



Roj: **STSJ CAT 6159/2019 - ECLI: ES:TSJCAT:2019:6159**

Id Cendoj: **08019340012019103954**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2019**

Nº de Recurso: **1960/2019**

Nº de Resolución: **3364/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG** : 08019 - 34 - 4 - 2019 - 0001319

EL

**Recurso de Suplicación: 1960/2019**

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 26 de junio de 2019

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 3364/2019**

En el recurso de suplicación interpuesto por INSS frente a la Sentencia del Juzgado Social 32 Barcelona de fecha 23 de julio de 2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 408/2018 y siendo recurrido/a Africa . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de mayo de 2018, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2018 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda promovida por doña Africa contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro el derecho de la actora que le sea reconocido el percibo de la prestación por maternidad en razón de la *kafala* de la menor Azucena , y condeno a la entidad gestora del INSS a abonarle dicha prestación conforme a una base reguladora mensual de 1.530,41-euros y por el período del 10/04/2017 al 30/07/2017 (ambos incluidos)."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.**- La demandante doña Africa , está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, en situación de alta.

(Hecho conforme entre las partes).

**SEGUNDO.**- En fecha 10/05/2017 la actora solicitó del INSS el pago de la prestación por maternidad fundado en el acogimiento -mediante constitución de la *kafala*- de la menor, nacional marroquí, nacido el NUM000 /2016, Azucena .

Por resolución de 12/01/2018 el INSS le denegó la prestación por no acreditar que la *kafala* se hubiera constituido legalmente y por haber transcurrido más de tres meses entre la fecha de la solicitud y la fecha de vencimiento de la prestación por duración máxima.

Frente a ella dedujo reclamación previa que fue desestimada por resolución del INSS de 12/04/2018. Y contra ésta interpuso el 16/05/2018 la demanda directora de este procedimiento.

(Folios 1 a 16, 22 a 40, 81, 82, 88 y 89)

**TERCERO.**- Por sentencia de 19/12/2016 dictada por el Juez Encargado de Asuntos de Menores del Tribunal de Primera Instancia de Tánger, se otorgó la *kafala* de la menor Azucena (niña abandonada nacida el NUM000 /2016) a la actora y a su esposo don Luis Pablo .

Dicha resolución fue aportada al expediente instado por la actora (señalado en el anterior ordinal), debidamente traducida y con la apostilla. No obstante la menor no pudo entrar en territorio español hasta el 08/05/2017, fecha en la que viajó a España tras el dictado, por parte de la Delegación de Gobierno en Cataluña, de la resolución de 10/04/2017, que le autorizaba la residencia temporal por reagrupación familiar.

La demandante, que prestaba servicios par EULEN, S.A., disfrutó de permiso no retribuido desde el 29/04/2017 al 18/08/2017.

(Folios 29 a 38 y diligencia final)

**CUARTO.**- Durante la tramitación del indicado expediente administrativo, por oficio de 10/05/2017, el INSS requirió a la actora para que aportara, entre otros, "*certificado, resolución o declaración de idoneidad del adoptante, expedido por la autoridad española competente (DGAIA)*".

La demandante interesó la emisión de tal certificado el 24/05/2017; por resolución del mismo 24/05/2017 la DGAIA, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, se indicó a la actora que no procedía la intervención de dicho organismo para emitir un informe de idoneidad.

(Folios 45, 50 y 55)

**QUINTO.**- En caso de estimación de la demanda, las partes están conformes en que la base reguladora asciende a la cantidad mensual de 1.530,41-euros y que la duración de la prestación es de 16 semanas.

(Hecho conforme)."

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado ,impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La parte demandada, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 223/2018 dictada el 23/07/2018 en los autos 408/2018 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona, por la que se estima la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Africa frente al INSS y declara el derecho de la actora a que le sea reconocido el percibo de la prestación por maternidad en razón de la "*kafala*" de la menor Azucena , condenando al INSS a abonarle dicha prestación conforme a una BR mensual de 1530,41 euros y por el período de 104/04/2017 al 30/07/2017, ambos incluidos.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de la parte actora, que pide su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.**- En el único motivo de recurso, formulado al amparo del apartado C) del art.193 de la LRJS , solicita el recurrente el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, por entender infringido el art.177 LGSS , al considerar q ue no debió estimarse la prestación por maternidad porque el



criterio del INSS (Criterio 77/2003-04, RJ 25/2012, de 3 de abril) es que la *kafala* acordada por autoridad marroquí competente, por período superior a un año, que se acredite en documentos debidamente legalizados y traducidos al idioma español, puede equipararse al acogimiento familiar del derecho español a efectos del reconocimiento de las prestaciones por maternidad y paternidad, Para que dicha equiparación pueda llevarse a cabo con plenas garantías, **deberá solicitarse del órgano competente de la administración autonómica que conforme o indique si la *kafala* puede considerarse válidamente constituida.** De acuerdo con este criterio, faltando la declaración de idoneidad emitida por el órgano correspondiente de la administración catalana, entiende que no procede el reconocimiento de la prestación de maternidad.

