



El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional

THE SCOPE OF THE PROTECTIVE ACTION OF THE SPANISH SOCIAL SECURITY FOR MOROCCANS IN A LEGAL AND ILLEGAL SITUATION IN NATIONAL TERRITORY

Carlos García-Giralda Casas

Juez de Carrera

Juzgado de lo Social Único de Melilla

c.garcia-giralda@poderjudicial.es 0000-0002-1883-8915

Recibido: 25.10.2022 | Aceptado: 13.12.2022

RESUMEN

Las relaciones de España, como miembro de la Unión Europea, con otros países extra comunitarios, en especial con Marruecos, determinan una serie de especialidades en la aplicación de nuestro Sistema de la Seguridad Social que tienen diversa amplitud dependiendo de la condición de residente legal o ilegal en España de los ciudadanos extra comunitarios, en nuestro caso, de los ciudadanos marroquíes, lo que implica que ostenten una serie de derechos en relación a las prestaciones que se incluyen dentro de la acción protectora del Sistema Público de la Seguridad Social que tienen distinta intensidad en uno y otro supuesto de residencia legal o ilegal, aunque en determinadas prestaciones, como las de asistencia sanitaria, nos encontremos ante casi una plena equiparación de situaciones prestacionales, en todo caso, resulta trascendental concretar el derecho de cada sujeto beneficiario y el alcance del derecho en el momento de tener que ejercerlo.

ABSTRACT

The relations of Spain, as a member of the European Union, with other non-community countries, especially with Morocco, determine a series of specialties in the application of our Social Security System that have different amplitudes depending on the status of legal resident or illegal in Spain of non-EU citizens, in our case, of Moroccan citizens, which implies that they have a series of rights in relation to the benefits that are included within the protective action of the Public Social Security System that they have different intensity in one or the other case of legal or illegal residence, although in certain benefits, such as health care, we are faced with almost full equality of benefit situations, in any case, it is transcendental to specify the right of each beneficiary subject and the scope of the right at the time of having to exercise it.

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social
Convenio bilateral
España
Marruecos
Inmigrantes

KEYWORDS

Social Security
Bilateral agreement
Spain
Morocco
Immigrants

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESPAÑA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL, CON INCIDENCIA DE LOS REGLAMENTOS 883/2004 Y 987/2009 Y LA DIRECTIVA 2011/24 DE LA UNIÓN EUROPEA
 - A. El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social en la Ley General de la Seguridad Social y normativa concordante
 - B. La regulación de los sistemas de coordinación de Seguridad Social a través de los reglamentos base y de ejecución. Ámbito de aplicación de la Directiva 2011/24 UE
- III. EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS Y EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS
 - A. Firma, publicación, entrada en vigor
 - B. Alcance de la protección social de los marroquíes legales e ilegales en territorio español
- IV. LA PROBLEMÁTICA DE LOS APÁTRIDAS E INDOCUMENTADOS: PRIVILEGIOS JUSTIFICADOS O DISCRIMINATORIOS
- V. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social de España ostenta diversa amplitud dependiendo del sujeto beneficiario. En la presente comunicación deberán exponerse los marcos normativos de nuestro Sistema y la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo, Salas de lo Social y Contencioso-Administrativo, y de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, haciendo especial hincapié a la normativa de la Unión Europea sobre los sistemas de coordinación en materia de Seguridad Social y de Asistencia Sanitaria, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que como no puede ser de otra manera inciden de manera directa en la forma de entender nuestras instituciones y en la manera en la que las mismas se aplican.

Una vez determinado el ámbito en el que nos situamos en la actualidad, deberá concretarse el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social para nacionales, comunitarios y extracomunitarios, y dentro de este último grupo, en el que se encuentran los marroquíes no nacionalizados, se incidirá sobre las diversas prestaciones a las que tienen derecho y las diferencias fundamentales en el supuesto de encontrarse en España en situación legal y en la de ilegal y de qué manera el Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social suscrito entre España y Marruecos incide en el trato que deba darse a los nacionales del país vecino en territorio español, si la normativa y los lazos entre Estados permite asemejar a sus nacionales a nuestros nacionales o miembros de la Unión Europea, o incluso, de los Estados Parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo o por el contrario debe dárseles el mismo trato que a cualquier otro ciudadano extra comunitario.

