

Algunos problemas relacionados con la integración de los miembros de la comunidad islámica en el sistema español de Seguridad Social

Some problems related to the integration of members of the Islamic community in the Spanish Social Security System

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN

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

ORCID ID: 0000-0001-5245-3878

Recibido:10.10.2022/Aceptado:24.11.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7539

Resumen: Se abordan en este estudio dos tipos de problemas que pueden afectar a los miembros de la comunidad islámica, en relación a su posible integración en el Sistema español de Seguridad Social. Por una parte, los derivados de la posible prestación de servicios, tanto en el país islámico de origen como en el territorio español, siendo necesario coordinar las legislaciones de ambos Estados para el reconocimiento de prestaciones. Por otra, los provocados por determinadas prácticas e instituciones propias del derecho islámico, no reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, con particular referencia a la Kafala y a la continuidad que haya podido tener la doctrina del Tribunal Supremo sobre el reconocimiento de pensión de viudedad a todas las beneficiarias, en caso de matrimonio poligámico.

Palabras clave: Sistema español de Seguridad Social, comunidad islámica.

Abstract: Two types of problems that may affect members of the Islamic community, regarding their possible integration into the Spanish Social Security System are addressed in this study. On the one hand, those derived from the possible provision of services, in the Islamic country of origin and in Spanish territory, being necessary to coordinate the legislation of both states for their cognition of benefits. On the other, those caused by certain practices and institutions of Islamic law, not recognized by our legal system, with particular reference to the Kafala and the continuity that the Supreme Court doctrine may have had on their cognition of a widow's pension to all beneficiaries, in case of polygamous marriage.

Keywords: Spanish Social Security System, Islamic community.

Sumario: I. Introducción: cuestiones previas a tener en consideración. II. Normas aplicables a los inmigrantes procedentes de países islámicos: Convenios y Acuerdos vigentes en materia de Seguridad Social. 1. Aspectos generales. 2. El Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: sus carencias y diferencias con el Convenio suscrito con Túnez. A) Ámbito subjetivo de los Convenios. B) Prestaciones coordinadas. 3. Los Acuerdos Euromediterráneos de asociación entre la Unión

* Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación "Identidad islámica y orden Público en una sociedad inclusiva", FEDER-UCA18-105497, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de diciembre, BOE de 31 octubre 2015.

Europea y los países islámicos. III. La “vis expansiva” de la jurisprudencia que da efectos a la poligamia en relación al derecho a la pensión de viudedad. IV. La incidencia de la Kafala islámica en el derecho a prestaciones de Seguridad Social. 1. El concepto de Kafala islámica, tipología y posible relación con el derecho a prestaciones de Seguridad Social. 2. Naturaleza jurídica. 3. Efectos en el derecho a prestaciones de Seguridad Social españolas. A) La previsión de la “Mudawana” marroquí. B) La diversa interpretación de los Tribunales. a) Efecto en la pensión de orfandad. b) Efecto en las prestaciones y subvenciones por nacimiento y cuidado del menor. c) Efecto en las prestaciones no contributivas. d) Efecto en la prestación por desempleo. V. A modo de conclusiones.

I. Introducción: cuestiones previas a tener en consideración

1. El Sistema español de Seguridad Social, cuyos pilares se encuentran establecidos por la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS)¹, se concibe como un Sistema de carácter esencialmente contributivo o profesional, aun cuando también incorpora un nivel no contributivo², de carácter universal y sometido a los parámetros de la carencia de rentas, que ha incrementado su importancia a partir de la regulación del denominado Ingreso Mínimo Vital³. Siguiendo los postulados establecidos por esta norma, las prestaciones que en ella están reconocidas, tanto a trabajadores como a ciudadanos no integrados en el mercado de trabajo, tienen condicionado su acceso al cumplimiento de unos requisitos que se consideran esenciales, pero que también vienen mediatizados por lo previsto en otras normas jurídicas: nos referimos a la residencia, el necesario desarrollo de su prestación de servicios en territorio español (el conocido como principio de territorialidad) y la nacionalidad española del solicitante o, si es extranjero, que se encuentre en situación de residencia legal⁴.

