

**PRESTACION NO CONTRIBUTIVA POR HIJOS A CARGO:
REPLANTEAMIENTO DEL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA
EN SUPUESTOS DE EXTRANJERÍA**

STS, Sala Cuarta, de 21 de enero de 2003

SOFÍA OLARTE ENCABO*

SUPUESTO DE HECHO: Un trabajador marroquí afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, cuyos hijos residen en Marruecos con su madre, solicita la prestación no contributiva por hijos a cargo, siéndole denegada por la Entidad Gestora.

Se consideran hechos probados que el trabajador tiene nacionalidad marroquí, con domicilio en España y cuenta con tarjeta de residencia. Dicho trabajador prestó sus servicios en la empresa Fundiciones Pinto S.A con la categoría profesional de peón metalúrgico hasta que el día 29-12-2002 causó baja por enfermedad común, habiéndose elaborado por el EVI el día 9-8-1994 dictamen proponiendo a la Dirección Provincial del INSS en Madrid ,la declaración del trabajador en situación de invalidez permanente total por padecer hernia discal intervenida, situación que no le pudo ser reconocida por no acreditar un período suficiente para ello.

El trabajador tiene cuatro hijos menores residentes en la provincia de Nador, con su madre. Solicitada la prestación por hijos a cargo el día 2-6-1999 en su modalidad no contributiva, se dictó resolución por el INSS el 25.10-1999 denegando la prestación solicitada al hallarse fuera del ámbito de aplicación del art. 7 de la LGSS.

Interpuesta la reclamación previa el día 1-2-2002, el INSS con fecha 1-3-2002 dictó resolución desestimatoria de la misma reiterando dicho argumento y añadiendo que el demandante carecía de la condición de beneficiario por no residir sus hijos en territorio español.

No constaba que el trabajador percibiese ingresos suficientes a efectos de la prestación, ni que se halle en situación de alta o asimilada a alta en la Seguridad Social.

El Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por el ciudadano marroquí contra el INSS, por lo que éste quedó absuelto de la pretensión.

Se interpone por el trabajador recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid (Recurso de Suplicación 4/2001), manteniendo la Sala de lo Social íntegro el relato de los hechos pro-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

bados de la sentencia de instancia. El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid, de 7-7-200, en reclamación de prestación familiar por hijo, y en consecuencia, revoca dicha sentencia y declara el derecho del M.B a percibir la prestación familiar por hijos a cargo, con efectos de la fecha de la solicitud y en la cuantía que legalmente procede, condenando al INSS a estar y pasar por tal declaración, abonando la pertinente prestación.

El INSS recurre en unificación de doctrina, considerando que esta sentencia del TSJ de Madrid es contradictoria con la dictada también por la Sala de lo Social del mismo TSJ de Madrid de 26 de febrero de 1998 (rec. Nº 2855/97). En el escrito de formalización del recurso, el INSS alega la infracción del art. 183 de la LGSS en relación con el art. 7.3 y 5 de dicho cuerpo legal y con el art. 41, apartados 1 y 3 del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos firmado el 27.4.76 y adoptado por el Reglamento 2211/78 del Consejo, de 26-9-78. Admitido a trámite el recurso el Ministerio Fiscal consideró improcedente el recurso.

RESUMEN: El TS estima el Recurso por considerar que basta para el reconocimiento de esta prestación con que quede probado el sostenimiento económico de los menores por parte del beneficiario, siendo irrelevante el hecho físico de la convivencia con él. De otro lado, el TS afirma la imputación del requisito de residencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no siendo exigible, adicionalmente, a éstos.

La cuestión se limita a determinar si un trabajador marroquí residente en España y afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social, cuyos hijos residen en Marruecos, tiene o no derecho a la prestación no contributiva pretendida por hijos a cargo. La Sentencia de Suplicación (STSJ Madrid, de 30 de noviembre de 2001) reconoce este derecho en aplicación del art. 41.1 del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, aprobado por Reglamento CEE 2211/78, que incluye en su ámbito de aplicación las prestaciones no contributivas, conforme a las Sentencias de la Sala de 30 de marzo de 199 y de 28 de octubre de 1999

Respecto al requisito de convivencia con el beneficiario de los hijos a cargo, la sentencia recurrida lo interpreta flexiblemente y aprecia que aquéllos están a cargo del trabajador aunque no exista convivencia efectiva, una vez que existe dependencia económica y responsabilidades familiares. Por el contrario, la sentencia de contraste (STSJ Madrid de 26 de febrero de 1998) deniega la prestación por no concurrir el requisito de convivencia de los hijos con el beneficiario de la prestación en territorio de la Unión Europea.