Finalmente, resulta obligatorio, a colación con las anteriores cuestiones, dar una respuesta a la problemática de los apátridas e indocumentados que se encuentren en territorio español, con frecuencia de procedencia africana o asiática, pero que en todo caso ostentan unos derechos en materia de Seguridad Social que se asemejan más a los nacionales y comunitarios que a los extra comunitarios, lo que desde el punto de vista de los ciudadanos de Marruecos que se encuentren en España podría suponer una clara discriminación toda vez que gozan de una protección mayor que los marroquíes no nacionalizados españoles, aunque solo respecto de los que se encuentran en situación irregular en territorio nacional.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESPAÑA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL, CON INCIDENCIA DE LOS REGLAMENTOS 883/2004 Y 987/2009 Y LA DIRECTIVA 2011/24 DE LA UNIÓN EUROPEA

Cuando tratamos del Derecho a la Seguridad Social, al menos en España, nos estamos refiriendo a un derecho constitucional consistente en el establecimiento y mantenimiento por el Estado Social y Democrático de Derecho de un sistema que reúne la doble condición de técnico y jurídico y que viene caracterizado por la finalidad primordial última de proteger, mediante prestaciones o subsidios económicos, a las personas y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo dichas personas, que se encuentran bajo su cobertura frente a ciertos riesgos o contingencias¹.

Como caracteres esenciales de esta rama del Derecho deben resaltarse los de público² y autónomo³ con vocación de protección universal.

La autonomía del Derecho de la Seguridad Social se desprende, además de por su objeto específico: “la protección económica de quienes lo necesiten”, de la circunstancia de ostentar un cuerpo normativo específico, unas fuentes del Derecho y unas instituciones propias.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de efectuar diversos pronunciamientos acerca de nuestro Sistema Público de la Seguridad Social desde el panorama de los principios rectores de la política social y económica, habiendo llegado a declarar que:

1. En este sentido, artículo 2 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre (Boletín Oficial del Estado núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291 a 103519), recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>, visto a las 09:00 h del día 22 de octubre de 2022. Puede afirmarse que el Sistema de la Seguridad Social, tal y como está configurada en nuestro país, es un remedio contra la inseguridad económica. Cfr. Turnbull, J.; Williams, A. y Cheit, E.: *Economic and Social Security: Social insurance and Other Approaches*, Wiley, Nueva York, 1982.

2. Este carácter de derecho público deriva inevitablemente de que el conjunto de sus normas y medidas son públicas, Cfr. Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, p. 38

3. Sin perjuicio de los ríos de tinta que se han vertido sobre la cuestión de si el Derecho de la Seguridad Social es un Derecho Autónomo, o por el contrario forma parte del Derecho del Trabajo, y aunque ciertamente en determinados aspectos pueda afirmarse de la existencia de un Derecho de Seguridad Social laboral, lo cierto es que la doctrina dominante, entre los que me encuentro, consideran que estamos ante una rama del ordenamiento jurídico autónoma, Cfr. Almansa Pastor, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.

1. “La garantía institucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la admisión de varios modelos de protección”⁴.
2. “El carácter público del sistema de la Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en su conjunto”⁵.
3. “La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico, ni vulnera el principio de igualdad”⁶.
4. “Las prestaciones complementarias tienen encaje en el modelo constitucional de Seguridad Social”⁷.

En España, normas de diverso rango y naturaleza normativa regulan el Derecho de la Seguridad Social. Debemos comenzar reseñando la cúspide de la pirámide normativa, esto es, la Constitución Española de 1978⁸ que, sin perjuicio de contar con diversos preceptos que inciden de manera directa o indirecta en el Derecho o Sistema Público de Seguridad Social, consagra en el artículo 41 el modelo constitucional en esta materia al disponer la garantía de todo ciudadano a la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad⁹.

