vez, fue revocada en suplicación por el TSJ Madrid¹⁹, pues habiéndose pronunciado en otras “ocasiones a favor de la flexibilización

11 Cit. *supra*, nota 8.

12 *Ibid.*, FD 4º. Ya que, tal y como se señaló en el Voto Particular formulado a STSud de 1 abril 1998 (cit.), “el concepto de trabajador no se define necesariamente por el efectivo disfrute de un contrato de trabajo, sino también por el «móvil» o intención de trabajar..., englobando incluso tanto a los trabajadores en activo como [a] los que han abandonado el mercado de trabajo después de hallarse en alguna de las contingencias tuteladas por la Seguridad Social” [FD 7º b)].

13 STSud de 21 enero 2003 (cit.), FD 1º. Véase sobre esta concreta prestación, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edición, Civitas (Madrid, 2002), págs. 387 y 388; MARTINEZ GIRON, J., “Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo”, *Tribuna Social*, nº 123, 2001, pág. 13 y sigs.; y BLASCO LAHOZ, J.F., *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, 1ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), especialmente págs. 52 a 55.

14 En efecto, el art 41.3 establece una salvedad al apartado primero, al disponer que “estos trabajadores se beneficiarán de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan dentro de la Comunidad”.

15 Ar. 1989.

16 AH 1º.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 STSJ Madrid de 30 noviembre 2002 (Ar. 43828).

de dicho requisito de convivencia en España²⁰, en el sentido de entender que lo determinante es “la exigencia material de la dependencia o falta de autonomía económica de los... hijos menores del actor, más que... el hecho circunstancial y adjetivo de la convivencia²¹”, estimó que también aquí “el trabajador marroquí, siempre que, como es el caso, mantenga su condición laboral, debe ser tratado como un nacional del Estado donde [haya] est[ado] empleado a efectos de Seguridad Social²²”.

Existía, sin embargo, una sentencia de este mismo TSJ²³, que ante un supuesto idéntico, había denegado una prestación no contributiva por hijos a cargo, al entender que el reconocimiento de dicha prestación a un súbdito marroquí quedaba condicionado a que los miembros de la familia residiesen en alguno de los Estados Miembros de la Unión Europea; resolución que la citada Entidad gestora aportó como sentencia de contraste, a los efectos de cumplimentar el requisito de contradicción, imprescindible para el planteamiento del recurso de casación para la unificación de doctrina que resolvió la sentencia que se comenta.

5. En ella, la cuestión litigiosa se centró en “determinar si un trabajador marroquí, residente en España y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, cuyos hijos residen en Marruecos, tiene o no derecho a la prestación no contributiva por hijos a cargo²⁴. Ha de señalarse que, pese a que fueron dos los motivos inicialmente aducidos en vía administrativa y posteriormente reproducidos en vía judicial por el INSS para denegar la citada prestación, el TS únicamente resolvió sobre la eventual exigencia de la convivencia de los hijos con el beneficiario, ya que entre las dos sentencias de suplicación sólo existía contradicción sobre este particular. Pues bien, sobre dicho tema de la convivencia para lucrar la prestación no contributiva por hijos a cargo, la sentencia objeto de este comentario se inclina por un criterio flexible, haciendo suyos los argumentos esgrimidos por sendas SSTs^{Sud} de 11 abril 2000²⁵ y de 3 mayo 2000²⁶, que —en relación con el desempleo asistencial—²⁷ habían resuelto favorablemente supuestos análogos. Y si en ambos casos se reconoció el subsidio pretendido por considerar que la convivencia no es exigible cuando quede acreditado que los miembros de la familia están efectivamente *a cargo* del solicitante, en el presente, la Sala aplica *mutatis mutandis* dicha doctrina al supuesto litigioso, en base a considerar que “también, los hijos del beneficiario, aún residentes en Marruecos, de los que no se ha acreditado tener bienes de cualquier clase, constituyen «cargas» o carga para el beneficiario²⁸. Y a esta conclusión llega, en sustancia, aduciendo dos argumentos.

En primer lugar, porque el art. 183 LGSS —que, como se sabe, establece los requisitos que deberá cumplir el beneficiario de la prestación no contributiva por hijo a cargo—

20 *Ibid.*, FD 2º. Así, SSTSJ Madrid de 6 julio 1999 (Ar. 2790) y de 8 enero 1996 (Ar. 86), en relación con trabajadores marroquíes cuyos hijos residían en Marruecos; también, STSJ Cataluña de 4 febrero 2000 (Ar. 1238), STSJ País Vasco de 9 mayo 2000 (Ar. 5767), y STSJ Cataluña de 12 julio 2000 (Ar. 3695), en relación con un supuesto de separación matrimonial; todas ellas, a propósito siempre de reclamaciones sobre desempleo asistencial.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 STSJ Madrid de 26 febrero 1998 (Ar. 605).