El TS advierte en esta Sentencia la analogía con la cuestión resuelta por dicho Tribunal en Sentencias de 11 de abril y 3 de mayo de 2000 que reconoce el derecho al desempleo asistencial al trabajador marroquí también, cuya familia reside en Marruecos al considerar que el hecho de que la esposa del beneficiario, que carece de ingresos de toda clase, viva en el extranjero, y por tanto, no conviva con el marido en España, no afecta al requisito de que el cónyuge esta “a cargo del beneficiario”. Por lo que *mutatis mutandi*, entiende el TS, se debe aplicar esta doctrina al supuesto litigioso, y ello, porque también los hijos del beneficiario aun residentes en Marruecos, constituyen “cargas” para el beneficiario. Razón por la que no hay infracción del art. 183 de la LGSS en relación con el art. 7.3 y 5 de la misma, ni con el art. 41.1 y 3 del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y Marruecos, ya que no se deriva de aquéllos la exigencia de que los miembros de la familia residan dentro del territorio de la Comunidad Europea.

El TS considera que la exigencia del art. 183 de la LGSS, se refiere a que sean sostenidos económicamente por el beneficiario, simplemente, aunque no vivan bajo el mismo

techo. Por ello, afirma, no se trata de que el legislador haya olvidado consignar el requisito de la convivencia en el apartado b) de dicho art. 183, sino que su intención ha sido justamente la contraria: prescindir de un requisito cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión de la prestación, pues la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nullos o escasísimos recursos económicos. Y aunque el art. 183 a) limita el derecho a quienes residan, legalmente, en territorio español, la exigencia se refiere exclusivamente al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia con éstos en el territorio español. Resultado para el TS que esta interpretación (la no exigencia de la convivencia con el beneficiario) es, además obligada, en virtud de lo dispuesto en el art. 1 g) del Convenio 157 OIT, sobre el “Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de derechos en materia de Seguridad Social”, que equipara la convivencia al vivir a expensas y a cargo del beneficiario.

ÍNDICE:

- 1. El estado de la cuestión: la convivencia como elemento configurador del sujeto causante de estas prestaciones familiares**
- 2. Análisis crítico de los fundamentos jurídicos de la STS de 21 de enero de 2003: la superación del requisito de convivencia y sus limitaciones.**
- 3. A modo de conclusión: la tortuosa construcción de un régimen jurídico- prestacional modalizado en supuestos de extranjería.**

1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA CONVIVENCIA COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL SUJETO CAUSANTE DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS PERIÓDICAS POR HIJOS A CARGO

La protección que nuestro Sistema de Seguridad Social dispensa a la familia se fundamenta en la existencia de una “carga familiar” y su finalidad no es otra que la de compensar económicamente por dichas cargas. Se trata de un riesgo técnicamente asegurable en la medida en que es individualizable y susceptible de evaluar económicamente (defecto de rentas o exceso de gastos)¹. Si bien es cierto que, en este caso, se ensancha la noción técnica de riesgo, tratándose mas bien de una situación de necesidad, lo cual se confirma en el proceso de progresiva asistencialización de la protección familiar en general.

En el caso concreto de la prestación económica por hijo a cargo, a partir de la Ley 26/1990, de Prestaciones no contributivas, existen dos modalidades: la contributiva, dirigida a trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, y la no contributiva que tiene por destinatarios a aquellas personas que quedan extramuros del sistema, ambas, no obstante, financiadas con cargo a los Presupuestos del Estado (art. 86 LGSS).

Pese a ello, el concepto de sujeto causante es el mismo en una y otra modalidad: el hijo a cargo, entendiendo por tal aquél que (sea cual sea la naturaleza legal de su afiliación) esté

¹ ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 2001, pág. 352.

“a cargo del beneficiario”, lo que presupone en todo caso la dependencia económica y, generalmente, también la convivencia con el beneficiario.

El art. 180 a) de la LGSS, en efecto, sólo exige que se trate de hijos menores de dieciocho años o mayores afectados por una minusvalía igual o superior al 65%, *a cargo del beneficiario*”, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos, tal y como también disponía la LPNC.

