

LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL CONVENIO HISPANO-
MARROQUÍ DE SEGURIDAD SOCIAL A LA LUZ DEL
ACUERDO EUROMEDITERRÁNEO Y DEL REGLAMENTO (UE)
1231/2010

THE APPLICATION IN SPAIN OF THE HISPANIC-MOROCCO
SOCIAL SECURITY AGREEMENT UNDER THE LIGHT OF THE
EUROMEDITERRANEAN AGREEMENT AND REGULATION
(EU) 1231/2010

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 12.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5191>

Resumen: El Convenio-Hispano Marroquí es el más antiguo de los 24 Convenios de Seguridad Social actualmente en vigor celebrados por España. Su ámbito de aplicación material se restringe al Régimen General y a los Regímenes Especiales españoles que expresamente se mencionan, no incluyéndose los Regímenes Especiales de Funcionarios. Sólo se aplica al nivel contributivo de Seguridad Social, excluyéndose las prestaciones por desempleo, las prestaciones por cese de actividad, y las de dependencia. Sin embargo, por aplicación del Acuerdo Euromediterráneo, que consagra la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social de los trabajadores marroquíes y sus familias, estos tienen derecho a las prestaciones españolas no contributivas de Seguridad Social españolas y a las de dependencia. Asimismo, el Reglamento (UE) 1231/2010 les permite totalizar y exportar las prestaciones de Seguridad Social contributivas y no contributivas dentro del territorio de la Unión Europea.

Palabras clave: Convenio Hispano-Marroquí, Acuerdo Euromediterráneo, Reglamento (UE) 1231/2010, Seguridad Social, dependencia.

Abstract: The Moroccan Hispanic Social Security Agreement is the oldest of the 24 Social Security Agreements concluded by Spain currently in force. Its material scope is restricted to the General Regime and to the Spanish Special Regimes that are expressly mentioned, not including the Special Regimes of Public Officials. It only applies to the Social Security contributory level, excluding unemployment benefits, benefits for cessation of activity and long-term care benefits. However, by application of the Euro-Mediterranean Agreement, which enshrines equal treatment in the field of Social Security for Moroccan workers and their families, they are entitled to non-contributory benefits and long-term care benefits. Moreover, Regulation (EU) 1231/2010 allows them to aggregate periods of insurance to be entitled to contributory and non-contributory Social Security benefits inside the territory of the European Union.

Keywords: Hispano-Moroccan Agreement, Euro-Mediterranean Agreement, Regulation (EU) 1231/2010, Social Security, long-Term Care.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO DER2017-83040-C4-3-R “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: Conflictos de Leyes y Protección Social”.

Sumario: I. Introducción. II. Los pilares de la coordinación del nivel contributivo de Seguridad Social en el convenio Hispano-Marroquí. 1. El principio de igualdad de trato. 2. El principio de unicidad de legislación aplicable. 3. El principio de supresión de cláusulas de residencia. 4. El principio de totalización. III. Ámbito de aplicación personal del convenio Hispano-Marroquí. 1. Concepto “no laboral” de trabajador. 2. Los funcionarios protegidos por el Régimen General de la Seguridad Social, trabajadores a efectos del convenio. 3. El (im)prescindible requisito de la nacionalidad. 4. La aplicación del convenio Hispano-Marroquí a los nacionales de Estados de la Unión Europea por efecto de la sentencia Gottardo. IV. Ámbito de aplicación material del convenio Hispano-Marroquí. 1. Prestaciones españolas de Seguridad Social contributivas y no contributivas excluidas del convenio Hispano-Marroquí. A) Desempleo. B) Prestación por cese de actividad. C) Prestaciones no contributivas de Seguridad Social. V. El Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el reino de Marruecos: igualdad de trato y Seguridad Social. 1. Antecedentes históricos: el artículo 41 del Tratado de Asociación de 1976 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. 2. Discriminación de los familiares de los trabajadores de la Unión Europea frente a los familiares de los trabajadores marroquíes. 3. El artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo. 4. Prestaciones familiares y Acuerdo Euromediterráneo: principio de territorialidad. 5. Igualdad de trato para nacionales magrebíes y residencia legal. 6. Acuerdo Euromediterráneo y convenios bilaterales entre Marruecos y Estados miembros: principio de norma más favorable. VI. El Reglamento (UE) 1231/2010: la extensión de las normas de coordinación del Reglamento 883/2004 a los marroquíes que residan legalmente en el territorio de la Unión Europea. VII. Derecho a la protección social de los ciudadanos magrebíes en España: zonas grises. 1. Trabajadores fronterizos y prestación por desempleo. 2. Prestaciones económicas familiares no contributivas y residencia en Marruecos: la Circular del INSS 4/2006. A) El doble requisito de residencia legal exigido por el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social. B) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones familiares. C) La Circular del INSS 4/2006. d) Trabajadores transfronterizos con hijos residentes en Marruecos. 3. Pensión de viudedad y poligamia: ¿“quedan jueces en Berlín”? 4. Prestaciones por dependencia, residencia y nacionalidad. A) Las prestaciones por dependencia, excluidas de la acción protectora de la Seguridad Social. B) Dependencia y extranjería. C) Ley Orgánica de Extranjería y Prestaciones por Dependencia. D) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones por dependencia. E) Acuerdo Euromediterráneo y dependencia. a) Las prestaciones por dependencia como prestaciones de Seguridad Social para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. F) Dependencia y Reglamento (UE) 1231/2010. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. EL 8.11.1979 se suscribió el Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social¹ que entró en vigor el 1.10.1982 siendo el más antiguo de los 24 Convenios bilaterales² que España tiene actualmente en vigor. El Convenio se estructura en cuarenta y siete artículos que se distribuyen en cuatro Títulos. El Acuerdo Administrativo y Protocolo Adicional del Convenio se publicaron el 10.6.1985 en el BOE. El Convenio fue modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27.1.1988 (BOE 24.11.2001).

2. Su objetivo -tal y como se infiere de su preámbulo- es coordinar las legislaciones de Seguridad de ambos países. Con ello se pretende evitar que los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación vean suprimidos o mermados sus derechos por haber estado sometidos a la normativa de varios Estados. En cuanto a su ámbito temporal, el artículo 46.1 estableció la “*vigencia por un período de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor*” previéndose que se prorrogase tácitamente por períodos de un año, “*salvo denuncia que deberá ser notificada seis meses antes de la expiración de dicho período*”.

3. Además de España, otros Estados de la Unión Europea también han suscrito convenios bilaterales de Seguridad Social con Marruecos, es el caso de Alemania, Bélgica, Francia, Portugal y Suecia.

¹ Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 (BOE 13.10.1982).

² Cfr. C. FERRADANS CARAMÉS, “Los Convenios Internacionales de Seguridad Social en un contexto de migraciones laborales” en: VV.AA.; 1492-2017: *Un puente jurídico entre dos mundos*, Laborum, Murcia, 2017, pp.139-186.

II. Los pilares de la coordinación del nivel contributivo de Seguridad Social en el convenio Hispano-Marroquí

4. Aunque cuando se firmó el Convenio Hispano-Marroquí España no era miembro de la entonces Comunidad Europea -actual Unión Europea- la coordinación instaurada por el Convenio bilateral se basa en los mismos principios recogidos en el entonces vigente Reglamento 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias: principio de igualdad de trato, unicidad de legislación aplicable, supresión de cláusulas de residencia y principio de totalización³.

5. De hecho, esos mismos principios de coordinación se encuentran también incluidos en los convenios de Seguridad Social celebrados entre Estados de la UE y Marruecos. Y también en el Convenio Iberoamericano Multilateral de Seguridad Social de 2007⁴.

1. Principio de igualdad de trato

6. La igualdad de trato resulta imprescindible para evitar discriminaciones basadas en la nacionalidad y con ella se garantiza que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos de Seguridad Social por no ostentar la nacionalidad del Estado cuya legislación les resulta aplicable. Este principio aparece plasmado en el Preámbulo del Convenio Hispano-Marroquí que proclama la igualdad de trato “entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos”. Y se reitera en su artículo 4, conforme al cual las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio estarán sometidas a las “legislaciones previstas en el artículo 2 del presente Convenio en las mismas condiciones que los nacionales de cada una de las Partes Contratantes”.

7. Como cualquier derecho, tampoco éste tiene un carácter absoluto y, conforme a la redacción del Convenio Hispano-Marroquí, sólo despliega eficacia por lo que respecta a los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal y por lo que se refiere a las prestaciones coordinadas por los regímenes de Seguridad Social incluidos dentro de su ámbito de aplicación material. La posibilidad de extender el ámbito material y personal del Convenio Hispano-marroquí está previsto en su artículo 3 que contempla la eventualidad de que el Convenio se aplique “a las disposiciones legales sobre una nueva rama de la Seguridad Social, si las dos Partes Contratantes convienen en ello. Y a las disposiciones legales que amplíen el derecho vigente 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 artículo 3⁴”.

2. El principio de unicidad de legislación aplicable

8. Dispone el artículo 5 del Convenio que “si una persona ejerce una actividad lucrativa su obligación de cotizar se determinará de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerza esa actividad: el trabajador empleado en el territorio de una Parte estará sometido a la legislación de dicha Parte”.

9. Del precepto transcrito se deduce que los trabajadores migrantes estarán sujetos a una sola legislación que será la “lex loci laboris” como regla general, salvo los casos particulares previstos en el artículo 6 del propio Convenio.

³ M.D. CARRASCOSA BERMEJO, “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social” en: VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea*. Aplicación por el Tribunal de Justicia, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp.533-540.

⁴ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, e-Revista Internacional de la Protección Social, nº 1/2016, pp.1-22.

3. El principio de supresión de cláusulas de residencia

10. Es conocido también como principio de exportación de prestaciones y conlleva la interdicción de reducción, suspensión, modificación, supresión o confiscación de una prestación económica de Seguridad Social por el mero hecho de que los beneficiarios tengan su residencia en un Estado miembro distinto al de la institución que la abona. La supresión de las cláusulas de residencia tiene por objetivo favorecer la libre circulación de los trabajadores protegiendo a los interesados contra los perjuicios que podrían derivarse de trasladar su residencia de uno a otro Estado miembro⁵.

11. En el Convenio Hispano-Marroquí este principio está regulado en su artículo 7 que dispone que: *“las pensiones, subsidios, rentas e indemnizaciones adquiridas en virtud de la legislación de una Parte Contratante no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión, retención o gravamen por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de la otra Parte. Las prestaciones económicas de la Seguridad Social debidas por una de las Partes Contratantes se harán efectivas a los nacionales de la otra Parte que residan en un tercer país en las mismas condiciones y con igual extensión que a los nacionales de la primera Parte que residan en el referido tercer país”*.

4. El principio de totalización

12. Si conforme el Derecho nacional el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social está subordinado por el cumplimiento de períodos de actividad profesional o empleo (o residencia), es preciso arbitrar mecanismos que impidan que, por el simple hecho de haber ejercido una actividad en diversos Estados, los trabajadores migrantes vean mermados sus derechos en materia de Seguridad. De ahí que sea especialmente importante a efectos prácticos que todos los períodos computables acreditados bajo una pluralidad de legislaciones nacionales puedan ser tomados en consideración, de ser necesario, para el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social solicitada.