2. Si los ponemos en conexión con posibles solicitantes de prestaciones de nuestro Sistema que profesen la religión islámica, nos hallamos ante requisitos que tienen incidencia dado que, en gran medida, van a ser sujetos que proceden de países musulmanes y, por lo tanto, no nacionales españoles ni inicialmente residentes en territorio español⁵. Y, sobre todo, tal fenómeno se aprecia de forma intensa en relación a ciudadanos de nacionalidad marroquí⁶, país integrante de la comunidad islámica y que tiene el mayor número de trabajadores inmigrantes en situación de alta en nuestro sistema de Seguridad Social⁷,

¹ Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación “Identidad islámica y orden Público en una sociedad inclusiva”, FEDER-UCA18-105497, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de diciembre, BOE de 31 octubre 2015.

² Delimitados en su art. 7, apartados 1 y 2.

³ Actualmente regulado por Ley 19/2021, de 21 de diciembre, BOE de 21 diciembre 2021.

⁴ El art. 7.1 LGSS establece que están dentro del sistema, a efectos de prestaciones contributivas, los “españoles que residan en España y los extranjeros que residan y se encuentren legalmente en España, siempre que...ejercen su actividad en territorio nacional”, y el 7.2, a efectos de prestaciones no contributivas, que están incluidos “los españoles residentes en territorio español” y “los extranjeros que residan legalmente en territorio español”.

⁵ Los países musulmanes están fundamentalmente situados en África y Asia, aun cuando en España también están inscritas en el Registro Público de Entidades Religiosas varias federaciones, comunidades y entidades religiosas de naturaleza islámica, como la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (inscrita con fecha de 5 de octubre de 1989, nº 016061) y la Comisión Islámica de España (inscrita con fecha de 19 de febrero de 1992, nº 016109). Atendiendo al informe “Europe’s growing muslim population”, del Instituto “Pew Research Center” (www. Pewresearch.org., noviembre 2017, p.4), también el islam está presente en Europa: en Bulgaria, con un porcentaje del 11,1 % de su población total, Francia, con un porcentaje del 8,8 % de su población total (5.720.000), Suecia, con un porcentaje del 8,1% de su población total, Austria, con un porcentaje del 6,9% de su población total y Reino Unido, con un 6,3% de su población total. En España, el porcentaje se sitúa en un 2.6% de la población.

⁶ Atendiendo a los datos del Instituto Nacional de Estadística, según su nota de prensa de 21 de junio de 2022, el mayor porcentaje de población residente en España de origen extranjero proviene de Marruecos, situación que se incrementa del año 2021 al año 2022 (pasa de 775.294 a 776.223). Así lo afirma, también, M. SAAD BENTAOUET, “El convenio bilateral hispano-marroquí de Seguridad Social y su aplicación”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 2, 2018, p.96. Pero, como destaca la STSJ Andalucía, 3 de junio de 2020, rec. 2003/2019, el requisito de la residencia para solicitar prestaciones no contributivas se les exige igual que a cualquier otro ciudadano, y por ello no pueden solicitarlas desde territorio marroquí.

⁷ Según las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social sobre “Trabajadores extranjeros afiliados a la Seguridad Social en alta laboral” (datos de julio de 2022), hay 171.426 nacionales marroquíes en alta en el Régimen General, 76.890

con una elevada tendencia a la realización de labores agrícolas⁸. Obviamente, si los solicitantes de prestaciones practicantes de dicha confesión religiosa son nacionales españoles con residencia en nuestro territorio, ninguno de estos requisitos supondrá un inicial inconveniente para solicitar una prestación de Seguridad Social.