Sin embargo, el RD 356/1991, de 15 de marzo, que desarrolla las prestaciones por hijo a cargo, va más allá al exigir en su art. 2.1 que el hijo “viva con el beneficiario” y “a sus expensas”, de tal forma que, al tratarse de requisitos acumulativos, cuando falta uno de ellos no hay derecho a percibir esta prestación.

Las escasas referencias doctrinales sobre este precepto reglamentario se inclinaron a favor de la legalidad del RD 356/1991, al considerar que los términos legales son lo suficientemente amplios como para permitir al reglamento precisar y completar el alcance de la ley², línea que ha venido siendo secundada por numerosas sentencias de los TTSSJJ, tales como la STSJ de Aragón, de 15 de septiembre de 1993 (Ar.4056) y SSTSJ de Cataluña de 10 de julio de 1998 y de 29 de marzo de 1999 (Ar. 4471 y 1827), entre otras.

No obstante, no han faltado otras posiciones en nuestra doctrina más proclives a una interpretación flexible del requisito de convivencia, ya que lo que realmente persigue esta prestación es compensar las cargas económicas que supone un hijo³.

El RD 356/1991 exceptúa del requisito de convivencia determinadas situaciones en su art. 2.2, de tal forma que no será exigible en supuestos tales como “la separación transitoria, motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares no rompe la convivencia entre padres e hijos”. Cláusula abierta que ha permitido también una aplicación judicial flexible de la exigencia de convivencia, tal y como puede verse en la STSJ de Castilla-la Mancha de 29 de junio de 1999 (AS 5925).

En cuanto a qué se entienda por “otras causas similares”, se ha venido aceptando que el hijo minusválido que viva en un centro asistencial con carácter permanente pueda ser exceptuado del requisito de convivencia, siempre que el beneficiario costee la financiación de la estancia y servicios del centro (Criterio de Aplicación 97/59 del INSS⁴). No obstante, existen numerosos supuestos en los que, aún existiendo una justificación razonable no se exceptúan en este precepto reglamentario tal y como sucede con la movilidad geográfica laboral (forzosa o voluntaria) o con el fenómeno inmigratorio.

Sin entrar en el tema de si estamos ante un reglamento *ultra vires*, lo cual no es descartable a la vista de lo sucedido en el Reglamento de protección por desempleo, es claro que el art. 2.2 permite una interpretación flexible de la exigencia de convivencia, de tal forma que se pueda extender a todos aquellos supuestos de ruptura de convivencia que reúnan los elementos comunes a los expresamente previstos en dicho precepto. Desde nuestro punto

² Vid. BARRIOS BAUDOR, G.L.: “Prestaciones familiares por hijos a cargo”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pgs. 125 y 126.

³ Nos referimos a la posición mantenida en este punto por SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en el ordenamiento español”, Laborum, Murcia, 1998, págs. 175 y 176.

⁴ En INSS: Régimen jurídico de las prestaciones. Criterios de aplicación en supuestos consultados, INSS, Madrid, 1999, pág. 158 y ss.

de vista estos elementos son: de un lado, la transitoriedad de la situación de ruptura de la convivencia y la justificación de dicha separación en motivos ajenos a llevar una vida económicamente independiente.

El primero de los elementos, la transitoriedad de la separación familiar, entendemos que alude no sólo a períodos cortos tales como vacaciones, estudios... sino a cualquier situación de duración indefinida, tal y como sucede en el caso del internamiento en centros asistenciales para minusválidos.

El segundo de los elementos sería la existencia de una justificación ajena a que los hijos lleven una vida económicamente independiente, lo que excluiría la razón misma de la protección, al no existir la carga. Característica presente en los supuestos de separación exceptuados, tales como la necesidad de tratamientos médicos u oportunidades de formación.

A partir de estos elementos configuradores de la excepción de convivencia podríamos considerar que ésta no es exigible cuando la no convivencia se debe a prácticas profesionales, trabajos ocasionales o marginales que afectan a los hijos, o a motivos laborales que afecten al padre (movilidad geográfica forzosa para el trabajador, inmigrantes cuyas familias residen en países de origen), aunque no es esta la orientación judicial predominante, que tiende a una aplicación restrictiva de las excepciones al requisito de convivencia.