13. El principio de totalización está regulado en el artículo 8 del Convenio Hispano-Marroquí que establece que *“para la adquisición, mantenimiento o recuperación de los derechos previstos en el presente Convenio, cuando un trabajador haya estado sujeto a las legislaciones de los dos países contratantes, los períodos de seguro cumplidos bajo las mismas serán totalizados siempre que no se superpongan”*. No está prevista, sin embargo, la posibilidad de totalizar períodos de residencia⁶.

14. No obstante, el artículo 18.1 prevé que *“si la persona interesada hubiera cumplido con sujeción a las disposiciones legales de una Parte Contratante períodos de seguro que en total no lleguen a doce meses y, a tenor de tales disposiciones, no adquiriera derecho alguno a prestación, la Institución de esta Parte no concederá prestación alguna por tal período”*.

15. En materia de pensiones de vejez, incapacidad, muerte y supervivencia el Convenio establece la totalización *a pro rata temporis* si no se cumplen los requisitos para acceder a la pensión con sólo los períodos de seguro cubiertos en el Estado competente para abonarla.

⁵ F. RUBIO VELASCO, “Movimientos transnacionales de trabajadores y derechos de Seguridad Social” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir.), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, pp.133-158.

⁶ Nótese, sin embargo, que el ámbito de la aplicación del principio de totalización es más restringido en el Convenio Hispano-Marroquí que en el Reglamento (UE) 883/2004 cuyo artículo 6 extiende la totalización *“a los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia”*.

III. Ámbito de aplicación personal del convenio Hispano-Marroquí

1. Concepto “no laboral” de trabajador

16. Conforme al art. 3.1 del Convenio, el mismo es aplicable a “*los trabajadores españoles o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o de ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares y supervivientes*”⁷.

17. A su vez el artículo 1.6 define el concepto de trabajador a los efectos de este Convenio en los siguientes términos: “*respecto al Estado español, toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad por cuenta propia o ajena está sujeta a la legislación señalada en el párrafo 1 del artículo 2; respecto al Reino de Marruecos, los trabajadores por cuenta ajena o asimilados*”.

18. La primera conclusión que se infiere es que, respecto a España, el Convenio no utiliza el concepto de trabajador con el restringido alcance que a este término se le atribuye en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores puesto que se aplica tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia. Están excluidos, por tanto, las personas no activas.

19. La segunda conclusión es que lo que realmente resulta decisivo a efectos de que una persona esté incluida en el ámbito de aplicación del Convenio es que esté protegida por alguno de los regímenes de Seguridad Social incluidos en el ámbito de aplicación material del Convenio y que se listan en su artículo segundo, número 1, letra A, epígrafe 2). No estamos, pues, ante un concepto “laboral” de trabajador sino de Seguridad Social hasta el punto que CERVILLA GARZÓN afirma que existen “pronunciamientos jurisprudenciales que exigen la condición de trabajador en alta al ciudadano marroquí”⁸.

20. En tercer lugar, hay que señalar que debido a las reformas experimentadas por la legislación española de Seguridad Social la lista de regímenes especiales incluida en el Convenio -y que es lista cerrada- ha quedado claramente obsoleta y anacrónica: el Real Decreto 2621/1986 integró en el Régimen General a los regímenes especiales de Trabajadores Ferroviarios, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas. Y el Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Por lo que respecta al Régimen Especial de Empleados de Hogar, la Disposición Adicional Trigésima Novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, lo integró en el Régimen General de la Seguridad Social.

21. De las anteriores consideraciones se concluye que, actualmente, el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable al Régimen General de la Seguridad Social y a los siguientes regímenes especiales: Trabajadores del Mar, Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Minería del Carbón y Seguro Escolar.

22. Llegados a este punto es preciso destacar la opción del Estado español de no incluir en el ámbito del Convenio Hispano-Marroquí los Regímenes Especiales de Funcionarios (funcionarios civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia)⁹. También están excluidos los Regímenes Especiales españoles de Funcionarios del ámbito de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (2007) vigente en España. Y de los convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España, salvo el Convenio Hispano-Japonés que es el único que incluye a las Clases Pasivas dentro de su ámbito de aplicación.

⁷ En idénticos términos se delimita el ámbito de aplicación personal en el artículo 2 del Convenio Portugués-Marroquí.

⁸ M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterios jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del reino de marruecos a las prestaciones familiares no contributivas españolas” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir), *Problemas Actuales de la Seguridad Social en Perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, p.128.

⁹ Por lo que respecta al Derecho comparado se observa cómo el vigente Convenio Franco-Marroquí de Seguridad Social que entró en vigor en 2011, a diferencia del convenio al que sustituye de 1965, sí incluye a los funcionarios civiles y militares dentro de su ámbito de aplicación personal (artículo 2.1.b).

2. Los funcionarios protegidos por el Régimen General de la Seguridad Social, trabajadores a efectos del convenio

23. Aunque como se acaba de exponer los Regímenes Especiales de Funcionarios públicos no figuran listados entre los regímenes especiales coordinados por el Convenio Hispano-Marroquí, ello no implicaba que de facto, todos los funcionarios estuvieran, o estén actualmente, excluidos del ámbito de aplicación personal del Convenio y ello en base a que ya antes del 1 de enero de 2011 existían colectivos de funcionarios incluidos en el Régimen General de Seguridad Social (los pertenecientes a la Administración de la Seguridad Social o a Organismos Autónomos del Estado). Y a partir del 1.1.2011 todos los funcionarios de nuevo ingreso se incluyen en el Régimen General.

24. Por tanto, resulta evidente que los funcionarios protegidos por el Régimen General español pueden ser “trabajadores” a efectos del Convenio. Por todo lo expuesto cabe concluir que, a los efectos del Convenio, “trabajador” comprende tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, así como a los funcionarios incluidos en el Régimen General. E, incluso, a estudiantes pues el Seguro Escolar es un régimen de Seguridad Social al que el Convenio Hispano-Marroquí resulta aplicable.

3. El (im)prescindible requisito de la nacionalidad

25. La exigencia de ostentar la nacionalidad de alguna de las partes contratantes del Convenio aparece expresamente mencionada en el propio Preámbulo en el que se menciona a “*los nacionales de los dos países*”. Y se reitera en su artículo 3.1: “*las normas de este Convenio serán aplicables a los trabajadores españoles o marroquíes*”.

26. Al respecto hay que tener en cuenta que aunque cada Estado es competente para determinar cómo se adquiere la respectiva nacionalidad, el hecho de que parte del Sahara occidental fuera en el siglo XX colonia española conlleva que los naturales del Sahara puedan acceder a la nacionalidad española en virtud de diferentes títulos de atribución¹⁰.

27. Hecha esta matización, sería sin embargo erróneo afirmar que el Convenio sólo se aplica a trabajadores españoles y marroquíes porque conforme al citado artículo 3.1, in fine, éste también se aplica a “*los familiares y supervivientes*” de las personas protegidas por los regímenes de Seguridad Social coordinados por el Convenio, no exigiéndose respecto a este colectivo ningún requisito de nacionalidad.

28. A mayor abundamiento, conforme previene el artículo 3.2 del Convenio Hispano-Marroquí éste también será aplicable a las “*personas, sus familiares y supervivientes que tengan la condición jurídica de apátridas, de conformidad con el artículo 1 del Convenio de Nueva York de 26 de septiembre de 1951, o de refugiados en el sentido del artículo 1 del Convenio de Ginebra de 18 de julio de 1951 y del artículo 1 del Protocolo de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto Jurídico para Refugiados, y estén o hayan estado sometidos a las legislaciones de Seguridad Social de una o de ambas Partes Contratantes*”.

29. En la práctica, por tanto, el Convenio Hispano-Marroquí no se circunscribe a personas que ostentan la nacionalidad española o marroquí, sino que igualmente resulta aplicable a otros extranjeros, refugiados y apátridas.

¹⁰ Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes. Respuesta del Gobierno (184) pregunta escrita Congreso.184/3617.16/07/2018.95100.(http://www.congreso.es/112p/e10/e_0106338_n_000.pdf). “Derecho de opción a la nacionalidad española: adquisición de la nacionalidad española por residencia (artículo 22.2.a) del Código Civil; consolidación de la nacionalidad española (artículo 18 del Código Civil); y atribución de la nacionalidad española “iure soli” en evitación de situaciones de apatridia (artículo 17.1.c) del Código Civil”.

4. La aplicación del convenio Hispano-Marroquí a los nacionales de Estados de la Unión Europea por efecto de la sentencia *Gottardo*

30. A pesar de que el Convenio Hispano-Marroquí entró en vigor antes de que España se adhiriese a lo que hoy es la Unión Europea, a la luz de la jurisprudencia del TJUE hay que abordar la cuestión de si el Convenio Hispano-Marroquí puede ser aplicado a otros nacionales de Estados de la UE y países en los que sea de aplicación la normativa comunitaria sobre libre circulación de trabajadores y coordinación de sistemas de Seguridad Social: el Espacio Económico Europeo y Suiza. Y todo ello en virtud del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad que se erige como un pilar del Derecho de la UE.

31. En todo caso, éste no es un debate nuevo puesto que ya en la sentencia de 2.8.1993, -23/92 (Grana-Novoa) el Tribunal de Luxemburgo tuvo que responder a la cuestión de si el Convenio Germano-Suizo de Seguridad Social -cuyo ámbito de aplicación personal se circunscribía a los nacionales de las partes firmantes- era aplicable a una trabajadora española con cotizaciones en Alemania y en Suiza. El Tribunal resolvió que a los efectos del Reglamento 1408/71 “el concepto de legislación no incluye las disposiciones de Convenios Internacionales de Seguridad Social celebrados entre un solo Estado miembro y un tercero Estado. Esta interpretación no queda debilitada por el hecho de que dichos Convenios hayan quedado integrados, con rango de Ley, en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado”.

32. Sin embargo, años más tarde en su sentencia de 15.1.2002, -55/00 (*Gottardo*)¹¹ el Tribunal de Luxemburgo modificó radicalmente su doctrina, a pesar de que los hechos entre la cuestión prejudicial Grana-Novoa y *Gottardo* son sustancialmente idénticos y falló que: “las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer Estado deben computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales”.

33. Como consecuencia de la sentencia *Gottardo*, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes adoptó el 12.6.2009 la Recomendación P1. Esta última tiene por finalidad que se concedan a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de que disfrutaban los trabajadores nacionales de un Estado miembro en virtud de un convenio bilateral de Seguridad Social que éste haya celebrado con un tercer Estado. Asimismo, entre otras cuestiones, se recomienda que los nuevos convenios bilaterales de Seguridad Social que celebren un Estado miembro y un tercer Estado deberían incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de los ciudadanos de otro Estado miembro que hayan ejercido su derecho a circular libremente en el Estado miembro parte del Convenio en cuestión.

34. A la vista de las consideraciones expuestas, no cabe ya dudar que formalmente España está obligada a aplicar el Convenio Hispano-Marroquí no solo a trabajadores españoles y marroquíes sino también a ciudadanos de Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulte de aplicación¹².