3. Tal y como estipula la propia LGSS, la nacionalidad española no es requisito “sine qua non” para la posible integración de un sujeto en nuestro sistema de Seguridad Social, si está en situación de residencia legal. Es más, si procede de un país miembro de la Unión Europea la libre circulación de trabajadores impone la directa aplicación del principio de igualdad de trato⁹ y ello evita que se establezca cualquier tipo de singularidad para los integrantes de las comunidades islámicas que provengan de tales países y tengan intención de prestar servicios profesionales en el territorio español. Dicho principio también resulta de aplicación a los extranjeros que provienen de países no comunitarios, “ex” art. 14.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁰, por lo que igualmente resulta obligado reconocerles el mismo nivel de prestaciones de Seguridad Social que a un nacional español (cuestión distinta es la polémica existente entre lo que debe considerarse o no prestación de Seguridad Social, como sucede respecto a las prestaciones previstas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de dependencia¹¹).

4. Así mismo, a los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se les aplicarán los Reglamentos comunitarios de coordinación para evitar que pierdan derechos en materia de prestaciones por el hecho de prestar servicios y residir en diferentes estados miembros¹². Pero en relación a los extranjeros extracomunitarios hay una diferencia importante respecto de las normas que rigen para los ciudadanos de la Unión Europea: no son de aplicación los Reglamentos comunitarios de coordinación (a excepción de aquellos que presten servicios en más de un Estado miembro de la Unión Europea, en virtud de lo previsto en el Reglamento 1231/2010, de 24 de noviembre, por el que se amplía la aplicación de los Reglamentos de coordinación a nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos¹³). Por lo tanto, habrá que estar al contenido de los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por el Estado español para coordinar las legislaciones sociales españolas y del país de origen, que pueden estar o no suscritos y tener mayor o menor alcance, y de los Acuerdos de cooperación negociados entre la Unión Europea y terceros estados, los más recientes denominados Acuerdos Euromediterráneos, suscritos con diversos países islámicos como Marruecos, Túnez, Egipto, Argelia, Jordania y Libia. Es decir, en relación a la coordinación entre distintas legislaciones sociales, la protección de los nacionales de países extracomunitarios puede ser de mayor o de menor intensidad, habrá que estar a lo previsto en todos estos instrumentos jurídicos de carácter internacional.

en el Sistema Especial Agrario y 26.891 en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como datos más significativos. En total, hay 285.045 trabajadores marroquíes en alta, siendo ya sensiblemente inferior el número de extranjeros no comunitarios que prestan servicios en nuestro país, y sin que aparezcan en los datos estadísticos otros países pertenecientes a la comunidad islámica. Esta situación va incrementándose, toda vez que en el año 2021 había 260.064 marroquíes en alta, según datos ofrecidos por V. SÁNCHEZ MÁS, “Hacia un nuevo convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social: análisis de puntos críticos y propuestas de mejora”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 57, 2021, p. 1.

⁸ Lo destaca V. SÁNCHEZ MÁS, *ibidem*, p. 8, y también se puede deducir de los datos arriba expuestos sobre sus niveles de afiliación en el Sistema Especial agrario. Como indica dicha autora, parece se está negociando para atraer trabajadores de mayor cualificación y jóvenes profesionales.

⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE de 30 marzo 2010, art. 45.

¹⁰ BOE de 11 enero 2000, “*Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”.

¹¹ BOE de 14 diciembre 2006.

¹² 883/04 (DOUE de 30 abril 2004) y 987/09 (DOUE de 30 octubre 2009), sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

¹³ DOUE de 29 diciembre 2010. Sobre el particular C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 12, 2020, p. 332. Sobre el proceso de elaboración, vid. C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREA, “Extensión de las normas de coordinación de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados. El Reglamento UE 1231/10”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 97, 2012.

5. En virtud de lo expuesto, la primera problemática que vamos a tener en consideración tratará de dilucidar si los trabajadores inmigrantes procedentes de países no miembros de la Unión Europea, que profesan la religión islámica, ven mermados sus derechos de Seguridad Social al recibir una menor protección derivada del contenido de las normas aplicables a las prestaciones de servicios efectuadas por extranjeros que no provienen de países de la Unión Europea, fundamentalmente determinadas por los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por el Estado español y por los acuerdos alcanzados entre terceros estados y la Unión Europea.