**La impugnante**, pide la confirmación de la resolución recurrida porque en nuestra STSJ Catalunya 3 octubre de 2017, se distingue cuando la *kafala* se constituye en documento privado o bien a través de resolución judicial por tribunal marroquí. En el caso de autos, la trabajadora acudió a DGAIA que se declaró incompetente.

### 2.1.- La situación protegida.

**El Artículo 177 LGSS regula las Situaciones protegidas establece:**

"A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y **el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año**, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

### 2.2. La *kafala* como situación asimilable al acogimiento en España.

Mediante la *kafala* una persona, por lo general, un varón, llamado "kafil", se hace cargo de un menor, denominado "makful", a quien se limita a garantizar su mantenimiento y educación. Es una institución familiar del derecho islámico y de origen religioso que no genera vínculos de filiación como la adopción.

El art.9.6 CC dispone que "la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de éste".

La menor, Azucena es nacional de Marruecos, y la legislación marroquí (Código de Familia o "Mudawana") en sus arts. 142 y 149 dispone que "la filiación tiene lugar por la procreación del niño por sus padres" y que la "adopción es nula y no comporta ninguno de los efectos de la filiación legítima".

La *kafala* se regula en Marruecos por la Ley 15/01 de 13 de junio (B. O 5 septiembre 2002). El art.2 de la Ley marroquí 15/01, define la *kafala* como el compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo. Sin embargo, la *kafala* no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión.

La Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene que no se da la correspondencia de efectos entre la figura de la *Kafala* y la adopción española, en el sentido exigido por el artículo 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, pues ni se produce la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el menor y su familia por naturaleza, ni surgen los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza. (vid. RGDN. 4/2015 de 13 marzo).

En efecto, la *kafala* constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes **no puede considerarse una institución equivalente a la adopción española**, ya que no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y solo alcanza a establecer una obligación personal por la que el "kafil" se hacen cargo del "makful" y ha de atender a sus necesidades y manutención. (Vid RGDN 4/2011, de 29 de marzo).

Por tanto, la *kafala* no es asimilable a la adopción, pero resulta ser, sin duda, una **institución de protección de menores, aunque no produce vínculo de filiación.** ( art.34 Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional ).

**En este sentido, la *kafala* se equipará al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos que se exponen en el art.34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre**

**Artículo 34. Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras.**



1. Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que, según la ley de su constitución, no determinen ningún vínculo de filiación **se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela**, regulados en el derecho español, **si concurren los requisitos siguientes:**

1.º Que los **efectos sustanciales** de la institución extranjera sean **equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela**, previstos por la ley española.

2.º Que las instituciones de protección hayan sido **acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa**. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso de que la institución de protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad ha constituido esa institución se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

3.º Que los **efectos de la institución de protección extranjera no vulneren el orden público español atendiendo al interés superior del menor**.

4.º Que el **documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.**

2. La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una medida de protección constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la anotación de la medida de protección constituida en el extranjero para su reconocimiento en España, controlará, incidentalmente, la validez de dicha medida en España con arreglo a este artículo."

### 2.3. Precedentes jurisprudenciales.

El TS (Sala IV) no ha unificado doctrina en la cuestión de si la kafala es asimilable funcionalmente a la adopción o acogimiento, a efectos de prestaciones de la Seguridad Social, si bien dictó Auto de 10/02/09 RCU 957/08 de inadmisión por falta de contradicción, en que fue objeto de recurso la STSJ 58/2008, de 31 de enero (Rec 2423/2007), en la que a efectos de la pensión de orfandad, la kafala fue equiparada a la adopción.