35. Cuestión distinta es cómo articular en la práctica esa obligación, pues como GARCÍA DE CORTÁZAR¹³ señala, la jurisprudencia del TJUE “solo vincula al Estado Miembro y no al Tercer Es-

¹¹ Cfr. A.J. ANDRIÁN ARNÁIZ, “La Contribución de la Sentencia “*Gottardo*” del TJCE, de 2 de Junio de 2002, a la Realización del Principio de Igualdad de Tratamiento por lo que se refiere a la Seguridad Social en la Unión Europea”, Información laboral nº 2/2004; pp.2-44.

¹² El vigente Convenio de Seguridad Social entre Francia y Marruecos sí incluye a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo en el elenco de sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal (artículo 2.1.d).

¹³ C. GARCÍA DE CORTÁZAR, “El Acuerdo de Asociación de la UE y Marruecos y sus implicaciones en el ámbito de la pro-

tado que no puede quedar afectado por un Tribunal que no tiene sobre él competencia ni al que pueden exigírsele el cumplimiento de un ordenamiento que no le es aplicable”. Es decir, que aplicar la sentencia Gottardo al Convenio Hispano-Marroquí requiere inexcusablemente de la colaboración de la Administración marroquí.

IV. Ámbito de aplicación material del convenio Hispano-Marroquí

36. Conforme al artículo 2.1.A) las contingencias protegidas tanto en el Régimen General como en los Regímenes especiales españoles coordinados por el Convenio son las siguientes:

- a) Maternidad, enfermedad común o profesional, incapacidad laboral transitoria y accidentes, sean o no de trabajo.
- b) Invalidez provisional o permanente.
- c) Vejez¹⁴.
- d) Muerte o supervivencia.
- e) Protección a la familia.
- f) Reeducción y rehabilitación de inválidos.
- g) Asistencia social y servicios sociales

37. Llama inmediatamente la atención cómo la redacción ha quedado obsoleta dada las reformas legislativas operadas en España desde la promulgación del Convenio hasta nuestros días, de ahí que las referencia a la incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional han de entenderse efectuadas a la Incapacidad Temporal. Y la referencia a la invalidez permanente, a la Incapacidad Permanente. Tampoco encontramos en el vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social regulada “la reeducación y rehabilitación de inválidos”.

38. Y, entre otros motivos, porque el Convenio es muy anterior en el tiempo a la Ley 26/1990 por la que se instaura en España un nuevo nivel no contributivo de Seguridad Social, hay que resaltar la exclusión de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social españolas del ámbito material del Convenio. De hecho, son mayoría los convenios internacionales suscritos por España que se aplican exclusivamente al nivel contributivo de Seguridad Social.

39. Sumamente confuso resulta especialmente el último epígrafe g): “asistencia social y servicios sociales” que no figura en otros convenios bilaterales de Seguridad Social celebrados entre Estados miembros de la UE y Marruecos, como es el caso de nuestros vecinos Portugal¹⁵ y Francia¹⁶.

40. Dado que cronológicamente el Convenio Hispano-Marroquí es posterior a la Constitución, y ésta en el artículo 148.1.20 atribuye la competencia exclusiva en materia de asistencia social “externa”¹⁷ al sistema de Seguridad Social a las Comunidades Autónomas hay que concluir que las disposiciones del Convenio Hispano-Marroquí -que solo coordina prestaciones de Seguridad Social- no generan derechos respecto a las prestaciones de Asistencia Social instauradas en desarrollo del artículo 148.1.20 de la

tección social” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019; pp. 18-20.

¹⁴ F.M. JIMENO JIMÉNEZ, “El reconocimiento de pensión de jubilación a empleados marroquíes con autorización de trabajo transfronteriza”, E-Revista Internacional de la Protección Social nº2/2018, pp.17-18.

¹⁵ El artículo 4.1.a) del Convenio celebrado entre Portugal y Marruecos describe su ámbito de aplicación material sin que se incluya la asistencia social, ni prestaciones no contributivas de Seguridad Social, ni tampoco se mencionan los servicios sociales.

¹⁶ El vigente convenio bilateral entre Francia y Marruecos data de 22 de octubre de 2007 y entró en vigor el 1 de junio de 2011. Se aplica a todas las ramas de Seguridad Social, pero ni la asistencia social ni los servicios sociales se mencionan.

¹⁷ El Tribunal Constitucional diferencia entre asistencia social interna al sistema y externa: cfr. STC 76/1986, de 9 de junio; STC 239/2002, de 11 de diciembre; STC 18/2016, de 4 de febrero, entre otras.

Constitución. Por idénticos motivos, la referencia a los servicios sociales de este Convenio internacional suscrito en 1979 ha de identificarse con los dispensados por el sistema de Seguridad Social estatal como complemento de prestaciones de Seguridad Social, nunca con los servicios sociales instaurados por las CC.AA. en desarrollo de las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía.

41. A mayor abundamiento, la página web del Ministerio¹⁸ cuándo describe el ámbito de aplicación del Convenio Hispano-Marroquí reiteradamente utiliza el término de “prestaciones contributivas”, omitiendo toda referencia tanto a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social como a las prestaciones no contributivas de Asistencia Social instauradas por las Comunidades Autónomas.

42. Por último, pero no menos relevante, hay que destacar que las prestaciones de dependencia instauradas por la Ley 39/2006 no son prestaciones del sistema de Seguridad Social por lo que no sólo están excluidas del Convenio Hispano-Marroquí sino que éste no prevé siquiera mecanismo alguno para incluir las prestaciones del sistema de Dependencia dentro de su ámbito de aplicación material.

1. Prestaciones españolas de Seguridad Social contributivas y no contributivas excluidas del convenio Hispano-Marroquí

43. Respecto a las contingencias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio Hispano-Marroquí hay que distinguir entre prestaciones existentes a la fecha de celebración del Convenio y prestaciones instauradas con posterioridad.

A) Desempleo

A diferencia del Convenio Portugués-Marroquí que sí incluye entre las prestaciones que coordina a las prestaciones por desempleo, el Convenio Hispano-Marroquí no las menciona por lo que hay que concluir que quedan excluidas las prestaciones españolas por desempleo, tanto contributivas como asistenciales¹⁹.

B) Prestación por cese de actividad

44. Esta prestación tiene “por objeto dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo” (327.1 TRLGSS).

45. Dado que su incorporación al sistema español de Seguridad Social es muy posterior en el tiempo al Convenio Hispano-Marroquí, unido a la inaplicación de éste último a las prestaciones por desempleo, no cabe dudar de la exclusión de la prestación por cese de actividad del ámbito de aplicación material del Convenio Hispano-Marroquí

¹⁸ <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/marruecos/pensiones/contenidos/ConvHispanoMarroqui.htm>, consultada el 11.11.2019.

¹⁹ J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, “La escasa regulación de protección por desempleo de los trabajadores migrantes: entre los convenios bilaterales y los reglamentos comunitarios” en: M.D. Ramírez Bendala (Coord.), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, pp.35-64.

C) Prestaciones no contributivas de Seguridad Social

46. Respecto al nivel no contributivo de Seguridad Social instaurado por la Ley 26/1990 -y por tanto posterior en el tiempo a la entrada en vigor del Convenio Hispano-Marroquí- es evidente que tanto las prestaciones no contributivas de vejez como de invalidez están excluidas del Convenio.

47. La misma conclusión hay que predicar respecto de las prestaciones económicas familiares reguladas en el Capítulo I del Título VI del TRLGSS, todas ellas incluidas en el nivel no contributivo de Seguridad Social (artículo 109.3.b) TRLGSS). Y ello a pesar de que el artículo 2.1.e) del Convenio incluyera en la fecha en que éste entró en vigor la “protección a la familia”, pero hay que tener siempre muy presente que el Convenio Hispano-Marroquí sólo coordina prestaciones económicas contributivas de Seguridad Social.

48. Ciertamente, en nuestro sistema de Seguridad Social existieron hace décadas asignaciones económicas contributivas por hijo a cargo²⁰, pero tras la ley 52/2003, de 10 de diciembre hasta la actualidad, la única prestación familiar “contributiva” subsistente en nuestro ordenamiento jurídico es la consideración como cotizado períodos de excedencia que disfruten los trabajadores por cuenta ajena y funcionarios. No estamos, por tanto, ante una prestación en metálico²¹.

49. Las consideraciones anteriores llevan a concluir que las prestaciones económicas familiares no contributivas españolas están excluidas del ámbito de aplicación material del Convenio Hispano-Marroquí, al igual que el subsidio por maternidad regulado en los artículos 181-182 TRLGSS. Tesis que se corrobora porque en la citada página web del Ministerio²² no se menciona entre las prestaciones económicas coordinadas a ninguna prestación no contributiva de Seguridad Social. A mayor abundamiento, puesto que conforme al artículo 3 del Convenio Hispano-Marroquí para que el Convenio resulte aplicable a disposiciones “sobre una nueva rama de la Seguridad Social” las dos partes contratantes han de convenir en ello”, con mayor motivo se precisa un acuerdo expreso entre ambos Estados para incluir en el ámbito de aplicación material del convenio un nuevo nivel de Seguridad Social inexistente cuando el Convenio se negoció. Y, hasta la fecha, no consta acuerdo alguno entre ambos países respecto al nivel no contributivo de Seguridad Social español. Tal y como el Tribunal Supremo reconoció en su sentencia de 1.4.1998 (recurso 588/1997) para que una nueva rama de la Seguridad Social pueda incluirse en el Convenio Hispano-Marroquí es necesario un pacto bilateral expreso: “que la protección otorgada por las denominadas prestaciones no contributivas de la Seguridad Social constituye una nueva rama, debe deducirse 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”.

V. El Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el reino de Marruecos: igualdad de trato y Seguridad Social

50. El Acuerdo Euromediterráneo de 24.1.2000 tiene cinco objetivos primordiales que se describen en su artículo primero:

- “Ofrecer un marco apropiado para el diálogo político entre las Partes que permita fortalecer sus relaciones en todos los ámbitos que estimen pertinentes en virtud de dicho diálogo.

²⁰ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las Prestaciones Familiares de Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico Español y Comunitario*, Laborum, Murcia, 2005, p. 20.

²¹ E. ROALES PANIAGUA, “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 32/2012, pp. 399-405.

²² <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/marruecos/pensiones/contenidos/ConvHispanoMarroqui.htm>, consultada el de 11.11.2019.

- Establecer las condiciones de la liberalización progresiva de los intercambios de bienes, servicios y capitales.
- Desarrollar los intercambios y asegurar el desarrollo de unas relaciones económicas y sociales equilibradas entre las Partes, sobre todo a través del diálogo y la cooperación, con el fin de favorecer el desarrollo y la prosperidad de Marruecos y del pueblo marroquí.
- Estimular la integración magrebí favoreciendo los intercambios y la cooperación entre Marruecos y los países de la región.
- Fomentar la cooperación en los ámbitos económico, social, cultural y financiero”.

1. Antecedentes históricos: el artículo 41 del Tratado de Asociación de 1976 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo

51. Desde el año 1976 existieron Tratados de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y los países del Magreb: concretamente con Túnez, Argelia y Marruecos²³. En los tres se proclamaba la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad social para los trabajadores marroquíes y sus familiares.