El hecho de la separación de sus familias de los trabajadores extranjeros en nuestro país es, además, en muchos casos una situación forzosa, en la medida en que existe una imposibilidad legal por las dificultades de la reagrupación familiar y en otros casos puramente económica y cultural. El carácter forzoso de estas situaciones constituye un factor que ha de ser objeto de especial consideración, ya que en otro caso se estarían imponiendo condiciones de imposible cumplimiento que rayan en lo discriminatorio, cuando se trata de sujetos comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, discriminación prohibida por los Tratados internacionales y por la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros para su integración social, en adelante LOEXIS, que reconoce el derecho a la seguridad social a los residentes legales, y ello tanto en la modalidad contributiva como en la no contributiva (aunque en este punto no entra la Sentencia por tratarse de un supuesto de hecho anterior a la entrada en vigor de la LOEXIS).

Es claro que a esta conclusión se puede llegar por dos vías, directamente mediante la declaración de ilegalidad del precepto reglamentario, por ir más allá de la ley, tal y como ha sucedido por idénticas razones (la convivencia) en el caso de la prestación por desempleo o bien, subsidiariamente, por la vía de una interpretación amplia de las excepciones a la exigencia de convivencia tal y como planteamos aquí.

En el caso de la prestación por desempleo, en relación a la exigencia de convivencia en el RD 625/1985, la jurisprudencia viene entendiendo no exigible el requisito de la convivencia, considerando que sólo es exigible el estar a cargo económicamente, lo que ha tenido una especial incidencia en los supuestos de extranjeros cuyas familias permanecen en los países de origen.

En cuanto al requisito de la dependencia económica, el art. 2.3 del Reglamento dispone que “el hijo no está a cargo del beneficiario cuando trabaje por cuenta propia o ajena o sea perceptor de una pensión contributiva a cargo de un régimen público de protección social distinta de la pensión de orfandad”, lo que en muchos casos ha impedido el reconocimiento de la prestación cuando el hijo desarrolla una actividad laboral esporádica o temporal que no permite la independencia económica. De este modo se estaría ante un concepto de dependencia económica específico que se aleja del común, que considera como límite el no dis-

poner de recursos superiores al salario mínimo interprofesional⁵. Así el INNS establece como criterio el 75% del salario mínimo interprofesional en un período trimestral, ya que éste es el módulo temporal que a efectos económicos toma como referencia el art. 13 del Reglamento.

En este punto existe también abundante doctrina judicial no siempre coincidente, si bien no entramos en ella porque el interés de la STS del que parte este trabajo radica precisamente en la interpretación del otro requisito: la convivencia.

En la modalidad no contributiva se exige, además, la residencia en territorio español, que en el caso de los extranjeros ha de ser legal. Este requisito, que se contiene en el art. 183 a) cuya rúbrica es *Beneficiarios*” se entiende que se exige al beneficiario y no al sujeto causante. Ciertamente la exigencia de convivencia determinará que, normalmente, ambos sujetos, causante y beneficiario residan en territorio español, pero conviene tener en cuenta que en las situaciones que las que dicha convivencia no es exigible, el requisito afecta al beneficiario y no al sujeto causante, aspecto éste en el que también incide la STS.

En todo caso, se ha de respetar, en supuestos de extranjería, tal y como sucede en este caso, lo dispuesto en el art. 1.g) del Convenio 157 OIT, sobre el Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social”, ratificado por España el 26 de julio de 1985, que forma, por tanto, parte de nuestro ordenamiento interno ex art. 96.1 CE. Según este precepto la expresión “miembros de la familia” designa a las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado.

2. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS DE 21 DE ENERO DE 2003: LA SUPERACIÓN DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA Y SUS LIMITACIONES

En primer lugar hemos de situar esta STS en unificación de doctrina en un contexto normativo concreto que es anterior a la LOEXIS, por lo que al amparo de la LEX/85, era el art. 7 de la LGSS el que regulaba la inclusión de los extranjeros en el Sistema de Seguridad Social, que como sabemos excluía a los extranjeros, salvo que se tratase de extranjeros de “estirpe ibérica” o procediese su inclusión en virtud de reciprocidad o de Acuerdos Internacionales dentro del nivel de protección no contributiva, en el que se encuadra la prestación económica aquí debatida.