6. Por otra parte, el sistema español de Seguridad Social se caracteriza por el reconocimiento de muy diversas prestaciones, vinculadas a variados hechos causantes: el nacimiento y cuidado de hijo, la enfermedad o el accidente común o profesional (vinculados a distintas prestaciones como la incapacidad temporal o permanente, y las pensiones de viudedad y orfandad en caso de fallecimiento del sujeto causante), la pérdida del empleo (vinculada al derecho a la prestación por desempleo) o el alcanzar la edad de jubilación (vinculada a la pensión de jubilación), son los más significativos.

7. Con relación al posible derecho a su reconocimiento por sujetos que profesen la religión islámica, tengan o no la nacionalidad española, existen prácticas e instituciones propias de la identidad islámica que plantean problemas al no estar reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico o, incluso, por ser contrarias al orden público español, pero sí estar reguladas y aceptadas como posible hecho causante de prestaciones en países islámicos. Tal situación se va a producir, fundamentalmente, cuando el sujeto practicante de la confesión religiosa analizada ha contraído matrimonio en un país islámico con más de una persona, la denominada poligamia expresamente autorizada en el Corán, y cuando se ha constituido por el solicitante de la prestación de Seguridad Social la denominada “Kafala” marroquí en relación a un menor, institución recogida por las normas de diversos países que forman parte de la identidad islámica y que no es equiparable a la adopción o el acogimiento regulados en nuestro Código Civil. Tanto la una como la otra han provocado que nuestros Tribunales tengan que pronunciarse sobre sus posibles efectos en relación al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social como las pensiones de viudedad o de orfandad, o las prestaciones económicas vinculadas al cuidado de menores, ya sean contributivas o no contributivas. Y ello a pesar de que, como hemos indicado, ninguna de estas instituciones y prácticas forman parte de nuestro cuerpo normativo ni han podido llevarse a cabo en territorio español, es más, su origen y sentido está vinculado a un contexto social, religioso y cultural que nos es totalmente ajeno.

8. Por ello, el segundo tipo de problemas que abordaremos se centran en los efectos que las resoluciones de nuestros Tribunales están otorgando a la Kafala en el reconocimiento del derecho a prestaciones sociales, así como a la poligamia pero, en este último caso, sólo haciendo una valoración de la “vis expansiva” que haya podido tener la controvertida doctrina del Tribunal Supremo que reconoce el derecho a la pensión de viudedad a todas las posibles beneficiarias.

II. Normas aplicables a los inmigrantes procedentes de países islámicos: Convenios y Acuerdos vigentes en materia de Seguridad Social

1. Aspectos generales

9. Los sujetos que profesan la religión islámica y se trasladan al territorio español a residir y a prestar servicios profesionales, como ya hemos indicado proceden, en gran medida, del Reino de Marruecos¹⁴, aun cuando este fenómeno migratorio también puede afectar a otros países ajenos al ámbito

¹⁴ También se consideran países puramente islámicos, pero con un nivel de inmigración mucho más bajo en el territorio español, Túnez, Somalia, Níger, Argelia, Sudán, Yibuti, Libia, Mali, Senegal, Egipto, Guinea, Sierra Leona, Burkina Faso, Chad, Tayikistán, Uzbekistán, Paquistán, Turkmenistán, Bangladesh, Kirguistán, Kazajistán, Albania, Bosnia-Herzegovina, Afganistán, Irán, Yemen, Turquía, Arabia Saudí, Jordania, Omán, Siria, Qatar, Kuwait, Bahréin, Emiratos Árabes y Líbano, Indonesia, Brunei, Malasia, Irak, Maldivas y Mauritania.

de la Unión Europea (contexto en el que vimos existe un acervo normativo que permite la coordinación entre las legislaciones de los distintos Estados miembros). Si bien es cierto que en considerable menor volumen, destacan por número de ciudadanos con autorización para residir y trabajar en territorio español Argelia, Mali, Senegal, Paquistán y Bangladesh¹⁵.