52. En particular, y por lo que a Marruecos se refiere, el derecho a la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social estaba regulado en el artículo 41.1. del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos. Respecto al concepto de Seguridad Social a efectos del citado artículo 41.1, el Tribunal de Luxemburgo estableció que ha de interpretarse del mismo modo que el concepto idéntico que figura en el Reglamento de coordinación de regímenes de Seguridad Social (el Reglamento 1408/71 vigente en aquella fecha). Y es que el artículo 41.1. “*establece en términos claros, precisos e incondicionales la prohibición de discriminar, por razón de la nacionalidad, a los trabajadores de nacionalidad marroquí y a los miembros de su familia que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social, que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a ningún acto ulterior*”. A mayor abundamiento, el Tribunal dedujo que esta disposición tiene efecto directo, de modo que los justiciables a quienes se aplica tienen derecho a invocarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales²⁴.

2. Discriminación de los familiares de los trabajadores de la Unión Europea frente a los familiares de los trabajadores marroquíes

53. Un debate que se suscitó hace décadas y que no puede considerarse definitivamente zanjado es si los familiares y derechohabientes de los trabajadores nacionales de un Estado en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a todas las prestaciones incluidas en los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social (derechos propios), o solo respecto de aquellas que les sean reconocidas precisamente en su condición de familiares y derechohabientes (derechos derivados).

54. Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha sido totalmente errática: inicialmente se decantó por considerar irrelevante la distinción entre derechos propios y derivados²⁵. Sin embargo, a partir de la sentencia 23.11.1976,-40/76, (Kermaschek) el Tribunal dictaminó que sólo los trabajadores -y no los miembros de sus familias- podían invocar los derechos consagrados por el Reglamento como derechos propios o personales. Volvió a sus postulados iniciales con la sentencia 30.4.1996, -308/93, (Cabanis) para retomar en la sentencia de 10.10.1996, asuntos acumulados 245/94

²³ Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976. Cfr. A. DE ALMEIDA, “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el Marco General y el Acuerdo Euromediterráneo”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 10/ 2001, pp. 545-596.

²⁴ SSTJCE de 31.1.1991, -18/90, (Kziber) Rec.; p.I-199; y de 20.4.1994, -58/93, (Yousfi) Rec.; p.I-1353.

²⁵ SSTJCE de 17.6.1975, -7/75, (Fracas) Rec.; p.679; y de 16.12.1976, -63/75, (Inzirillo) Rec.; p.2057, entre otras.

y 312/94, (Hoeber y Zachow) la distinción entre derechos propios y derechos derivados, aunque matizando que “*la distinción entre derechos propios y derechos derivados no se aplica, en principio, a las prestaciones familiares*”. Tesis que se reitera en la sentencia 15.3.2001, - 85/99, (Offermanns).

55. Pero hay que resaltar que esta dicotomía entre derechos “propios” y “derivados” no se aplica a los familiares de los trabajadores marroquíes como se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, como declaró en la sentencia de 3.10.1996, -126/95, (Hallouzi-Choho) “*la jurisprudencia que distingue entre derechos derivados y derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante no puede ser aplicable en el marco del Acuerdo*”.

56. Por tanto, hoy por hoy los familiares de los migrantes ciudadanos de los Estados de la UE sólo pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a sus “derechos derivados” como tales familiares, mientras que los familiares de los trabajadores marroquíes pueden invocar el derecho a la no discriminación con respecto a cualquier prestación de Seguridad Social, incluso respecto de aquellas que no les sean reconocidas en su calidad de miembros de la familia.

3. El artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo

57. En consonancia con su precedente, el artículo 41.1 del Tratado de 1976, el primer párrafo del artículo 65.1 del Acuerdo Euromediterráneo proclama la igualdad de trato de los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de sus familias que residan con ellos en el sector de la Seguridad Social, sin que puedan ser objeto de discriminación por razón de su nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados.

58. A estos efectos, el concepto de Seguridad Social incluye prestaciones de enfermedad y maternidad, las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, los subsidios por defunción, las prestaciones por desempleo y las prestaciones familiares (artículo 65.1, segundo párrafo). La igualdad de trato se predica tanto de las prestaciones contributivas, como no contributivas y especiales no contributivas (artículo 65.4).

59. Asimismo, en virtud del Acuerdo Euromediterráneo, los trabajadores marroquíes se benefician de la totalización de los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros, en lo que respecta a las pensiones y rentas de vejez, invalidez y supervivencia, las prestaciones familiares, las prestaciones por enfermedad y maternidad, así como de la asistencia sanitaria para ellos mismos y su familia residente en la actual UE.

60. Los trabajadores marroquíes tienen también reconocido en virtud del artículo 65.4 del Acuerdo Euromediterráneo el derecho a exportar a Marruecos las pensiones y rentas de vejez, supervivencia y accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como de invalidez, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

61. Nótese que el Acuerdo Euromediterráneo no contempla el derecho a totalización respecto a las prestaciones por desempleo ni tampoco la exportación de las mismas. Y, expresamente, se excluyen del principio de exportación a las prestaciones especiales de carácter no contributivo, que son las que los Estados han notificado en el Anexo X del Reglamento 883/2004²⁶.

²⁶ En dicho Anexo X España ha notificado como inexportables las siguientes prestaciones no contributivas: subsidio de garantía de ingresos mínimos; prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo; pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva; las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas; y los subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

62. En cualquier caso, y pese a que se apliquen a los trabajadores marroquíes y sus familias los principios de coordinación sobre los que se erigen los Reglamentos de coordinación 883/2004 y 987/2004, hay que tener en cuenta que están expresamente excluidos de su ámbito de aplicación personal en virtud del artículo 65.1, tercer párrafo²⁷.

4. Prestaciones familiares y acuerdo Euromediterráneo: principio de territorialidad

63. El artículo 65.4 del Tratado Euromediterráneo no incluye entre las prestaciones exportables a las prestaciones familiares porque a los trabajadores marroquíes que trabajen en Estados en los que el Derecho de la Unión Europea sea aplicable no se les reconoce derecho alguno a prestaciones familiares por los hijos que residan en Marruecos.

64. En concreto, el artículo 65.3 del Tratado de Asociación sólo prevé que los trabajadores magrebíes se beneficien de las prestaciones familiares “*para los miembros de su familia que residan en la Comunidad*”. Dicho con otras palabras, un Estado en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea habrá de abonar prestaciones familiares a un trabajador marroquí aunque sus hijos residan legalmente en otro Estado de la UE²⁸. Sin embargo, las normas de Derecho comunitario no reconocen el derecho a cobrar prestaciones familiares por los hijos de los trabajadores marroquíes que residan en un país el que no se aplica el Derecho de la Unión Europea, tal y como con meridiana claridad expuso el TJUE en su sentencia de 20.3.2001, -33/99 (Fahmi).

5. Igualdad de trato para nacionales magrebíes y residencia legal

65. Los principios de igualdad de trato, totalización de períodos y exportación de prestaciones que el Acuerdo Euromediterráneo regula sólo se aplicarán a los trabajadores magrebíes y sus familiares que ostenten la condición de residentes legales, pues claramente proclama el artículo 66 del Tratado que “*las disposiciones del presente capítulo no serán aplicables a los nacionales de una de las Partes que residan o trabajen ilegalmente en el territorio del país de acogida*”.

6. Acuerdo Euromediterráneo y convenios bilaterales entre Marruecos y Estados miembros: principio de norma más favorable

66. La adopción del Acuerdo Euromediterráneo no conlleva la derogación de los Tratados de Seguridad Social que pudieran haber suscritos los Estados miembros con Marruecos, ni impide la celebración de nuevos Convenios de Seguridad Social bilaterales²⁹.

67. Es más, el artículo 68 del citado Acuerdo establece la aplicación del principio de norma más favorable en caso de concurrencia: “*las disposiciones adoptadas por el Consejo de asociación de conformidad con el artículo 67 no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de los acuerdos bilaterales existentes entre Marruecos y los Estados miembros, en la medida en que éstos prevean un régimen más favorable en beneficio de los nacionales marroquíes o de los nacionales de los Estados*

²⁷ Artículo 65.1, tercer párrafo: “esta disposición no podrá tener por efecto convertir en aplicables las demás normas de coordinación previstas por la normativa comunitaria basada en el artículo 51 del Tratado CE”. La referencia al artículo 51 ha de entenderse actualmente referida Artículo 48 del TFUE.

²⁸ M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, “La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 49/2018, pp.139-147.

²⁹ L. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47/2003.

miembros”. Un claro ejemplo de lo anterior es el supuesto contemplado en el artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí, que permite el reparto de la pensión de viudedad entre varias supervivientes en los casos de poligamia.

VI. el Reglamento (UE) 1231/2010: la extensión de las normas de coordinación del Reglamento 883/2004 a los marroquíes que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea

68. El Reglamento 1231/2010 -que sustituyó al Reglamento 859/2003-, amplía la aplicación de las disposiciones de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de sus ámbitos de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro. Pero siempre y cuando su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro.

69. Tal y como se refleja en el Considerando nº 10 del Reglamento 1231/2010, la aplicación del Reglamento 883/2004 a estas personas no les concede ningún derecho de entrada, estancia o residencia ni tampoco acceso al mercado laboral en un Estado miembro. Ni afecta, consecuentemente, a la potestad de los Estados miembros de denegar o retirar un permiso de entrada, estancia, residencia o trabajo en su territorio, o de denegar la renovación de tales permisos de conformidad con el Derecho de la Unión Europea.

70. La aplicación del Reglamento 883/2004 a este colectivo está subordinada a que la persona se encuentre previamente en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro (Considerando nº11 del Reglamento 1231/2010). Y, además, es imprescindible que dicho extranjero haya estado sometido a la legislación de más de un Estado en el que el Reglamento 883/2004 resulte aplicable puesto que el Reglamento 883/2004 no se aplica a situaciones circunscritas, en todos los aspectos, a un solo Estado miembro. “En esta situación se encontraría, por ejemplo, el nacional de un tercer país que solo tiene vínculos con un tercer país y un único Estado miembro”, en palabras del Considerando nº 12 del Reglamento 1231/2010.

71. En conclusión: aunque el Acuerdo Euromediterráneo no permite la extensión a los ciudadanos marroquíes y sus familias de las disposiciones de coordinación contenidas en el Reglamento 883/2004, cabe la posibilidad de su aplicación si dichos ciudadanos y/o sus familiares han estado sujetos a más de una legislación coordinada por el Reglamento 883/2004. A sensu contrario, no pueden invocar las disposiciones del Reglamento 1231/2010 los ciudadanos marroquíes que sólo hayan trabajado y/o residido legalmente en España, pero no en otros Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea.

72. Por tanto, puesto que todas las prestaciones de desempleo españolas -contributivas y asistenciales- así como la prestación por cese de actividad son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004, aquellos trabajadores magrebíes a los que se les aplique el Reglamento 1231/2010 podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladen a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004). Y todo ello aunque ni el Acuerdo Euromediterráneo ni el Convenio Hispano-Marroquí reconozcan tal derecho.