El TS parte, por lo tanto, de la inclusión dentro del nivel de protección no contributiva de los ciudadanos marroquíes en virtud del Acuerdo de cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, aprobado por Reglamento 2211/78, cuyo art. 41.1 incluye dentro de su ámbito de aplicación las prestaciones no contributivas.

⁵ Vid. en esta línea VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares”, en AA.VV. Derecho de la Seguridad Social, dir. De la Villa, Tirant lo blanch, 1997, pág. 449.

Esto determina, en principio, que la STS que analizamos tenga un alcance limitado a los ciudadanos marroquíes. Sin embargo, la entrada en vigor de la LOEXIS ha supuesto la derogación del art. 7.3 y 5 de la LGSS, al reconocer el derecho a la seguridad social de los extranjeros que residan legalmente en España, sin ningún tipo de distinción, por tanto, en el nivel contributivo y en el no contributivo.

En efecto, la nacionalidad como criterio de delimitación del ámbito subjetivo de la Seguridad Social comenzó su declive a partir de las leyes de acompañamiento a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, Ley 13/1996 y Ley 66/1997, abandonando el complejo esquema de la reciprocidad. A partir de ese momento la inclusión de los extranjeros en el bloque contributivo quedó determinada por idénticos criterios que los exigidos a los nacionales, la profesionalidad y la residencia en territorio español.

En lo referente al bloque no contributivo o asistencial se mantuvo la exclusión de los extranjeros, con las excepciones señaladas (extranjeros de “estirpe ibérica” y los que procedan en virtud del principio de reciprocidad).

La LOEXIS, en el art. 10 reconoce genéricamente el derecho al trabajo y a la seguridad social remitiéndose respecto a esta a “la legalidad vigente”, lo que supone una remisión a la LGSS (art. 7). Sin embargo, el art. 14 de la LOEXIS que regula específicamente el derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales de los extranjeros no comunitarios, consagra un principio de equiparación total y plena entre nacionales y extranjeros residentes legales. En este sentido, dado que la situación normativa ha cambiado, entendemos que las afirmaciones que hace el TS sobre la exigencia de convivencia son plenamente extrapolables a cualesquier extranjero que tenga permiso de residencia en España, ya que todos ellos tienen derecho a la Seguridad Social, tanto en su nivel contributivo como no contributivo o asistencial.

El Fundamento Jurídico Segundo es el que contiene la parte central de la argumentación jurídica del TS. El él se trae a colación la doctrina de casación relativa a la prestación no contributiva por desempleo y el requisito de la convivencia, poniendo de manifiesto que el hecho de que la esposa a cargo no conviva con el beneficiario extranjero (reside en el extranjero) no excluye el derecho a la prestación. Una vez sentado esto afirma: “Mutatis mutandi se debe aplicar esta doctrina al supuesto litigioso, y, ello, porque también los hijos del beneficiario, aún residentes en Marruecos, de los que no se ha acreditado tener bienes de cualquier clase, constituyen “cargas” o carga para el beneficiario”.

En base a la misma doctrina se considera que no ha habido en la sentencia impugnada infracción del art. 183 de la LGSS, en relación con el art. 7.3 y 5 de la misma, ni del art. 41.1 y 3 del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos normas que, según la recurrente exigirían para el reconocimiento de la prestación no contributiva por hijos a cargo que “los miembros de la familia residan dentro de la CEE”.

Para el TS, el art. 183 de la LGSS ha de interpretarse en su sentido gramatical. Así “a cargo” indica, simplemente la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla”. Por tanto, afirma el TS se trataría simplemente de que los familiares “sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste; situación por lo demás, es harto frecuente en el caso de los trabajadores migrantes, lo que supone una carga adicional a su condición de tales.”

Además, considera el TS que no es pensable que el legislador haya olvidado consignar el requisito de convivencia en el apartado b) de dicho art. 183 LGSS, que establece que serán beneficiarios.... “quienes tengan a cargo hijos en quienes concurren las condiciones estable-

cidas en el art. anterior”, es decir, hijos menores de dieciocho años o minusválidos, cualquiera que sea la naturaleza de su afiliación.

Para el TS “la intención del legislador ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un obstáculo formal a la concesión de la prestación litigiosa, pues la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos”.

El TS combina distintos criterios interpretativos, todos conducentes a la misma conclusión. Tanto la interpretación literal y sistemática como la teleológica llevan al TS a considerar que no se exige la convivencia, y ello, no sólo para los trabajadores extranjeros cuyas familias permanecen en el lugar de origen, sino que parece que es un pronunciamiento más amplio y de alcance general.