Descendiendo en los peldaños de esta pirámide nos encontraríamos con las normas internacionales y de la Unión Europea. En todo caso, y sin perjuicio de las múltiples normativas internacionales, tanto del Consejo de Europa (véase Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, los Pactos Internacionales de Nueva York o la Carta Social Europea) como de la Organización Internacional del Trabajo (como los Convenios 48, 102, 121, 128, 130, 157 y 168), y europeas en materia de Seguridad Social, del Parlamento Europeo y del Consejo, a nosotros la que nos interesa en esta sede es la de la Unión Europea relativa a los sistemas de coordinación en materia de Seguridad Social y a la Asistencia Sanitaria, pues es la que con posterioridad debe ser interconectada con la normativa española-marroquí para determinar el alcance de la acción protectora, así

4. En este sentido, sentencia 206/1997 de 27 de noviembre.
5. *Vid.* entre otras, sentencias 37/1994 y 129/1994.
6. Así se desprende de las sentencias 38/1995 y 77/1995.
7. *Vid.* sentencia 208/1998 de 10 de noviembre.
8. *Vid.* Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, visto a las 10:00 h del día 22 de octubre de 2022.
9. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido múltiples ocasiones de pronunciarse acerca de esta garantía constitucional a la que tilda de institucional llegando a la conclusión de que el margen de actuación del legislador es amplio en esta materia (v. entre otras, sentencia 213/2005 de 21 de julio), cabe entender esta afirmación al tratarse no solo de un precepto ubicado como principio rector de la política social económica, con menor relevancia que los derechos fundamentales o los deberes y derechos de los ciudadanos incardinados en el Capítulo II del mismo Título I, sino además por la propia materia de la Seguridad Social, tratándose esta de una rama de Derecho Público cuyas disposiciones, en opinión de este escritor y al contrario de lo que sucede con el Derecho del Trabajo, deben ser interpretadas en sentido estricto.

como el Convenio Internacional Bilateral de España con Marruecos y con el Acuerdo de la Comunidad Económica Europea con el Reino Marroquí.

A continuación se sitúan las normas con rango de ley, ordinarias, orgánicas e incluso decretos leyes y decretos legislativos, siendo la norma más relevante de nuestro sistema la Ley General de la Seguridad Social, sin perjuicio de otras normas complementarias o accesorias relativas a diversos aspectos como procesales (Ley reguladora de la Jurisdicción Social), de tutela administrativa (Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social), de protección de la salud (Ley General de la Sanidad), de las pensiones (con la última reforma de finales de 2021) o de las situaciones de dependencia entre otras (con la Ley 39/2006)¹⁰.

Finalmente, por lo que se refiere a la normativa de ámbito interno, sin entrar en el estudio de las disposiciones legislativas de las Comunidades Autónomas (las cuales ostentan escasa o nula intervención en materia legislativa de Seguridad Social, aunque diversa amplitud en el ámbito concreto de asistencia sanitaria¹¹) o de la escasa aplicación de la autonomía (individual o colectiva) en esta rama autónoma del Derecho¹², viene complementada con múltiples normas de rango reglamentario, podemos citar entre ellas, y por lo que al ámbito de protección social comporta, el Reglamento de colaboración de las Mutuas de 1995, que regula las diversas intervenciones y de cobertura frente a contingencias de este tipo de organismo, inicialmente de carácter privado aunque con una clara vocación de servicio público.

A. El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social en la Ley General de Seguridad Social y normativa concordante

150

En primer lugar, el artículo 42 de la Ley General de la Seguridad Social establece las prestaciones económicas que se integran dentro de la acción protectora de la Seguridad Social diversificándolas en: a) contributivas, dentro de las que se encuentran la incapacidad temporal, el nacimiento y cuidado del menor, riesgos durante el embarazo y la lactancia natural, ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante, cuidados de menores afectados por cáncer o enfermedad grave, incapacidad permanente, jubilación, desempleo, protección por cese de actividad, pensión de viudedad, pensión de orfandad, auxilio por defunción, indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc.; b) no contributivas, tales como las de desempleo, prestación

10. Goerlich Peset, J. M.: "El derecho de la Seguridad Social", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 48.

11. Para comprobar el alcance de la potestad legislativa y normativa de las Comunidades Autónomas en la materia puede acudir a la distribución de competencias con el Estado Español que proclaman los artículos 148.1.20º y 149.1.16º y 17º de la Constitución Española de 1978, así como a los respectivos Estatutos de Autonomía, sin perjuicio de la amplia capacidad en materia de ejecución normativa y de la posibilidad de establecer prestaciones complementarias por parte de las Comunidades Autónomas, en este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias 39/2014 y 40/2014 del Tribunal Constitucional.