VII. Derecho a la protección social de los ciudadanos marroquíes en España: zonas grises

1. Trabajadores transfronterizos y prestación por desempleo

73. Como ya se expuso supra, las prestaciones y subsidios por desempleo no están coordinadas por el Convenio Hispano-Marroquí ni por el Acuerdo Euromediterráneo. Y, a pesar de ello, en la actualidad

cotizan por desempleo en España los trabajadores transfronterizos. Estos últimos son los que han sido autorizados “*para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente*” -artículo 182³⁰ Real Decreto 557/2011-. El concepto español de trabajador transfronterizo es, dicho sea de paso, mucho más restringido que el concepto comunitario de trabajador fronterizo³¹.

74. Para entrar en territorio español los trabajadores transfronterizos no precisarán visado “*siempre que las autorizaciones que acreditan dichos documentos hayan sido expedidas por los órganos españoles y estén vigentes en el momento de solicitar la entrada*” (artículo 7.3 del Real Decreto 557/2011).

75. Consecuencia de residir en un Tercer Estado debiera ser la exclusión de los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo, tal y como establecía la Disposición Adicional 13ª del derogado Real Decreto 2393/2004. Exclusión que se justifica por el hecho de que, conforme a la legislación española, es causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo el traslado de la residencia al extranjero. Y en caso de los trabajadores marroquíes transfronterizos estos residen, por definición legal, en el extranjero³².

76. A mayor abundamiento, tanto en el nivel contributivo como asistencial por desempleo la residencia en España es un requisito necesario para el mantenimiento del derecho a la percepción de la prestación económica. En efecto, el artículo 272.1.f) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social prevé como causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo el “*traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 271.1*”. Preceptos que son aplicables, por remisión expresa del artículo 279 TRLGSS³³ a los subsidios asistenciales por desempleo.

77. A la vista de las consideraciones anteriores no se alcanza a comprender cómo el vigente Reglamento de Extranjería no excluye, como excluía el anterior Reglamento de Extranjería, a los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo³⁴. Y si los trabajadores transfronterizos cotizaran por desempleo sin poder lucrar las correspondientes prestaciones ello hubiera generado gran litigiosidad y contestación social. Como no ha sido éste el caso, la única explicación plausible es que España está de facto abonando prestaciones y subsidios asistenciales por desempleo a quienes de hecho residen en Marruecos pero cruzan a diario la frontera para trabajar en territorio nacional.

2. Prestaciones económicas familiares no contributivas y residencia en Marruecos: la Circular del INSS 4/2006

A) El doble requisito de residencia legal exigido por el TRLGSS

78. Un requisito característico y común a las prestaciones no contributivas es supeditar su reconocimiento y mantenimiento a la residencia legal en el Estado que la abona. Requisito calificado como

³⁰ En el anterior y derogado Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) la definición estaba contenida en su artículo 84.1. Ninguna novedad resaltable se aprecia entre el Reglamento en vigor y su precedente.

³¹ M. GUTIÉRREZ PÉREZ, “La seguridad social de los trabajadores fronterizos en el marco comunitario. Incidencia de la reforma de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 en la acción protectora”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 49/2018, pp. 201-206.

³² E. ROALES PANIAGUA (Coord.), *Buenas Prácticas Jurídico Procesales para Reducir el Gasto Social (II)*, Laborum, Murcia, 2014, pp.89-94.

³³ Artículo 279. *Suspensión y extinción del derecho al subsidio*: “1. Serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 271 y 272”.

³⁴ Las únicas exclusiones de la cotización por desempleo están ahora contenidas en la Disposición Adicional 16ª del Real Decreto 557/2011: contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes.

legítimo por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14.6.2106, -308/14, (Comisión contra Reino) respecto a las prestaciones familiares inglesas no contributivas en base a la “necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado”³⁵.

79. Nuestro vigente TRLGSS regula de manera separada la prestación no económica familiar “contributiva” en el capítulo XV del Título Segundo bajo el epígrafe de Protección a la Familia, mientras que las prestaciones familiares económicas no contributivas se regulan en el capítulo primero del Título Sexto que lleva por rúbrica “prestaciones no contributivas”.

80. Conforme a lo dispuesto en el artículo 352 del TRLGSS, para ser beneficiarios de prestaciones económicas familiares no contributivas se precisa residir legalmente en territorio español y tener a cargo “*hijos o menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción residan en territorio español*”. Dicho con otras palabras, el TRLGSS exige para el abono de las prestaciones económicas no contributivas de Seguridad Social el requisito acumulativo de la residencia legal tanto a los sujetos causantes como a los beneficiarios³⁶. Esto último podría constituir una discriminación indirecta contraria al artículo 1 del Convenio 157 de la OIT³⁷.

81. Respecto a los extranjeros de Terceros Estados que obtenga autorización de estancia por razón de sus estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado hay que destacar que no pueden ser beneficiarios de prestaciones familiares no contributivas. Y ello porque la autorización de estancia es jurídicamente diferente a la autorización de residencia. Sólo pueden lucrar prestaciones familiares no contributivas quienes residan legalmente en España³⁸.

B) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones familiares

82. En el capítulo VII del Convenio Hispano-Marroquí -artículos 31-32(bis)- se regula la coordinación de las prestaciones familiares³⁹. Hay que señalar que en la fecha en que dicho instrumento internacional entró en vigor no existía aun en España el nivel no contributivo de Seguridad Social.

83. El artículo 31 proclama que para “*la apertura del derecho a las prestaciones familiares debidas a los trabajadores por hijos a su cargo serán tenidos en cuenta, en su caso, los periodos de seguro cumplidos en ambas Partes Contratantes.*” Por su parte el artículo 32 dispone que “*las prestaciones familiares debidas a un trabajador serán determinadas de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio dicho trabajador estuviera empleado*”. Las condiciones de aplicación de ambos preceptos se realizarán conforme al Acuerdo Administrativo que ambos Estados fijen -el artículo 32 (bis)-.

³⁵ M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, “Régimen Jurídico de las Prestaciones Familiares en España y su coordinación en el Reglamento 883/2004” en: VV.AA, *Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp.439-470.

³⁶ Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 52/2003, el Tribunal Supremo reconoció la asignación económica por hijo a cargo para un trabajador marroquí residente en España y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social cuyos hijos residían en Marruecos pues “a falta de norma expresa ha de entenderse que el requisito de la residencia hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia de estos en el territorio español” (STS 21.I.2003, RJ.1989). Cfr. J.J. PÉREZ-BENEYTO ABAD, “Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: de cómo la norma va contra la jurisprudencia o el olvido de Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 32/2012.

³⁷ M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterios jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del reino de marruecos a las prestaciones familiares no contributivas españolas” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, p.116.

³⁸ T. GUERRERO PADRÓN, “El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* nº 49/2018, pp.276-284.

³⁹ I. BALLESTER PASTOR, “Prestaciones familiares económicas por hijos a cargo, extranjeros migrantes y residencia efectiva en España y en Europa: estudio sobre un conflicto normativo pendiente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº32/2012, p.15.

84. El citado Acuerdo Administrativo y Protocolo Adicional al Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social se publicó en el BOE de 10.7.1985 cuyo capítulo IV está dedicado a las prestaciones familiares (artículos 24-25). El artículo 25 del Acuerdo Administrativo es el que regula el abono de prestaciones familiares españolas cuando los hijos residan en Marruecos. En efecto, el citado precepto establece que *“el trabajador español o marroquí que esté sometido durante la duración de su empleo a la legislación de Seguridad Social de una de las Partes Contratantes tendrá derecho a las prestaciones familiares por los hijos que residan en el territorio de la otra Parte Contratante”*. El apartado quinto del artículo 25 establece que la institución deudora de la prestación económica familiar la abonará directamente a la persona designada por el trabajador que asuma el cuidado de los hijos. Caso de que ambos cónyuges trabajasen cada uno de ellos en uno de los Estados firmantes del Convenio, las prestaciones familiares se abonarán únicamente a cargo de la institución del país de residencia de los hijos (artículo 25.2 del Acuerdo Administrativo)⁴⁰.

C) La Circular del INSS 4/2006

85. La Circular se dicta, entre otros motivos, por la reforma introducida por la Ley 52/2003, por la que todas las prestaciones familiares de contenido económico pasan a ser de naturaleza no contributiva.

86. El punto 14.2 de la citada circular establece que *“las prestaciones familiares por hijo o menor acogido a cargo que se reconozcan a las personas que sean trabajadores o pensionistas, según el caso, y a las que sea aplicable alguno de los Convenios bilaterales que incluyen en su ámbito de aplicación las prestaciones familiares, se regularán por lo establecido específicamente para estas prestaciones en la norma bilateral”*.

87. Los convenios suscritos por España que coordinan prestaciones familiares son, por orden alfabético: Australia, Brasil, Canadá, Chile, República Dominicana, Marruecos, Paraguay, Perú, Rusia, Túnez, Ucrania y Uruguay.

88. Pero, a diferencia de todos los anteriores, el Convenio Hispano-Marroquí es, de todos ellos, el único Convenio en vigor anterior en el tiempo a la creación en España del nivel no contributivo de Seguridad Social por la ley 26/1990. Hay que recordar que el Convenio Hispano-Marroquí sólo coordina prestaciones contributivas, exigiendo expresamente (art. 3.2) que para que el mismo resulte aplicable a una nueva rama de Seguridad Social se precisa acuerdo expreso por ambas Partes Contratantes (algo que no ha ocurrido hasta la fecha).

89. Viene a corroborar la tesis aquí defendida de que la Circular 4/2006 infringe lo previsto en el propio Convenio de Seguridad Social para ampliar su ámbito de aplicación material el hecho de que en la página web del Ministerio⁴¹, se listen solo las prestaciones contributivas coordinadas por el Convenio Hispano-Marroquí, no haciéndose mención alguna a las prestaciones familiares no contributivas.

90. No obstante, y aun reconociendo que los Tribunales Superiores de Justicia interpretan de manera contradictoria el ámbito de aplicación material del Convenio Hispano-Marroquí a efectos de las prestaciones familiares⁴² la tesis que aquí se defiende es que desde la entrada en vigor en España de la Ley Orgánica 4/2000 -en sintonía con el Acuerdo Euromediterráneo-, los trabajadores marroquíes que

⁴⁰ M.J. CERVILLA GARZÓN; “Criterios jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del reino de Marruecos a las prestaciones familiares no contributivas españolas” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir); *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019; pp.110-120.

⁴¹ <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/marruecos/pensiones/contenidos/ConvHispanoMarroqui.htm> Consultada el 11.10.2019.

⁴² C.SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las Prestaciones Familiares de Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico Español y Comunitario*, Laborum, Murcia, 2005, p.145.

residan legalmente en España tienen derecho a prestaciones familiares no contributivas de Seguridad Social.

91. Pero desde que en 2003 “mutó” la naturaleza jurídica de todas las prestaciones económicas familiares de Seguridad Social españolas, no pueden abonarse prestaciones familiares por los hijos residentes en Marruecos porque son prestaciones no contributivas de Seguridad Social y, por tanto, excluidas del ámbito de aplicación del Convenio Hispano-Marroquí.