En segundo lugar, y dentro de este mismo F.J 2^a el TS analiza el requisito de la residencia legal en territorio español, establecido en el art. 183 a) LGSS. Y considera que “a falta de norma más expresa, ha de entenderse que el requisito de residencia hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia con estos en el territorio español”. En este punto el TS se limita al análisis de este precepto legal, lo cual creemos es algo claro ya que el art. 183 de la LGSS se refiere tan sólo a los requisitos de los beneficiarios de esta prestación no contributiva, sin embargo no entra en la exigencia del Reglamento 2211/78 CE que exige para el reconocimiento de prestaciones que los miembros de la familia residan dentro del territorio de la CE.

Por el contrario, y para reforzar su línea interpretativa se refiere al Convenio n° 157 de la OIT, sobre el Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, de 21 de junio de 1982, cuyo art. 1.g) establece que la expresión miembros de la familia designa a las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones, según el caso, o las persona que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado”.

Ciertamente aquí nos encontraríamos ante una contradicción entre una norma comunitaria y una norma internacional, debiendo de prevalecer aquélla.

Desde nuestro punto de vista, el TS ha eludido este problema si bien es cierto que hay que distinguir dos cuestiones diferentes, una sería la de la convivencia y otra no necesariamente coincidente, la exigencia de que los miembros de la familia residan en territorio de la UE. En la medida que el TS considera que la convivencia no es exigida en esta prestación por nuestra legislación interna, no es necesario acudir al Reglamento CEE que se aplica a aquéllas prestaciones en las que se exija que la familia resida en territorio de la CE. Este es, desde nuestro punto de vista el punto flaco de la STS, ya que una cosa es la convivencia y otra que los miembros de la familia residan en territorio de la CE, aun diseminados entre distintos países.

En coherencia con ello, no es necesario, como hacer el TS, acudir al Convenio núm. 157 de la OIT, ya que si el Alto Tribunal ha defendido previamente la tesis de que no se exige en nuestro ordenamiento interno el requisito de la convivencia, no hay que recordar que este Convenio prevé que cuando se exija por una norma nacional la convivencia, se reputará cumplida cuando los miembros de la familia, los hijos en este caso, estén a cargo. De este

modo, el TS, queriendo reforzar sus líneas argumentales, pone en entredicho su propia interpretación anterior, traduciendo cierta inseguridad en sus planteamientos y además abre una nueva brecha, la de la aplicación del Reglamento comunitario. Desde nuestro punto de vista, éste Reglamento sólo tendría la virtualidad de fundamentar el derecho a prestaciones no contributivas a los ciudadanos marroquíes y a partir de ello proceder a la interpretación y aplicación del art. 183 de la LGSS y si éste es claro, como parece (y en esto coincidimos con el TS), no exigiendo la convivencia, no debería acudir al Convenio 157 OIT, al menos, no como fundamento jurídico (tal vez sí *obiter dicta*). Y en todo caso, aunque no fuese cuestión planteada, hacer alguna declaración *obiter* relativa a la ilegalidad del RD 356/1991, ya que éste sí la exige.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA TORTUOSA CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO-PRESTACIONAL MODALIZADO EN SUPUESTOS DE EXTRANJERÍA

La Sentencia del TS que acabamos de analizar, pone de manifiesto una problemática que va más allá del supuesto de hecho concreto y su interés reside, más allá de la novedad que supone y de su alcance generalizador, ya que esta doctrina es aplicable a todos los trabajadores extranjeros a partir de la entrada en vigor de la LOEXIS e incluso a los nacionales, que ya de por sí son temas de entidad, decíamos que su interés más relevante radica en la problemática de fondo que en ella se detecta: la ausencia en el Derecho de la Seguridad Social de un tratamiento específico del fenómeno inmigratorio.

Ciertamente, que, de conformidad con el Derecho Internacional de la Seguridad Social se impone el principio de igualdad a efectos de Seguridad Social, entre nacionales y extranjeros en situación de legalidad, sin embargo, no es menos cierto que dicho principio no supone tratamiento idéntico de situaciones diferentes y ello más aún cuando la uniformidad tiene como efecto la aparición de constantes disfunciones.