24 STS^{Sud} de 21 enero 2003 (cit.), FD 1º.

25 Ar. 3435.

26 Ar. 6619.

27 Prestación de “naturaleza híbrida, entre asistencial y contributiva”, según STS^{Sud} de 12 diciembre 2000 (Ar. 810), FD 4º. Idéntica naturaleza podría predicarse de las prestaciones no contributivas a súbditos marroquíes, teniendo en cuenta que a estos extranjeros se les exige cierta vinculación laboral anterior con nuestro país para poder beneficiarse de ellas.

28 STS^{Sud} de 21 enero 2003 (cit.), FD 2º, punto 1º.

no contiene previsión ninguna respecto a la convivencia²⁹, sin que pueda deducirse dicha exigencia de su apartado a) —que la circunscribe a quienes *residan legalmente en territorio español*—, pues dicho presupuesto “ha de entenderse...que hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia con estos en territorio español”³⁰. Por este motivo, y “a falta de interpretación legal auténtica”³¹, la expresión *hijo a cargo* de dicho art. 183 LGSS “debe entenderse en su sentido gramatical como «expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla» tal y como la define el Diccionario de Uso del Español”³². Y ello, porque: 1) lo verdaderamente relevante es que los hijos “sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste”³³, situación, por lo demás, “harto frecuente en el caso de los trabajadores emigrantes, lo que supone una carga adicional a su condición de tales”³⁴; 2) no resulta “pensable que el legislador haya simplemente olvidado consignar el requisito de la convivencia,... sino que su intención ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión de la prestación litigiosa”; y 3) “la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer... la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos”³⁵.

Y en segundo lugar, porque a la luz de lo dispuesto en la letra g) del artículo 1 Convenio nº 157 OIT³⁶, también puede constatarse la “eliminación de la convivencia como requisito necesario para lucrar la prestación de que aquí se trata”³⁷, cuando prevé que, en el caso de que “la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado”.

29 Tampoco la LPNC exigía la convivencia con el beneficiario y sus hijos para lucrar dicha prestación. De hecho, este requisito se introdujo por primera vez en el art. 2.1 del Real Decreto 356/1991, de 15 marzo (BOE de 21 marzo), por el que se desarrollaba la LPNC en materia de prestaciones por hijo a cargo. En cualquier caso, al ser una norma anterior y de inferior rango normativo a la LGSS, no debe olvidarse que, derogada la LPNC, su desarrollo reglamentario se mantiene en vigor en la medida en que no se oponga a los arts. 182 y 183 LGSS, no pudiendo exigir más requisitos de los que requiere esta última.

30 STSud de 21 enero 2003 (cit.), FD 2º, punto 2º. Con este matiz se corrige cierta doctrina de suplicación que reconocía la prestación contributiva por hijo a cargo a trabajadores extranjeros cuyos hijos residían en su país de origen, por considerar que dicha modalidad no requería “para su reconocimiento y percepción, a diferencia de lo que sucede con la prestación por hijo a cargo en su modalidad no contributiva, la necesidad de residir legalmente en territorio español” [STSJ Madrid de 31 mayo 1994 (Ar. 2023), FD Único, en relación con un trabajador marroquí]. En idénticos términos, STSJ Madrid de 3 mayo 1996 (Ar. 1552), que también reconoció una prestación contributiva por hijo a cargo a un trabajador marroquí, y SSTSJ Castilla-La Mancha de 29 junio 1999 (Ar. 5925) y de 20 junio 2001 (Ar. 860), reconociéndosela a trabajadores de nacionalidad pakistani.

31 STSud de 21 enero 2003 (cit.), FD 2º, punto 1º.

32 *Ibid.* Siguiendo lo dispuesto en el art. 3.1 Código Civil, según el cual “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 Convenio para el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, de 21 junio 1982, ratificado por Instrumento de 26 julio 1985 (BOE de 12 noviembre). Con una redacción muy similar, pero con la virtualidad añadida de su eficacia directa, el art. 1, f) i) del Reglamento CEE del Consejo 1408/1971, de 14 junio (DOL de 5 julio) —en su versión modificada y actualizada por el Reglamento CEE del Consejo 118/1997, de 2 diciembre (DOL de 30 enero)— contiene idéntica previsión.

37 STSud de 21 enero 2003 (cit.), FD 2º, punto 2º.