92. No siendo aplicable el Convenio Hispano-Marroquí, y restringiendo el Acuerdo Mediterráneo el abono de prestaciones familiares al territorio de la UE, sólo cabe aplicar el TRLGSS que exige la residencia de los hijos o menores a cargo en territorio nacional.

D) Trabajadores transfronterizos con hijos residentes en Marruecos

93. La Circular 4/2006 prevé también en el apartado 14.2.6 que *“podrán ser beneficiarios de la prestación (económica no contributiva familiar) los trabajadores transfronterizos que residan en la zona fronteriza de Marruecos, país al que regresan diariamente después de realizar actividades lucrativas en las zonas fronterizas del territorio español, respecto de los hijos que estén a su cargo y que residan también en Marruecos”*.

94. Tal previsión carece de cualquier fundamento legal ya que ni los transfronterizos, ni sus hijos o menores a cargos, residen en España por lo que no cumplen los requisitos del TRLGSS. Ni el Convenio-Hispano marroquí, ni el Acuerdo Administrativo, reconocen derecho a prestaciones familiares para los trabajadores transfronterizos. Tampoco el Reglamento 1231/2010 legitima el abono de prestaciones familiares fuera del territorio de la Unión Europea.

95. A mayor abundamiento, tampoco el eventual abono de prestaciones familiares no contributivas a este colectivo aparece mencionado en ninguna web del Ministerio, lo que resulta muy significativo.

3. Pensión de viudedad y poligamia: ¿“quedan jueces en Berlín”?

96. Ni la legislación española ni la de ningún Estado de la Unión Europea permite la celebración de matrimonios polígamos⁴³. De hecho, la bigamia está tipificada en el artículo 217 de nuestro Código Penal.

97. En el ámbito de la coordinación de sistemas de Seguridad Social, el Reglamento 1231/2010 no contempla el pago de pensiones de viudedad a más de un cónyuge supérstite en caso de poligamia de los ciudadanos de Estados de Terceros -Estados. Ni tampoco lo permite el Acuerdo Euromediterráneo. Hoy por hoy, no existe ningún pronunciamiento del TJUE que contradiga estas afirmaciones.

98. En palabras del Tribunal Supremo “la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero”⁴⁴.

99. Los tribunales españoles no han mantenido una interpretación uniforme sobre la pensión de viudedad en caso de poligamia, siendo a estos efectos clave que existiera Convenio bilateral que reconociera el derecho a pensión, o no. Respecto a Marruecos los pronunciamientos han sido favorables, puesto que el Convenio bilateral de Seguridad Social en su artículo 23 prevé que la pensión de viudedad

⁴³ I. MARÍN ALONSO Y C. SOLÍS PRIETO, “The impact of religious freedom in the Labor and Social Security framework in Spain”, *Variazioni su temi di Diritto del Lavoro* (en prensa).

⁴⁴ STS de 4.7.2011 (recurso nº 5031/2008).

causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación⁴⁵.

100. Cuando parecía pacífica la interpretación del artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí en España, la STS del Tribunal Supremo de 24.1.2018 (nº recurso 98/2017) ha dado un “giro de tuerca” al reconocer pensión de viudedad a la segunda esposa de un súbdito marroquí incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado⁴⁶.

101. Nada habría que objetar al fallo si no fuera porque la Sala de lo Contencioso-administrativo no se limita a interpretar y aplicar el Convenio sino que procede a ampliar el ámbito de subjetivo de aplicación del mismo, y todo ello al margen de los mecanismos que el propio Convenio Hispano-Marroquí prevé para una medida de tal naturaleza.

102. En efecto, la piedra angular sobre la que la STS de 24.1.2018 pasa de “puntillas” -no así el acertadísimo voto particular⁴⁷- es que el sujeto causante no estaba protegido por ninguno de los regímenes de Seguridad Social coordinados por el Convenio Hispano-Marroquí. Y como ya se ha expuesto supra, el Convenio Hispano-Marroquí no es aplicable a cualquier persona ni a cualquier régimen de Seguridad, sino que las prestaciones contributivas que coordina, única y exclusivamente pueden ser reconocidas a los sujetos protegidos por algunos de los regímenes general o especiales al que taxativamente el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable.

103. Resulta obvio que el paso previo y necesario antes de pronunciarse sobre si una persona tiene derecho a una prestación coordinada por el Convenio es comprobar si a esa persona le es aplicable el Convenio. Porque si no está incluida dentro de su ámbito de aplicación personal, huelga todo debate jurídico.

104. Y sucede que los Regímenes Especiales de Funcionarios no están incluidos en el Convenio Hispano-Marroquí⁴⁸. Por tanto, cuando a la primera esposa del sujeto causante polígamo se le reconoce pensión española de viudedad, ésta se le reconoce en base exclusivamente a la legislación de Clases Pasivas del Estado, no en virtud del Convenio Hispano-Marroquí y nada hay que objetar al respecto.

105. En cambio, la pretensión de la segunda esposa sólo puede pivotar sobre el artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí. Pero, al estar excluidos los Regímenes Especiales de Funcionarios del Convenio Hispano-Marroquí, no es aplicable el Convenio ni al sujeto causante ni a los miembros de su familia. Por tanto, ni hay identidad de situaciones ni de normativas aplicables para el reconocimiento del derecho a pensión de las dos esposas supérstites.

106. Un principio fundamental de todos los instrumentos internacionales y supranacionales en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social (ya sean convenios internacionales, multilaterales o Reglamentos emanados de la UE) es que sólo se aplican a los sujetos y a los riesgos sociales expresamente incluidos en su ámbito de aplicación.

⁴⁵ M.S. BENTAOUET, “El Convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social y su aplicación”, E-Revista Internacional de la Protección Social nº 2/2018, pp.94-101.

⁴⁶ Cfr. M.J. VALVERDE MARTÍNEZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, Cuadernos de Derecho Transnacional nº 2/2018, pp. 718-731.

⁴⁷ Voto particular que formula D. José Luis Requero Ibáñez al que se adhiere D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, a la sentencia dictada en el recurso de casación 98/2017: “podrá decirse que ese Convenio no ha sido denunciado, pero que eso no sea así no debe llevar -como hace la sentencia mayoritaria- a aumentar, expandir una previsión puntual sólo prevista para los nacionales marroquíes y para las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, es más, su artículo 2.1.A.2 expresamente excluye el régimen especial de Clases Pasivas”.

⁴⁸ E. ROALES PANIAGUA, “Seguridad Social internacional y poligamia. Nuevas perspectivas en la protección social”, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, nº 52/2019, pp.410-414.

107. La exclusión de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos del Convenio Hispano-Marroquí no es un “olvido” sino una expresa opción política del Estado español. A mayor abundamiento, al describir su ámbito de aplicación los Convenios bilaterales de Seguridad Social españoles especifican que se aplican a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia⁴⁹. Y solo si un Convenio es aplicable a Clases Pasivas así se indica expresamente, tal y como hace el Convenio de Seguridad Social Hispano-Japonés (2008): “*el convenio se aplicará en relación con España, al Sistema Contributivo de Seguridad Social y al Régimen de Clases Pasivas del Estado*”.

108. Con meridiana claridad los Convenios de Seguridad Social celebrados por España con Cabo Verde (2012)⁵⁰, Perú (2003)⁵¹, República Dominicana (2004)⁵² y Ecuador (2009) al describir su ámbito de aplicación utilizan exactamente la misma cláusula de estilo: el Convenio se aplicará a la “*legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema español de Seguridad Social, con excepción de los regímenes de funcionarios públicos, civiles y militares*”.

109. Al delimitar su ámbito de aplicación el Convenio Hispano-Coreano utiliza la siguiente formulación: el Convenio se aplica a “*la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social, excepto el Régimen de Clases Pasivas del Estado*” (art. 2.1.b).

110. Tampoco se aplica a los regímenes españoles especiales de funcionarios públicos el Convenio de Seguridad Social España-USA de 1986 a tenor de lo dispuesto en su art. 2.2.

111. Sin olvidar que los regímenes especiales de funcionarios están excluidos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (2007) -tal y como se recoge en su Anexo I⁵³- que está vigente en España.

112. Conviene también recordar que los regímenes especiales de funcionarios de los Estados miembros estuvieron excluidos de la coordinación comunitaria desde la promulgación del Reglamento 3/58 hasta que, 40 años después, se aprobó el Reglamento 1606/98, de 29 de junio. Y, aun al día de hoy, los funcionarios de la Unión Europea siguen excluidos del ámbito de aplicación personal del Reglamento de coordinación 883/2004.

113. A la vista de las consideraciones expuestas se concluye que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 24.1.2018 (nº recurso 98/2017) no aplicó el Convenio Hispano-Marroquí (porque no está incluido en su ámbito de aplicación personal el sujeto causante polígamo), ni la normativa sobre Clases Pasivas (que prohíbe el reparto de pensiones de viudedad en caso de matrimonios polígamos, contrario al orden público); tampoco se fundamenta la sentencia específicamente en ningún Tratado internacional ratificado por España (ninguno reconoce el derecho a la poligamia que es discriminatoria para la mujer, dicho sea de paso). Y por lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos es significativo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya dictado hasta la fecha ninguna sentencia que considere infringido el CEDH si se deniega pensión de viudedad a más de un cónyuge superviviente en caso de poligamia.

114. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, asimismo, infringe el derecho de propiedad -tal y como es interpretado por el TEDH- de la primera esposa a la que se le reduce el importe de su pensión cuyo reconocimiento no se funda en el Convenio-Hispano Marroquí.

⁴⁹ El texto de todos los convenios de Seguridad Social celebrados por España puede consultarse en: <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/93507357-fa02-4d32-a062-90a527c860ed/CONVENIOS+BILATERALES+Y+COMISS.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

⁵⁰ 2.1. B

⁵¹ 2.1.B

⁵² Artículo 2.1.A

⁵³ M.E. MONSALVE CUÉLLAR, “Anexo I, Regímenes a los que no se aplica el Convenio Multilateral”, e-Revista Internacional de la Protección Social, nº1/2017, pp.132-139.

115. Tampoco tiene en cuenta la citada STS de 24.1.2018 que en España, al igual que en el resto de Europa, no existe un único régimen de Seguridad Social aplicable a todos los trabajadores, funcionarios y residentes legales. Si no que, por razones históricas y en base a sus propias peculiaridades en cuanto p.e. a vías de financiación y prestaciones dispensadas, los derechos de los sujetos protegidos por el Régimen General no coinciden necesariamente con los reconocidos a los del Régimen Especial Autónomo o a los incluidos en los Regímenes Especiales de Funcionarios. Y estas diferencias a efectos de prestaciones de Seguridad Social que derivan de que el sujeto causante esté incluido en un régimen u otro de Seguridad Social no son discriminaciones prohibidas por el artículo 14 CE.

116. Estando en prensa este artículo se ha publicado la STS de 17.12.2019 (nº recurso 2679/2017) en la que en un supuesto de poligamia de un sujeto causante beneficiario de una pensión de Clases Pasivas la Sala concluye que “debemos llegar a la misma decisión que alcanzamos en aquella sentencia de 24 de enero de 2018, pues las razones jurídicas expuestas en el presente recurso no difieren, en lo esencial, de las que entonces valoramos”.