Cuando hablamos de disfunciones queremos referirnos al hecho de que las reglas jurídicas, al no tener en cuenta una realidad diferenciada, plantean problemas de aplicación y no son funcionales para resolver dichos problemas.

En otras ocasiones nos hemos referido a la dificultad de configurar la situación legal de desempleo cuando el contrato se extingue por extinción del permiso de trabajo, sin que haya fin de obra, llegada del término, despidos, ni expedientes de regulación, poniendo de manifiesto cómo la LGSS no tiene presente que los trabajadores extranjeros tienen un límite (la necesidad de una autorización) específico para la continuidad de la relación laboral. La jurisprudencia, tras una fase inicial en la que consideró que la falta de permiso de trabajo equivale a falta de capacidad para contratar (y por tanto no es paro forzoso protegido), reaccionó reconociendo el derecho a la prestación por desempleo, aun cuando se hubiese extinguido el contrato de trabajo. Concretamente la STS, UD, de 21 de diciembre de 1994, Ar. 10349, fue la que estabilizó los criterios a seguir declarando que la falta de permiso de trabajo no equivale a prohibición absoluta para trabajar, ni elimina la Situación Legal de Desempleo, ya que el extranjero puede continuar en territorio español si tiene permiso de residencia, busca otro empleo y solicita la prestación por desempleo.

Finalmente la LOEXIS al prever en su art. 38.3 b) la prórroga o renovación automática del permiso de trabajo para los extranjeros que sean beneficiarios de la prestación por desempleo despeja cualquier tipo de dudas sobre su procedencia, si bien la LGSS sigue sin

regular ni definir la SLD (situación legal de desempleo) de estos trabajadores cuyo contrato se extingue por expiración del permiso, generando problemas de procedimiento y una inseguridad jurídica inadmisibles e innecesarias.

También hemos puesto de manifiesto, cómo en la prestación no contributiva por desempleo la exigencia de convivencia supondría la imposibilidad de acceso a estas prestaciones de muchos trabajadores en situación de legalidad en España, lo cual resulta discriminatorio en la medida que no se tiene en cuenta un hecho diferencial, el hecho inmigratorio que hace difícil o imposible la convivencia de los miembros de la familia. Esta es la postura acogida por el TS en Sentencias de 11 de abril y 3 de mayo de 2000 (recursos 2770/1999 y 331/1999), seguidas después en otras posteriores. De este modo el TS vino a cuestionar la legalidad del RD 525/1985, sobre protección por desempleo y resolvió la cuestión de la convivencia en sentido negativo (no exigible), con carácter general pero especialmente referida a los inmigrantes cuyas familias permanecen en sus lugares de origen, ya que a ello obliga el Convenio 157 OIT, con fecha de ratificación posterior al RD 625/1985 y de rango superior.

En el caso de la prestación por hijos a cargo de trabajadores extranjeros, residiendo aquéllos en otro país, y aunque en suplicación ha habido pronunciamientos flexibilizadores (STSJ Madrid, de 31 de mayo de 1994), ha sido necesario que la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social dictara una Resolución (de 19 de junio de 1998) en la que se establece el reconocimiento del derecho con independencia del lugar de residencia del hijo o hijos, que sin embargo no impidió que los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia siguieran exigiendo este requisito, hasta el momento presente en que se dicta esta Sentencia en Unificación de Doctrina. Que tiene su antecedente inmediato en la STS de 28 de octubre de 1999.

Fuera del ámbito prestacional, se observa que el Derecho de la Seguridad Social ha ido acogiendo la necesidad de una cierta adaptación del régimen jurídico común a las especificidades de este colectivo de trabajadores. Así el RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, contiene en su art. 42 referencias específicas para los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como ajena, exigiendo, además de los datos y documentación requeridos para los trabajadores españoles, la copia del correspondiente permiso de trabajo cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo. La Circular de la TGSS 5-004, de 13 de febrero de 2001, regula los efectos de la afiliación y alta de extranjeros sin permiso.

En cuanto a la relación jurídica de cotización nada específico se prevé en la LGSS ni en el Reglamento General de Cotización, aprobado por RD2064/1995, el cual no resuelve la cuestión de si existe o no obligación de cotización en casos de prestación de servicios por extranjeros en situación de ilegalidad. Y si bien la Sala de lo Contencioso del TS ha mantenido una tesis afirmativa, en el orden social los Tribunales Superiores de Justicia se han inclinado mayoritariamente en sentido negativo.