10. A lo largo del tiempo, las primeras fuentes normativas utilizadas para coordinar legislaciones sociales han sido los convenios bilaterales de Seguridad Social. Su objetivo se centra, no en unificar, sino en coordinar las normativas de los Estados firmantes del mismo en esta materia, con la finalidad de que los trabajadores que presten servicios en ambos Estados no vean suprimidos o reducidos sus derechos en materia de Seguridad Social. La articulación de estas reglas de conexión en ningún caso implica el establecimiento de un régimen común de Seguridad Social entre los Estados parte, pero consiguen evitar que los cambios de residencia de un sujeto afecten a sus derechos adquiridos o en curso de adquisición en cada uno de los Estados de residencia¹⁶. Pueden considerarse, en definitiva, como instrumentos que gestionan los perjuicios que pudiesen derivarse de la migración laboral y que, lógicamente, se conciertan mayormente con Estados con los que existen vínculos estrechos. Particularmente esto sucede entre España y el Reino de Marruecos por la existencia de importantes flujos migratorios¹⁷, como así se deduce del Convenio de Seguridad Social suscrito entre ambos países en cuyo preámbulo se afirma que ambos están “*deseosos de asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos países que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro país una mejor garantía de los derechos que ellos hayan adquirido*”.

11. Como afirma la doctrina¹⁸, la firma de convenios bilaterales de Seguridad Social con países en vías de desarrollo resulta poco frecuente, ya sea por lo escueto de su legislación social o por la existencia de pocas presiones políticas de la población española emigrante, que también se beneficia de la suscripción de estos convenios en el Estado que los acoge. Pero, sin duda, el Estado español se puede considerar una excepción en este sentido, ya que tiene suscritos 23 convenios bilaterales con países muy diversos y, en muchos casos, con ordenamientos jurídicos mucho menos avanzados que el nuestro. Tales países son Marruecos, Túnez, Argentina, Cabo Verde, Ecuador, Andorra, Ucrania, Rusia, Venezuela, Uruguay, República Dominicana, Perú, Paraguay, Méjico, Japón, Filipinas, Estados Unidos, Corea, Colombia, Chile, Canadá, Brasil y Australia, a cuyos convenios hay que sumar el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Este último el más reciente, pues es de 10 de noviembre de 2007, siendo más antiguos los bilaterales, en muchos casos incluso preconstitucionales.

12. Sin duda en esta circunstancia pesan los lazos de emigración entre España y el continente americano y su carácter de país de acogida de ciudadanos africanos y del Este de Europa¹⁹, pero, a los efectos del tema que nos ocupa, lo relevante es la existencia de dos convenios bilaterales por países islámicos: Marruecos y Túnez. Esto quiere decir también que el resto de países pertenecientes al islam carecen de un marco normativo para coordinar sus legislaciones sociales con la española, caso de tenerlas, salvo que exista algún Acuerdo suscritos entre ellos y la Unión Europea.

13. Sobre la integración de estos convenios como parte de nuestro ordenamiento jurídico, ninguna duda cabe conforme a lo que prevé el art. 96.1 Constitución Española: “*Los tratados internacionales*

¹⁵ Contrastando los datos del Observatorio Permanente de la Inmigración sobre el número de extranjeros con autorización en el territorio español, a fecha de 31 de diciembre de 2021 (https://w6.segsocial.es/PXWeb_MIGR/pxweb/es/Stock/Stock_Autorizacion_Nacionales/AT_SX_NDAD.px/table/tableViewLayout1/), respectivamente 51.555, 27.715, 63.922, 84.238 y 14.997 autorizados.

¹⁶ En sentido similar, J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47, 2003, p.18.

¹⁷ V. SÁNCHEZ MÁS, “Hacia un nuevo convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social: análisis de puntos críticos y propuestas de mejora”, *ob.cit.*, p. 1.

¹⁸ J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario”, *op.cit.*, p. 18 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 19.

válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". Y es importante volver a incidir en que, puesto que la finalidad de estos convenios no es la unificación de normas sino su coordinación, no van a poner en cuestión la aplicación del principio de igualdad de trato de los trabajadores inmigrantes respecto de los españoles y, por ende, no hay que plantearse su posible conflicto con el art. 7 LGSS cuando les reconoce su plena integración en nuestra legislación interna. Distinto es que el alcance de la coordinación pactada no llegue a todas las prestaciones de nuestro Sistema, como veremos sucede respecto al Convenio Hispano-Marroquí.