12. Así se deriva del artículo 3 de la Ley General de la Seguridad Social que proclama la nulidad de todo pacto de carácter individual o colectivo que implique la renuncia de los derechos reconocidos en esta Ley.

por nacimiento, asistencia social, invalidez, jubilación, prestación de orfandad, prestación de viudedad, pensión y subsidio en favor de familiares, ingreso mínimo vital, etc.

En segundo lugar, el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social consagra los requisitos generales para determinar la inclusión en el campo de aplicación del sistema a las prestaciones contributivas (nivel de protección de carácter universalista) y no contributivas (nivel de protección para contingencias concretas) dentro de las cuales diferencia la protección que asiste a los nacionales residentes en España, cabe entender que también a los comunitarios residentes (incluso a los nacionales de países del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo), y a los extranjeros residentes legalmente en territorio español (los que están asemejados a los nacionales¹³, como es el caso de los marroquíes en situación regular, y ello aunque se efectúe una remisión a la legislación de extranjería interna e internacional), aunque no resulta aplicable esta equiparación cuando se trata de trabajadores extra comunitarios en situación legal pero que ostenten la condición de trabajadores fronterizos, autónomos, gente del mar, artistas, y profesionales liberales que ejerzan su actividad por un corto lapso temporal, los cuales se registrarán por los acuerdos o convenios de reciprocidad que les sean de aplicación, caso de los marroquíes que ostenten alguna de estas condiciones profesionales o laborales, como veremos al tratar del Convenio Bilateral entre España y Marruecos y el Acuerdo entre la Unión Europea y Marruecos¹⁴.

La norma contemplada de la Seguridad Social silencia, por lo tanto, a los extranjeros extra comunitarios que se encuentren en situación ilegal o irregular en nuestro país, ya que estos ciudadanos se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de Extranjería, así como en lo dispuesto, en lo que a nosotros interesa, en los convenios y acuerdos de España y la Unión Europea con Marruecos, así como por las diversas leyes internas sanitarias, más en concreto, por la Ley 16/2003 de 28 de mayo sobre el Sistema Nacional de la Salud¹⁵.

Debe partirse de la premisa de que los ciudadanos españoles y los comunitarios (incluso nacionales de países del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo) pueden acceder a todo tipo de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, siempre y cuando reúnan los requisitos que se exigen para cada una de ellas, mientras que a los ciudadanos extra comunitarios, en nuestro caso marroquíes, se les suele exigir para el acceso a determinadas prestaciones, con carácter adicional, en el supuesto de que se encuentren legalmente en territorio nacional, el requisito de cumplir un periodo mínimo de residencia legal en territorio español, mientras que a los que se encuentran ilegalmente en territorio nacional únicamente se les reconoce el derecho a la Asistencia Sanitaria y a recibir otro tipo de prestaciones a las que pudieran tener derecho, tales como las prestaciones que pudieran derivarse de accidente de trabajo

13. Debe insistirse en todo caso en la necesidad de residencia legal para la equiparación total entre nacionales y, en nuestro caso concreto, marroquíes en situación legal a los efectos de acceder a las mismas prestaciones (v. entre otras, sentencia de 7 de noviembre de 1980 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo).

14. Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 666.

15. Cavas Martínez, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín, Murcia, 2021, pp. 48-49.

o enfermedad profesional cuando fueran contratados irregularmente¹⁶, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial¹⁷.

B. La regulación de los sistemas de coordinación de Seguridad Social a través de los reglamentos base y de ejecución. Ámbito de aplicación de la Directiva 2011/24 UE

El Derecho de la Unión Europea en materia de Seguridad Social se divide o clasifica en dos ramas fundamentales: A) El Derecho de Armonización y B) El Derecho de Coordinación¹⁸.