Esta Sala, en nuestra STSJ 3 octubre 2018, Rec3666/2017, en un supuesto de kafala constituida en Argelia, confirma la denegación de las prestaciones familiares por hijo a cargo por razón de no haber sido constituida la misma de forma judicial o administrativa, tal como establece el artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en la que dijimos:

" Por consiguiente, con arreglo a la normativa antes citada sobre adopción internacional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo la kafala constituida por los padres del menor Cipriano sería admisible y podría equiparse al acogimiento del derecho español si en la misma hubiera intervenido una autoridad, judicial o administrativa, que tiene que comprobar que efectivamente se trata de una situación de desamparo, pero esta equiparación no es posible bajo la forma notarial, que ha sido la utilizada en el presente caso, con la simple manifestación de los padres de conferir la tutela de su hijo a la actora, sin comprobación alguna sobre el estado de desamparo en el que pueda encontrarse, lo cual no está permitido en nuestro derecho"

En nuestra STSJ Catalunya 20 septiembre 2016, Rec 3295/2016, en materia de prestaciones por desempleo (superación de topes máximos en atención a la guarda de un menor en situación de kafala por la beneficiaria de la prestación), esta Sala se limitó a ceñir su competencia a los efectos prejudiciales ( art.4 LRJS ), en lo que se refiere a dicha institución.

### 2.4. Solución del caso concreto.

En el caso concreto se discute si la kafala acordada por sentencia de 19/12/2016 dictada por el Juez Encargado de Asuntos de menores del Tribunal de primera Instancia de Tánger respecto de la menor Azucena es asimilable a un acogimiento a los efectos del art.177 LGSS, para que la demandante D<sup>a</sup> Africa, pueda lucrar la prestación de maternidad solicitada el 10/05/2017.

La Sala, a la vista de cuanto antecede, concluye que procede desestimar el recurso y confirmar el criterio de ala resolución recurrida, por los siguientes motivos:

- La kafala es equiparable a la institución del acogimiento familiar ( art.172 y 173 CC ). El art.173 CC dispone que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación



integral en un entorno afectivo. En este sentido se ha pronunciado ya la DGRN (Resolución núm. 4/2011 de 29 marzo )

- En el caso que nos ocupa, la kafala fue acordada por sentencia de 19/12/2016 dictada por el Juez Encargado de Asuntos de menores del Tribunal de primera Instancia de Tánger en favor de la actora y su esposo, D. Luis Pablo .

- La cuestión de la **afectación al orden público**, la institución, en sí misma no supone una afectación al orden público español, como ha resuelto la jurisdicción civil por ejemplo Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valencia de 29/05/17 (vid, f. 107 y ss) y la DGRN, que la considera una institución equiparable al acogimiento familiar.

- El documento en el que consta la institución ante el órgano judicial de Tánger consta traducido (f.31 ) y con la debida apostilla (f.33), sin que ello sea objeto de cuestión por el INSS. Además, cabe recordar que rige el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 cuyo art 22 dispone que " Las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa, comprendidas las que concedan indemnizaciones por daños y perjuicios por responsabilidad civil a las víctimas de infracciones penales, dictadas por órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados Contratantes, tendrán autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro Estado, en las condiciones y según las modalidades establecidas por el presente título.

El **único motivo de oposición del INSS** radica en que no consta que se haya solicitado del órgano competente de la Administración autonómica que confirme o indique si la kafala puede considerarse válidamente constituida.

Sin embargo, si bien es cierto que la Administración autonómica rechaza pronunciarse (f.106 y 111), sobre tal cuestión, aduciendo que " Desde 11 octubre 2012, el Ministerio de Justicia y las Libertades de Marruecos emitió Circular nº 40 S72 ,dirigida a los fiscales, que no los que han de dar un primer informe favorable para iniciar una kafala, mediante la cual se les solicitaba expresamente que pidiesen a los Jueces de menores, rechazar la tutela a los extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos" ; en la misma resolución del ICAA se hace constar la Circular de la DGRN de 15 julio de 2006 en que se deniega la condición de adopción a la kafala en España, a la que se equipara al acogimiento familiar, remitiéndose la propia Administración autonómica a dicha circular y denegando su competencia porque no se trata de una adopción sino de acogimiento familiar, y por tanto, según concluye (f.93) "no procede la intervención de este Instituto para emitir informes de idoneidad".

En conclusión, en el caso de autos la *kafala* se equipara al acogimiento familiar, pues se cumplen todos los requisitos del art.34 Ley 54/2007 , por lo que producida tal equiparación, la situación de la menor en España es la del acogimiento que recoge el art.177 LGSS , que por tanto no ha resultado infringido, sin que la Administración de la Seguridad Social pueda exigir a los efectos de obtener la prestación, una declaración de idoneidad que la Administración Autonómica se niega a facilitar por no tratarse de un caso de adopción.

Todo ello sin que proceda la imposición de costas conforme al art.235 LRJS

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** frente a la sentencia nº 223/2018 dictada el 23/07/2018 en los autos 408/2018 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona que confirmamos en su totalidad . Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la



Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.