Exactamente las mismas críticas que en este artículo se vierten contra la sentencia de 2018 son plenamente aplicables a la sentencia de 17.12.2019 y nos llevan a concluir que los jueces de lo Contencioso-administrativo -dicho sea con el debido respeto- demuestran desconocer que con carácter general los Regímenes Especiales de Clases Pasivas están excluidos de la coordinación de los convenios internacionales de Seguridad Social firmados por España y, en particular, están excluidos del convenio Hispano-Marroquí. Como efecto colateral, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo español basada en una errónea interpretación de los regímenes de Seguridad Social a los que el convenio es aplicable, vulnera el derecho de propiedad de la primera viuda al privarle de su derecho a la pensión íntegra por muerte y supervivencia, tal y como es interpretado por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el célebre caso Gaygusuz contra Austria.

4. Prestaciones por dependencia, residencia y nacionalidad

117. Hubieron de pasar décadas desde la entrada en vigor del Convenio Hispano-Marroquí hasta que en el año 2006 se promulgó en España la ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que regula prestaciones de servicios y económicas (artículos 15-25). Como especifica el artículo 5.1 de la Ley 39/2006, para ser beneficiarios de las prestaciones reguladas por dicha ley se exige ostentar la nacionalidad española y, además, acreditar un período previo de residencia legal en territorio nacional que, como regla general, será de al menos cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud⁵⁴.

A) Las prestaciones por dependencia, excluidas de la acción protectora de la Seguridad Social

118. La doctrina científica destacó desde un primer momento que conforme a la Disposición final octava de la ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal, su título competencial no es el artículo 149.1.17 -expresamente descartado por la STC 18/2016⁵⁵- sino el artículo 149.1.1 de la Constitución. Este último precepto atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales⁵⁶.

⁵⁴ En el caso de menores hay reglas específicas para modular el requisito de la residencia.

⁵⁵ STC 18/2016, de 4 de febrero: “la Ley 39/2006 no cabe duda de que encaja materialmente en el ámbito de la «asistencia social», lo que ha de llevarnos a descartar ya la aplicación del título competencial del art. 149.1.17 CE”.

⁵⁶ R.ROQUETA BUJ (Coord.), La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

119. Resulta evidente el deseo del legislador de excluir las prestaciones de dependencia del sistema de Seguridad Social. Esto último se ratifica por el hecho de que el artículo 42 del TRLGSS no incluya a las prestaciones de dependencia dentro de su acción protectora.

120. Y todo ello pese a que RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER⁵⁷ consideró que “la inclusión de la dependencia en la Seguridad Social hubiera sido una opción constitucionalmente posible, puesto que el sistema de Seguridad Social configurado como función del Estado es de tendencia universalista y ha permitido incluir en su ámbito las prestaciones no contributivas, entre las que podría incluirse sin dificultad la atención a las situaciones de dependencia”.

121. Sobre los motivos por los cuales no se incluyeron las prestaciones de dependencia en el sistema de Seguridad Social se han barajado hipótesis varias: por ejemplo, que con ello se pretendía preservar la viabilidad del sistema de pensiones, o por evitar los problemas que derivarían de la necesidad de una estrecha cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas que “podría verse dificultada de ser la competencia esencialmente estatal”⁵⁸.

B) Dependencia y extranjería

122. Es preciso resaltar que la Ley 39/2006 no reconoce el derecho a los extranjeros a las prestaciones que regula, sino que respecto a los extranjeros que reúnan los requisitos para acceder a las mismas, excepto la nacionalidad española, su artículo 5.2 se remite en primer lugar a Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; en segundo lugar a los tratados internacionales y, en tercer lugar, a “los convenios que se establezcan con el país de origen”.

123. A parte de que este precepto sea un ejemplo de mala técnica legislativa, pues omite toda referencia a la normativa de la Unión Europea, evidencia que dada la complejidad que entraña determinar si los extranjeros pueden ser beneficiarios de las prestaciones no contributivas instauradas por el nuevo sistema de dependencia la ley 39/2006 optó por no afrontar directamente el problema, remitiéndose a la normativa nacional e internacional aplicable a los extranjeros en España. Pero sin que ello signifique que con tal remisión se esté reconociendo que tengan derecho a estas nuevas prestaciones por dependencia al amparo de otras disposiciones nacionales o internacionales.

C) Ley Orgánica de Extranjería y prestaciones por dependencia

124. La Administración y la doctrina se han venido basando en el artículo 14 de la Ley 4/2000 para reconocer el derecho de los extranjeros que residan legalmente en España a las prestaciones instauradas por la Ley 39/2006. El citado artículo 14 lleva por rúbrica: Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales.

125. Ni que decir tiene que la equiparación entre españoles y extranjeros residentes legales en el ámbito de la Seguridad Social, tanto del nivel contributivo como no contributivo resulta pacífica al amparo del artículo 14.1 que proclama que “los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”⁵⁹.

⁵⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, “La Protección Social de la Dependencia”, Relaciones Laborales nº 23-24/2006; p. 4.

⁵⁸ A.V. SEMPERE NAVARRO Y F. CAVAS MARTÍNEZ; Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Thomson-Aranzadi, 2007, p.67.

⁵⁹ A diferencia del artículo 7 TRLGSS, el artículo 14.1 LOE no contiene ninguna previsión respecto a los trabajadores transfronterizos ni a los estudiantes nacionales de Terceros Estados.

126. No obstante, puesto que está fuera de toda duda que las prestaciones por dependencia no son prestaciones de Seguridad Social, igual de obvio resulta la conclusión de que no puede ser el artículo 14.1 el fundamento para reconocer tales prestaciones a los ciudadanos marroquíes.

127. Entonces, ¿puede fundarse el derecho de los ciudadanos marroquíes a las prestaciones por dependencia en los apartados segundo y tercero del citado artículo 14 Ley 4/2000? Dichos apartados reconocen el derecho de los extranjeros a los servicios sociales, diferenciándose entre servicios generales, básicos y específicos. Y estableciendo el legislador un régimen jurídico diferente entre extranjeros con residencia legal e irregulares en el acceso a estos servicios sociales.

128. La pregunta se reconduce a la cuestión de si las prestaciones y servicios instaurados por la ley 39/2006 pueden calificarse de servicios sociales a los que se aplica el artículo 14 Ley Orgánica 4/2000. Tanto la práctica administrativa como la doctrina se han venido decantando por una respuesta afirmativa, pese a la ambigua redacción del precepto. Tesis ésta última que, a efectos puramente polemizadores, no puede compartirse tras la STC 18/2016, de 4 de febrero, en la que la Generalitat defendió que el sistema de ayudas a la dependencia forma parte de la materia servicios sociales que el art. 166.1 del Estatuto catalán atribuye a la competencia exclusiva de la Generalitat. El Tribunal Constitucional, obviando en todo momento calificar las prestaciones por dependencia como servicios sociales⁶⁰, resolvió que las prestaciones de la ley de Dependencia son Asistencia Social incardinables en el artículo 148.1.120 CE, no asistencia social interna al sistema⁶¹.

129. A partir de esa calificación de las prestaciones por dependencia como Asistencia Social del artículo 148.1.20 CE quizás habría que replantearse la cuestión de si puede el legislador estatal, con competencias exclusivas en materia de extranjería, invadir competencias autonómicas extendiendo el campo de aplicación personal de la legislación autonómica en materia de Asistencia Social. Máxime cuando la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros residentes legales en materia de Asistencia Social ni está prevista en la Ley Orgánica 4/2000 ni ha sido nunca implantada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea: todos los Reglamentos sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social han excluido siempre y expresamente de su ámbito de aplicación material las prestaciones de Asistencia Social.

130. A mayor abundamiento, puesto que la Ley Orgánica 4/2000 se promulga seis años antes que la ley de Dependencia, es del todo obvio que el artículo 14 de la Ley 4/2000 no incluía a la dependencia dentro de su ámbito de aplicación material⁶². Y pese haber sido dicho precepto reformado por el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/2009 no se reconoció el derecho de los extranjeros a las prestaciones por dependencia explícitamente en dicho artículo.

131. En segundo lugar, no puede olvidarse que los servicios sociales “internos” al sistema de Seguridad Social por un lado, y “externos” regulados estos últimos por las CC.AA por otro lado, existían con anterioridad a la ley 39/2006. Por tanto, cuando la Ley Orgánica 4/2000 en su artículo 14 regula los derechos de los extranjeros a la Seguridad Social y a los servicios sociales es perfectamente

⁶⁰ J.M. ALONSO SECO Y C. ALEMÁN BRACHO, “Las prestaciones de atención a la dependencia y su consideración como derechos sociales”, *Revista de Derecho Político* nº 100/2017, p.1000: “es bastante probable que el TC no se haya referido a ellos porque no se encuentran en sede constitucional de atribución de competencias”.

⁶¹ FJ 7º: “sus prestaciones no se integran en lo que la STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5, calificó como asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social, ya que, por el contrario, protegen situaciones de necesidad específicas mediante técnicas que actúan extramuros del referido sistema”.

⁶² M.A. MARTÍNEZ-GLIÓN MACHUCA, “Asistencia social: Asistencia social y servicios sociales”, *Aranzadi Experto*, DOC 2003/233, p.23: “La vigente LGSS contempla como servicios sociales de la seguridad social las prestaciones en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores (42.1 e) LGSS, y que se traducen en definitiva en una serie de servicios complementarios de las prestaciones básicas correspondientes a las contingencias protegidas (art. 63 LGSS) que encuentran su fundamento constitucional en los arts. 49 y 50 CE, y cuya gestión se atribuye al IMSERSO (art. 66.1 c) LGSS)”.

plausible interpretar que se está remitiendo a los servicios sociales incluidos en el Sistema de Seguridad Social y regulados por el TRLGSS⁶³. Es decir, los servicios sociales a efectos del artículo 14 LO 4/2000 se identificarían -utilizando la misma terminología del artículo 66.1.c) TRLGSS- con “los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”. Lo cual resulta coherente porque si se reconoce el derecho de los extranjeros residentes legales a las prestaciones de Seguridad Social, igualmente habría que reconocerles los servicios conexos a dichas prestaciones de Seguridad Social.

132. Es decir, que de similar forma que coexisten prestaciones no contributivas de Seguridad Social y prestaciones no contributivas de Asistencia Social, igual que coexiste una Asistencia Social “interna” al sistema de Seguridad Social⁶⁴ frente a una Asistencia Social “externa” competencia de las CC.AA, existen unos servicios sociales “internos” al sistema de Seguridad Social (regulados en el TRLGSS) frente a servicios sociales “externos” competencia de las CC.AA en virtud de las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía. La tesis que aquí se defiende es que solo a estos servicios “internos” incardinados en el propio sistema de Seguridad Social es a los que se refiere el artículo 14.2 y 14.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Pero al excluir la ley 39/2006 las prestaciones de Dependencia que consistan en servicios sociales de la calificación de “servicios sociales de Seguridad Social” los está excluyendo, igualmente, del ámbito de aplicación del artículo 14 L.O. 4/2000. Es decir, que con la promulgación de la ley 39/2006 “muta” la naturaleza jurídica de los servicios sociales (de similar manera que al promulgarse la ley 52/2003 “mutó” la naturaleza de las prestaciones económicas familiares que de contributivas pasaron a ser todas no contributivas).