El Derecho de Armonización es el que se dirige, como su propio nombre indica, a la armonización de las legislaciones de los Estados Miembros a través de la trasposición de las diversas normas del Derecho de la Unión Europea, si bien, en esta sede únicamente nos vamos a detener en el estudio del Derecho de Coordinación que está dirigido a resolver los conflictos de leyes entre los Estados en materia de prestaciones de Seguridad Social, requiriéndose en todo caso un movimiento transnacional de ciudadanos entre dos o más Estados Miembros para que resulte de aplicación.

En todo caso, y con carácter previo al estudio de este Derecho europeo de Coordinación, es necesario reseñar que es cada Estado Miembro quién organiza su propio sistema de la Seguridad Social, y por lo tanto, a los ciudadanos de cualquier Estado Miembro de la Unión Europea o del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, o incluso de Suiza, se les aplica en España nuestra normativa en materia de Seguridad Social, aunque resulta obligado que dicha normativa respete el ordenamiento de la Unión Europea, la libre circulación de los ciudadanos, trabajadores y sus familias, así como la libertad de establecimiento¹⁹.

Con carácter previo al estudio en concreto de los Reglamentos y Directiva citados en el presente apartado, debe partirse de la idea de que estas disposiciones constituyen parte del Derecho Derivado o Secundario de la Unión Europea, pero es necesario incidir en que el Derecho de la Unión Europea en materia de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social también dispone de un Derecho Originario o Primario que viene constituido por los artículos 21, 48, 151 y 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que consagran los derechos a la libre circulación y la Seguridad Social como un aspecto de la política social, además de la remisión que se efectúa a la normativa social contenida tanto en la Carta Social Europea de 1961 como en la

16. En todo caso, puede afirmarse que carecen del derecho a obtener la prestaciones por desempleo (en este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de marzo de 2008 y de 31 de enero de 2017 recaídas en los recursos de casación 800/2007 y 3345/2015 respectivamente).

17. López Terrada, E.: "La asistencia sanitaria", "La asistencia sanitaria", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 256-257.

18. Agís Dasilva, M.: "El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 57.

19. En este sentido, v. entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2017, en el asunto *Espadas Recio* C-98/15, de 19 de septiembre de 2019, asunto *F. van der Ver y otros* recaída en los casos acumulados C-95 y 96/18.

Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, y finalmente, al ostentar el mismo valor jurídico que los tratados, debe incluirse el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Entrando en el estudio de los Reglamentos base (Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social)²⁰ y de aplicación o ejecución (Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social)²¹, los cuales, al contrario de lo que sucede con las Directivas de la Unión Europea, no necesitan acto de trasposición alguno al poseer ya de por sí efecto directo, y por lo que a la problemática de esta obra asiste, esta normativa comunitaria, al no crear una armonización ni uniformización de las legislaciones de los Estados parte con la finalidad de salvaguardar y respetar los intereses de los Estados Miembros frente a la intervención de la Unión Europea²², no tiene relevancia en el alcance de la acción protectora de los marroquíes, legales o ilegales, más que cuando siendo legales y con residencia o nacionalizados españoles, desempeñen su actividad profesional o decidan trasladar su residencia a otro Estado de los que se aplica la normativa de coordinación, pero no determina, dentro del territorio español, más derechos a prestaciones concretas que para el marroquí en situación irregular, aunque sí que puede verse beneficiado el marroquí en situación legal en España de los derechos que le asisten como ciudadano de un Estado Miembro de la Unión Europea.

Por su parte, la Directiva 2011/24 (Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, la cual fue traspuesta a nuestro Derecho a través del Real Decreto 81/2014 de 7 de febrero sobre normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza)²³ se circunscribe al ámbito estrictamente sanitario, si bien, al contrario de lo que sucede con los Reglamentos de Coordinación, se aplica no solo a los Sistemas de Seguridad Social, sino a todo el ámbito sanitario, ya sea de carácter público o privado, si bien, al igual que sucede con los Reglamentos, no tiene relevancia en el alcance de la acción protectora de los marroquíes, legales o ilegales, más que cuando siendo legales y con residencia o nacionalizados españoles, desempeñen su actividad profesional o decidan trasladar su residencia a otro Estado de los que se aplica la normativa de coordinación, pero no determina, dentro del territorio español, más derechos a prestaciones concretas que para el marroquí en

20. DOUE núm. 166, de 30 de abril de 2004, páginas 1 a 123. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111>, visto el día 20 de octubre de 2022 a las 17:30 h.

21. DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009, páginas 1 a 42. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-82043>, visto el día 20 de octubre de 2022 a las 17:30 h.

22. Cfr. García Murcia, J.: "Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa", en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 31.

23. DOUE núm. 88, de 4 de abril de 2011, páginas 45 a 65. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80723>, visto el día 21 de octubre de 2022 a las 18:00 h.

situación irregular, aunque sí que puede verse beneficiado el marroquí en situación legal en España de los derechos que le asisten como ciudadano de un Estado Miembro de la Unión Europea.

III. EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS Y EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS

Pese a que a los ciudadanos de Marruecos se les aplica estando en territorio español la normativa española, existen dos mecanismos de cooperación en materia de Seguridad Social, uno entre España y Marruecos y otro entre la Unión Europea y Marruecos, que determinan una especialidad de la normativa española aplicable a los marroquíes que difiere tanto de la propia española, como no puede ser de otra manera al disponer en muchos casos de familiares y otro tipo de vinculaciones con su Estado de origen, como de otros extranjeros no comunitarios, bien porque también exista convenio bilateral aplicable, como es el caso de Estados Unidos, Australia, Japón o Filipinas, o incluso multilateral con los países Iberoamericanos, o bien porque no existe norma de cooperación alguna, en cuyo caso se aplicará la normativa española en los términos influenciados por la Europea.

No obstante lo anterior, y dada la temática que estamos tratando, debemos prescindir del estudio de las normativas internacionales ajenas a la problemática marroquí y proceder a examinar, con el detalle que se merece, el Convenio Bilateral de Seguridad Social de España y Marruecos²⁴ así como el Acuerdo de Cooperación de Seguridad Social de la Unión Europea con Marruecos²⁵.

A. Firma, publicación, entrada en vigor

En primer lugar, resulta obligatorio examinar brevemente el Convenio Bilateral de España con Marruecos en materia de Seguridad Social, normativa que goza de carácter de norma internacional con las consecuencias a ello inherentes consagradas en nuestra Constitución Española de 1978.

Este Convenio, pese a que data de 1982, se firmó el día 8 de noviembre de 1979 entrando en vigor el día el 1 de octubre de 1982, si bien, no fue publicado oficialmente en nuestro Boletín Oficial del Estado hasta el día 13 de octubre de 1982.

Sin embargo, no se redujo a esa norma la colaboración intercontinental, sino que el día 8 de febrero de 1984 se firmó en España, publicado el 10 de junio de 1985 en el Boletín Oficial del Estado, un Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos.

24. BOE, núm. 245, de 13 de octubre de 1982, páginas 28185 a 28189. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1982-26519, visto a las 09.00 h del día 25 de octubre de 2022.

25. DOCE, núm. 264, de 27 de septiembre de 1978, páginas 1 a 115. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1978-80303>, visto a las 10.00 h del día 25 de octubre de 2022.

Finalmente, el Convenio ha sido modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998 y publicado de forma oficial en el Boletín Oficial del Estado de 24 de noviembre de 2011.

Este Convenio Bilateral reduce su ámbito de aplicación a los trabajadores españoles o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social de uno o de ambos países, así como a sus familiares y supervivientes, sin hacer exclusión expresa de trabajadores calificados como de ilegales o irregulares, lo que debería llevar a la aplicación en su integridad del Convenio, al menos a quienes ostenten la condición de trabajadores, tanto para los nacionales legales como ilegales de ambos países, aunque en la realidad práctica jurídica ello no suceda.

En segundo lugar, debe analizarse sintéticamente el Acuerdo de Cooperación de Seguridad Social de la Unión Europea con Marruecos celebrado al amparo del artículo 41 del Reglamento (CEE) n°. 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978, e insistimos en la calificación de análisis sintético puesto que en realidad este Acuerdo no aporta nada que difiera del Convenio Bilateral examinado, debiendo llegarse a la misma conclusión de que, aunque reduce su ámbito de aplicación a los trabajadores de la comunidad europea o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social de Marruecos o de un país miembro de la Unión Europea (en el momento de su conclusión, Comunidad Económica Europea) así como a sus familiares y supervivientes, sin hacer exclusión expresa de trabajadores calificados como de ilegales o irregulares lo que debería llevar a la aplicación en su integridad del Acuerdo, al menos a quienes ostenten la condición de trabajadores, tanto para los nacionales legales como ilegales de Marruecos y de los ciudadanos de la Unión Europea, aunque en la realidad práctica jurídica ello no suceda.