14. Pero uno de los mayores problemas que, veremos, se va a plantear en relación a los convenios bilaterales que afectan a países pertenecientes a la comunidad islámica, es la antigüedad del más relevante por el número de trabajadores afectados, el Hispano-Marroquí (el más antiguo de todos los convenios bilaterales negociados en esta materia por España), suscrito el 8 de noviembre de 1979, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre de 1982²⁰ (el Acuerdo Administrativo para su aplicación se firma con fecha de 8 de febrero de 1984 y fue modificado por el Protocolo Adicional de 27 de enero de 1988). Dadas todas las modificaciones sufridas por nuestro Sistema de Seguridad Social desde estas fechas, lógicamente sus referencias a las prestaciones cubiertas han quedado totalmente desfasadas y ello demanda la suscripción de un nuevo convenio adaptado al contenido real de nuestra acción protectora. El Convenio con Túnez, sin embargo, se ha firmado en fecha mucho más reciente, el 26 de febrero de 2001²¹ (el Acuerdo Administrativo para su aplicación es de fecha 9 de septiembre de 2004).

15. En ambos Convenios encontramos establecidos los mismos principios generales en los que se basan los Reglamentos comunitarios de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social²², cuales son:

- Igualdad de trato: sometimiento de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación a la legislación de los Estados firmantes, en las mismas condiciones de los nacionales de cada uno de ellos, respecto de las prestaciones coordinadas conforme a su ámbito de aplicación²³.
- Totalización: los periodos cotizados en ambos Estados se totalizan, es decir, son tomados en consideración para la adquisición, mantenimiento o recuperación de los derechos previstos en el Convenio, pero no se totalizan los periodos de residencia²⁴.
- Supresión de las cláusulas de residencia: con ello se evita que el traslado de residencia de uno a otro Estado implique la reducción, modificación, suspensión, retención o gravamen, lo que permite la exportabilidad de las prestaciones a las que se ha generado derecho²⁵.
- Unicidad de la legislación aplicable: consiste en asegurar a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación el sometimiento a una única legislación, siendo la regla general la conocida como "lex loci laboris", aun cuando en relación a ella también se establecen particularidades. Así, el Convenio con Túnez determina en su art. 6 que "*los trabajadores a quienes sea aplicable el presente Convenio, estarán sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral*", y en términos similares se expresa el art. 5 del Convenio Hispano-Marroquí²⁶.

16. Partiendo de la aplicación de tales principios, lo que debe analizarse es el alcance de lo negociado en estos Convenios bilaterales, sobre todo en lo relativo a dos cuestiones: los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación y el número de prestaciones coordinadas. Y ello a efectos de valorar si caben

²⁰ BOE de 13 octubre 1982, publica el Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982.

²¹ BOE de 26 diciembre 2001.

²² Sobre su concepto, por todos C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, "La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010", ob.cit., p. 320 y ss.

²³ Introducción del Convenio Hispano-Marroquí y art. 4 del Convenio con Túnez.

²⁴ En los términos y condiciones previstas en el art. 8 Convenio Hispano-Marroquí (también otros preceptos incluyen particularidades, como el 17 y el 18) y en los arts. 8 y 33, entre otros, del Convenio con Túnez.

²⁵ Art. 7 Convenio Hispano-Marroquí y 5 Convenio con Túnez.

²⁶ Ambos con precisiones en sus arts. 7 y 6, respectivamente.

aspectos de mejora para los trabajadores que profesan la religión islámica y han prestado servicios en Marruecos o Túnez.