Frente a la omisión por parte del Derecho de la Seguridad Social, el RLOEXIS sí se refiere a los trabajadores por cuenta propia considerando para la renovación del permiso “el cumplimiento por parte del trabajador, como sujeto responsable de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social inherentes al ejercicio de la actividad económica de que se trate” (art. 72.2). Respecto a los trabajadores por cuenta ajena el art. 72.4 del RLOEXIS dispone que “los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los

permisos de trabajo, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad”, siendo responsable el empresario, y en tal caso”la autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social la situación de descubierto en la cotización a efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan”.

Es visible una mayor atención y tratamiento normativo de las relaciones jurídicas de encuadramiento y cotización que de las relaciones de prestación en relación con los trabajadores extranjeros, lo cual manifiesta un mayor interés por el control y la contribución a la financiación que por la vertiente prestacional y protectora, siendo ésta el núcleo de la Seguridad Social, pues en ella reside su función y finalidad última. Por ello es criticable la ausencia de un esfuerzo normativo similar por adaptar o modalizar algunos aspectos del régimen jurídico de las prestaciones de la Seguridad Social a la problemática específica del fenómeno inmigratorio, más si tenemos en cuenta que es un fenómeno que, lejos de estar llamado a estabilizarse, se anuncia como un fenómeno aún incipiente en comparación con la dimensión que se prevé va a alcanzar.

Aunque la jurisprudencia viene a “remendar” caso por caso todas las disfuncionalidades conforme se van detectando, a lo que se añade otro factor a considerar: la intensa labor legislativa en este sector del ordenamiento, que abre nuevos frentes y pone al descubierto viejos problemas no resueltos.

Así, a título de ejemplo, los cambios introducidos en el régimen de protección por desempleo tras el RDL 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes de reforma de la protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, abren nuevos interrogantes, tales como la incidencia de la obligatoria suscripción del compromiso de actividad por parte de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo.

En cuanto a problemas enquistados, destaca la caótica situación en materia de responsabilidad empresarial en orden a prestaciones en supuestos de falta de afiliación, alta y cotización, cuyo régimen jurídico se encuentra en estado criticable con carácter general, si bien la cuestión se agrava en relación con los trabajadores extranjero.

En efecto, aun cuando los criterios de imputación de responsabilidad ex art. 126 de la LGSS son de aplicación, con independencia de la nacionalidad del trabajador (así el art. 72.4 ROEXIS lo contiene en relación con la situación de descubierto empresarial cuando el trabajador extranjero tiene permiso de trabajo), siempre que tenga el correspondiente permiso de trabajo, la situación es más compleja cuando se trata de trabajadores que no cuentan con dicho permiso. Hasta ahora, ha sido la jurisprudencia la que ha admitido la responsabilidad empresarial, siempre que se trate de contingencias profesionales, concretamente accidentes de trabajo. Sin embargo, las conclusiones han de ser necesariamente distintas a la luz de lo dispuesto en el art. 36.3 de la LOEXIS, que supone reconocer también efectos en el ámbito de la Seguridad Social, ya que son derechos igualmente derivados del contrato de trabajo.

Todas estas digresiones no tienen otra finalidad que la de poner de manifiesto la necesidad de adoptar criterios de política legislativa claros que luego sean plasmados a nivel de Derecho positivo. En unos casos se trata de meras adaptaciones técnicas cuya finalidad sería la de dar una respuesta a las peculiaridades que se derivan de la realidad del hecho inmigratorio y los condicionantes del Derecho de Extranjería.

En otros casos, como el de la prestación de servicios sin permiso de trabajo y sus efectos en el ámbito de la Seguridad Social, se trataría de una verdadera opción de política jurídica que en todo caso habría de ser coherente con todo nuestro sistema normativo (o en caso contrario, que incidiera globalmente en dicho sistema para buscar una coherencia global).

La sentencia aquí comentada no es más que un botón de muestra de la compleja labor que lentamente se ven obligados a realizar nuestros jueces y tribunales ante la falta de un tratamiento coherente y global en el plano normativo. Y, desde nuestro punto de vista, hemos de darle la bienvenida porque en ella se advierte una interpretación apegada a la realidad social sobre la que incide, aunque ello comporte apartarse de la literalidad de un reglamento, de dudosa legalidad por cierto.