B. Alcance de la protección social de los marroquíes legales e ilegales en territorio español

Conclusión alcanzada a través de las disposiciones y jurisprudencia estudiadas en los anteriores apartados es la de la equiparación total, a efectos de acceder a todo tipo de prestaciones de nuestro Sistema Público de la Seguridad Social, de los trabajadores nacionales, comunitarios, del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y extra comunitarios en situación legal así como los marroquíes con las excepciones ya examinadas de trabajadores fronterizos, autónomos, gente del mar, artistas, y profesionales liberales que ejerzan su actividad por un corto lapso temporal, los cuales se regirán por los acuerdos o convenios de reciprocidad que les sean de aplicación, caso de los marroquíes que ostenten esta condición al amparo de lo tratado en el Convenio Bilateral entre España y Marruecos y en el Acuerdo entre la Unión Europea y Marruecos.

En consecuencia, resta por determinar el alcance de la acción protectora que pueden ostentar los trabajadores marroquíes en situación irregular en España, sensiblemente reducida como igualmente se expuso en el apartado del alcance de la acción

protectora al no tener derecho a las mismas prestaciones, ni en igual amplitud en el supuesto de ostentar alguna de ellas, puesto que únicamente se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria, quizás a los Servicios Sociales de integración de los inmigrantes, y a recibir otro tipo de prestaciones a las que pudieran tener derecho, tales como las económicas y protectoras que pudieran derivarse de accidente de trabajo o enfermedad profesional con exclusión en todo caso de las prestaciones por desempleo, y ello al amparo de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de Extranjería, así como en lo dispuesto, en lo que a nosotros interesa, en los convenios y acuerdos de España y la Unión Europea con Marruecos, así como por las diversas leyes internas sanitarias, más en concreto, por la Ley 16/2003 de 28 de mayo sobre el Sistema Nacional de la Salud, sin perjuicio de que mi opinión es la de que estos trabajadores marroquíes ilegales deberían poder acceder a todo tipo de prestaciones en igualdad de condiciones que los anteriores sujetos beneficiarios, si bien con la precisión de que en ningún caso puedan ser sufragadas por el Sistema Público sino por el propio empresario privado que incumple las normas legales sobre contratación, sin perjuicio de la necesidad de mantener en cada caso el organismo público de reconocimiento y gestión de las diversas prestaciones (léase Instituto Nacional de la Seguridad Social, Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Servicio Público de Empleo Estatal, Instituto de Mayores y Servicios Sociales) y todo ello por aplicación del Acuerdo de Cooperación de Seguridad Social de la Unión Europea con Marruecos celebrado al amparo del artículo 41 del Reglamento (CEE) n.º. 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978 y del Convenio Bilateral de España con Marruecos en materia de Seguridad Social de 1982, posteriormente actualizado. Acuerdo y Convenio que no restringen de manera expresa su aplicación a la consideración de la adquisición de la condición de trabajador en situación legal, ni a sus familiares ni supervivientes.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LOS APÁTRIDAS E INDOCUMENTADOS: PRIVILEGIOS JUSTIFICADOS O DISCRIMINATORIOS

El supuesto jurídico que va ser tratado a continuación viene marcado por una enorme polémica a juicio de este escritor si comparamos la diferencia de trato entre sujetos extra comunitarios, y ello es así porque a los apátridas e indocumentados extra comunitarios, y en principio en situación ilegal, se les aplica la misma normativa que a un ciudadano comunitario o del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, mientras que a un ciudadano marroquí legal únicamente se le aplica la normativa comentada con las limitaciones propias de la misma, ostentando el marroquí ilegal una serie de derechos residuales de asistencia sanitaria y protección en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Aunque esta diferencia de trato esté amparada por la Convención sobre Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954 hecha en Nueva York, y ratificada por España, nos lleva a pensar en la solución a la que pueden acogerse los ciudadanos

marroquíes en situación irregular en el supuesto de que lleguen a conocer la mencionada legislación, con la inevitable tentación de llevar a cabo una serie de actuaciones que pueden conducir a su exportación, administrativa o penal, al encubrir su verdadera identidad y ello simplemente por intentar conseguir unos derechos que le son concedidos a otras personas de origen africano o asiático que no se quieren identificar.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto puede extraerse que en España se aplica siempre la legislación española en materia de Seguridad Social, como resultado de una aplicación fiel y estricta al principio de territorialidad en esta materia.