133. A sensu contrario, cuando las CC.AA regulan y legislan sus servicios sociales al amparo de las competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía no estarían vinculadas por el artículo 14 Ley Orgánica de Extranjería, por ser los suyos “servicios sociales” externos al Sistema de Seguridad Social.

134. De las anteriores conclusiones derivaría la conclusión de que los extranjeros con residencia legal en España no tendrían derecho a las prestaciones del sistema de dependencia al amparo de los apartados segundo y tercero del artículo 14 Ley Orgánica 4/2000 porque:

- a) las prestaciones de Dependencia no son servicios sociales incardinables en el artículo 63 TRLGSS (de ser así, holgaría la propia existencia de la ley 39/2006)
- b) Y aunque las prestaciones por Dependencia sí son encuadrables en el concepto de Asistencia Social a los efectos del artículo 148.1.20 CE, tanto las prestaciones de asistencia social “interna” como “externa” están excluidas del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000. No se aplica, pues, la equiparación entre extranjeros y españoles en el reconocimiento de prestaciones de Asistencia Social. Es más, ser una carga para la asistencia social es causa para denegar la residencia legal a un nacional de un Estado miembro de la UE, Espacio Económico Europeo o Suiza (cfr. Art. 7.1 RD 240/2007).

135. Puesto que la ley 39/2006 jamás reconoció derecho alguno a los extranjeros respecto a las prestaciones que regula, e interpretando que la Ley Orgánica 4/2000 no incluye dentro del ámbito de aplicación de su artículo 14 las prestaciones instauradas por la ley 39/2006, queda por resolver si los ciudadanos marroquíes que legamente residen en España pueden acceder a dichas prestaciones al amparo del Derecho internacional o del Derecho de la UE.

⁶³ Artículo 63 TRLGSS: “como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social, esta, con sujeción a lo dispuesto por el departamento ministerial que corresponda y en conexión con sus respectivos órganos y servicios, extenderá su acción a las prestaciones de servicios sociales, establecidas legal o reglamentariamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.1.e)”.

⁶⁴ Artículo 64 TRLGSS.

D) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones por dependencia

136. En el ámbito del Derecho internacional, ninguno de los 24 vigentes convenios bilaterales de Seguridad Social firmados por España incluye a las prestaciones por dependencia dentro de su ámbito de aplicación, tampoco lo hace el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

137. Por tanto, respecto a los ciudadanos marroquíes que residan legalmente en España y reúnan los requisitos para acceder a las prestaciones por dependencia, es obvio que no podrán fundar su derecho a las misma en el Convenio Hispano-Marroquí porque éste solo se aplica a prestaciones contributivas de Seguridad Social, y el sistema de dependencia español no es ni una cosa ni otra.

E) Acuerdo Euromediterráneo y dependencia

138. Como ya se indicó supra, el Acuerdo Euromediterráneo reconoce en su artículo 65.1 que “los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de sus familias 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”.

139. A fin de determinar el concepto de Seguridad Social a los efectos de dicho precepto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una interpretación idéntica que a los efectos de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social. Por tanto, puesto que el concepto comunitario de Seguridad Social es autónomo frente a los conceptos de los Estados miembros, hemos de preguntarnos si para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la dependencia es un riesgo coordinado, o no, por el Reglamento 883/2004 y por su antecesor el Reglamento 1408/71.

a) Las prestaciones por dependencia como prestaciones de Seguridad Social para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

140. La dependencia, o prestación de cuidados de larga duración como generalmente se las denomina en Derecho comparado, no aparece como tal listada entre las otras contingencias incluidas en el ámbito de aplicación material del artículo 3 del Reglamento 883/2004.

141. Pero pese a ello, en la sentencia Molenaar⁶⁵ el Tribunal de Luxemburgo concluyó que “las prestaciones del seguro de asistencia están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas prestaciones de enfermedad”. De la sentencia Molenaar se infiere, además, que “las prestaciones destinadas a garantizar la cobertura del riesgo de vejez de un tercero que presta asistencia a una persona dependiente, también constituyen “prestación de enfermedad” de las que es beneficiaria la persona dependiente⁶⁶.”

142. En la sentencia Jauch⁶⁷ el TJUE no solo mantuvo la tesis de que la asignación por dependencia es una prestación coordinada, por cuanto que “las disposiciones relativas a la concesión de las prestaciones conferían a los beneficiarios un derecho legalmente definido”, sino que rechaza que pueda ser calificada como prestación especial no contributiva. Asimismo, el TJCE declara que “los requisitos para la concesión de la asignación de asistencia y la forma de financiación de dicha asignación no pueden tener por objeto o por efecto desnaturalizar el análisis que de dicha asignación se efectuó en la sentencia Molenaar”.

⁶⁵ STJCE de 5.3.1998, -160/96 (Molenaar) *Rec.*; p.I-843.

⁶⁶ STJCE de 8.7.2004, asuntos acumulados -502/01, y 31/02 (Gaumain-Cerri y Barth) *Rec.*; p. I-6483.

⁶⁷ STJCE de 8.3.2001, -215/99 (Jauch) *Rec.*; p.I-1933.

143. El TJUE ha continuado manteniendo la tesis de que la prestación de dependencia es prestación coordinada en los asuntos Gaumain-Cerri y Barth⁶⁸, Hosse⁶⁹, y Tolley⁷⁰, entre otros.

144. A día de hoy, el artículo 34 del Reglamento 883/2004 es aplicable a las prestaciones por dependencia, pero la propuesta de reforma de 13.12.2006 del citado Reglamento⁷¹ va más allá pues estas prestaciones se incorporarían en la letra c) del artículo 1 y en el apartado 1 del artículo 3⁷² quedando, por tanto, expresamente incluidas las prestaciones por cuidados de larga duración (dependencia) dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004.

145. En conclusión, que puesto que las prestaciones por dependencia instauradas por la ley 39/2006 se configuran como derechos subjetivos perfectos y a las mismas resulta de aplicación la jurisprudencia del TJUE anteriormente citada, los trabajadores marroquíes y sus familias que acrediten el grado de dependencia y los años de residencia en España exigidos por la normativa nacional, tendrán derecho a las prestaciones por dependencia en igualdad de condiciones que los españoles sin discriminación alguna por razón de su nacionalidad.

F) Dependencia y Reglamento (UE) 1231/2010

146. Partiendo de la base de que la dependencia es un riesgo coordinado por el Reglamento 883/2004, tal y como se ha expuesto supra, no cabe duda de que los nacionales de Terceros Estados incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1231/2010 podrían invocar el mismo a los efectos de solicitar prestaciones por dependencia en España.

147. En particular, el Reglamento 1231/2010 permitiría a los nacionales de Terceros Estados totalizar períodos de residencia legal acreditados en otros Estados de la UE (y del Espacio Económico Europeo y Suiza) a fin de cumplir los requisitos de residencia previa exigidos por la ley 39/2006. A los nacionales de Terceros Estados sería igualmente aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre supresión de cláusulas de residencia.

VIII. Conclusiones

148. La coordinación de regímenes de Seguridad Social que articula el Convenio Hispano-Marroquí se basa en los mismos principios que los Reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

149. A efectos del Convenio Hispano-Marroquí el término “trabajador” comprende tanto a los trabajadores por cuenta ajena protegidos por el Régimen General como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Autónomos. Y, asimismo, a los funcionarios incluidos en el Régimen General. No estamos ante un concepto laboral de trabajador sino de Seguridad Social.

150. Actualmente, el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable al Régimen General de la Seguridad Social y a los siguientes regímenes especiales: Trabajadores del Mar, Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos, Minería del Carbón y Seguro Escolar.

⁶⁸ STJCE de 8.7.2004, asuntos acumulados -502/01, y 31/02 (Gaumain-Cerri y Barth) *Rec.*; p. I-6483.

⁶⁹ STJCE de 21.2.2006, -286/2003 (Hosse) *Rec.*; p. I-01771.

⁷⁰ STJUE de 1.2.2007, 430/15 (Tolley), ECLI:EU:C:2017:74.

⁷¹ COM(2016) 815 FINAL.

⁷² J.A.MALDONADO MOLINA; “La Coordinación de los cuidados de larga duración en la Unión Europea: la independencia de la dependencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 49/2018, pp.70-82.

151. El Convenio Hispano-Marroquí no es aplicable a los regímenes especiales de funcionarios públicos.

152. El Convenio no se circunscribe a personas que ostentan la nacionalidad española o marroquí, sino que igualmente resulta aplicable a extranjeros y apátridas y a sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad. Tras la sentencia Gottardo del Tribunal de Luxemburgo el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable también a los nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea.

153. El Convenio Hispano-Marroquí no es aplicable al nivel no contributivo de Seguridad Social, ni a las prestaciones de Asistencia Social ni a los servicios sociales de las Comunidades Autónomas.

154. El artículo 65.1 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, proclama la igualdad de trato de los trabajadores de nacionalidad marroquí, y los miembros de sus familias que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social. El Acuerdo Euromediterráneo no contempla el derecho a totalización respecto a las prestaciones por desempleo ni tampoco la exportación de las mismas. Y, expresamente, se excluyen del principio de exportación a las prestaciones especiales de carácter no contributivo. Tampoco permite el abono de prestaciones familiares en Marruecos.

155. Abonar prestaciones económicas familiares en Marruecos vulnera la legislación española y no tiene actualmente fundamento en el Convenio, pues éste no es aplicable a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social. Por idénticos motivos se habrían de denegar estas prestaciones a los trabajadores transfronterizos cuyos hijos residen en Marruecos, porque en tal caso ni el sujeto causante ni los beneficiarios residen en España.

156. El Convenio Hispano-Marroquí permite el reparto de la pensión de viudedad entre varias cónyuges supervivientes en caso de poligamia. No se comparte el fallo de las sentencias del Tribunal Supremo 24.1.2018 y 17.12.2019 que reparte la pensión de un sujeto causante polígamo entre sus dos esposas porque la pensión era de Clases Pasivas, excluida del convenio Hispano-Marroquí. De los 24 convenios bilaterales de Seguridad Social vigentes celebrados por España sólo el suscrito con Japón incluye las Clases Pasivas. Los regímenes especiales de funcionarios están igualmente excluidos del ámbito de aplicación del vigente Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

157. Dado que las prestaciones por desempleo contributivas y asistenciales españolas exigen la residencia en territorio nacional del sujeto causante, los trabajadores transfronterizos no debieran cotizar por desempleo ya que, por definición legal, residen en el extranjero.

158. El Convenio Hispano-Marroquí ha de ser denunciado ya que ha quedado claramente obsoleto. Al igual que otros Estados de la UE, España debe negociar un nuevo Convenio. De *lege ferenda*, y dado los cambios jurídicos y sociales en España en las últimas décadas a favor de la igualdad real de la mujer, no se debería reconocer prestación social alguna en caso de poligamia. Abonar prestaciones familiares no contributivas españolas cuando los hijos no residan en territorio de la Unión Europea contradice la supuesta insostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social español.