La normativa española en materia de Seguridad Social es de variada índole y en la misma influyen, de modo directo o indirecto, las disposiciones de la Unión Europea y del Derecho Internacional Privado.

Los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y los marroquíes en situación legal en España, salvo las excepciones tasadas, están equiparados en Derechos y Deberes en relación con las distintas prestaciones que componen la acción protectora de la Seguridad Social, tanto en el nivel contributivo como en el no contributivo.

Puede considerarse que existe una diferencia fundamental, práctica y teórica, en el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social si se compara la situación de los marroquíes legales e ilegales en territorio español, puesto que a estos últimos únicamente se les reconocen determinadas prestaciones, inherentes al ser humano por ostentar esta condición, tales como las de asistencia sanitaria, servicios sociales de integración, cobertura en el supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc., con exclusión en todo caso de las prestaciones por desempleo.

La normativa de la Unión Europea, si bien es trascendente para los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y los marroquíes en situación legal en España en el supuesto de movimientos transnacionales de trabajadores, funcionarios, pensionistas, y personas en paro o que no quieran o no puedan trabajar, es irrelevante con respecto a los marroquíes, trabajadores o simple ciudadanos que radiquen de forma irregular en territorio español.

Debería estimarse, ante la ausencia de exclusión normativa expresa en el Convenio Bilateral de España con Marruecos y en el Acuerdo de la Unión Europea con Marruecos en materia de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que los marroquíes en situación irregular ostentan los mismos derechos que sus compatriotas en situación legal en España, si bien, por aplicación de la normativa española, del principio de seguridad jurídica y de la protección de los daños caudales públicos, debe ser el empresario el que asuma los costes de las prestaciones que se puedan originar, incluso la de desempleo, por proceder al margen de la ley a la contratación de un trabajador en situación irregular, debiendo quedarse fuera obligatoriamente

de la protección los ciudadanos marroquíes en situación ilegal en territorio español que no hubiesen sido contratados por un empresario, puesto que en la normativa nacional y europea se insiste en la necesidad de ostentar la condición de residente legal, pero en la normativa de relación con Marruecos, que es en la que nos apoyamos para otorgar una mayor protección a los marroquíes en situación ilegal, aunque no se mencione la necesidad de ostentar tal condición de residente legal sí que se menciona expresamente que es aplicable la normativa a los trabajadores y a sus familiares y supervivientes, excluyéndose por lo tanto, a todo ciudadano ilegal que no se encuentre en una de estas situaciones, originarias o derivadas.

Finalmente, y aunque considero que deberían ser equiparados, un apátrida o indocumentado ostenta la misma protección, a efectos de acceder a las prestaciones de la Seguridad Social, que los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y los marroquíes en situación legal en España, lo que supone una clara discriminación con respecto de los marroquíes en situación ilegal en España, lo que puede conducir a la inevitable tentación de llevar a cabo una serie de actuaciones que pueden conducir a su exportación, administrativa o penal, al encubrir su verdadera identidad y ello simplemente por intentar conseguir unos derechos que le son concedidos a otras personas de origen africano o asiático que no se quieren identificar.

Bibliografía

- Agís Dasilva, M.: "El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Almansa Pastor, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.
- Cavas Martínez, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín, Murcia, 2021.
- García Murcia, J.: "Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa", VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010.
- Goerlich Peset, J. M.: "El derecho de la Seguridad Social", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- López Terrada, E.: "La asistencia sanitaria", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Turnbull, J.; Williams, A. y Cheit, E.: *Economic and Social Security: Social insurance and Other Approaches*, Wiley, Nueva York, 1982.