17. Por lo que se refiere a los Acuerdos formalizados entre la Unión Europea y terceros estados basados en el art. 217 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁷, que afecten a la materia analizada y a países integrantes del Islam, debe ponerse de manifiesto que en los años setenta la Comunidad Europea, fruto de su política global hacia los países que forman parte de la cuenca mediterránea (algunos de ellos islámicos), suscribió diversos Acuerdos de cooperación con diferentes Estados (entre otros con Marruecos²⁸) con la voluntad de tratar materias, no sólo comerciales sino también de ámbito social²⁹. En esta situación también influye, como no, la importancia que tiene en el ámbito comunitario el establecimiento de relaciones óptimas con países vecinos, tal y como se indica en el propio Tratado de la Unión Europea³⁰.

18. Posteriormente, la voluntad de intensificar las relaciones con la ya denominada Asociación Euromediterránea se pone de relieve en diversas ocasiones³¹, y desemboca en la renovación de la antigua política de “cooperación”, ahora denominada de “asociación”. Consecuencia de tal cambio se procede a la sustitución³² de los antiguos “Acuerdos de cooperación” por los ahora denominados “Acuerdos Euro-mediterráneos de asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros”, que se suscriben con diversos países, mayoritariamente antes del comienzo del siglo XXI. A nuestros efectos, interesan los suscritos con Marruecos, Túnez, Argelia, Libia, Jordania y Egipto³³, todos ellos países islámicos que pueden tener ciudadanos residentes en territorio español demandando prestaciones sociales, y con Sistemas de Seguridad Social integrados en su ordenamiento jurídico³⁴. Recordemos que sólo dos de ellos, Marruecos y Túnez, tienen suscrito un convenio bilateral de Seguridad Social y que, por lo tanto, el resto carece de instrumentos normativos de coordinación entre sus legislaciones sociales y la española.

19. La importancia que tales Acuerdos puedan tener deriva de que, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, su contenido tiene efica-

²⁷ “La Unión podrá celebrar con uno o varios terceros países o con organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocas, acciones comunes y procedimientos particulares”.

²⁸ Con fecha de 26 de septiembre de 1978, también con Túnez y Argelia.

²⁹ M. PALOMARES AMAT, “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 48, 1999, p. 90.

³⁰ Art. 8: “La Unión desarrollará con los países vecinos relaciones preferentes, con el objetivo de establecer un espacio de prosperidad y de buena vecindad basado en los valores de la Unión y caracterizado por unas relaciones estrechas y pacíficas fundadas en la cooperación. A efectos del apartado 1, la Unión podrá celebrar acuerdos específicos con dichos países. Estos acuerdos podrán incluir derechos y obligaciones recíprocos, así como la posibilidad de realizar acciones en común. Su aplicación será objeto de una concertación periódica”.

³¹ Siguiendo a A. DE ALMEIDA NASCIMENTO, “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de asociación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 10, 2001, p.546, el Consejo Europeo de FERIA decide la Estrategia Común para la Región Mediterránea, aplicable entre 2002 y 2004, reforzada en los Consejos Europeos de Niza y Gotemburgo y que desemboca en la Conferencia Euromediterránea de Marsella (noviembre de 2001), en la que se acuerda dar un nuevo impulso a la asociación existente hasta el momento.

³² En estos términos lo indica A. DE ALMEIDA NASCIMENTO, *ibidem*, p. 554. En palabras de M.D. VALDEUZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 97, 2012, p.109, son acuerdos de asociación “de nueva generación” que sustituyen a los acuerdos de “primera generación”.

³³ Respectivamente publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea el 18 de marzo de 2000, el 30 de marzo de 1998, el 10 de octubre de 2005, el 30 de mayo de 2006, el 15 de mayo de 2002 y el 30 de septiembre de 2004.

³⁴ Vid. nota al pie 14 en relación a Argelia, en relación a los otros Libia tiene 1057 autorizados y Egipto 3.689, siendo el volumen de Jordania muy poco significativo. C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREA, en su Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, Comité Económico y Social Europeo, (<https://pagina.jccm.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/Coordinacion%20regimenes%20SS.pdf>), p. 12 y ss, hace una indicación de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas por diversos países de la cuenca Mediterránea, entre otros: Túnez reconoce riesgos por vejez, maternidad, invalidez permanente, prestaciones familiares y muerte; Argelia desempleo, invalidez, ayuda familiar, muerte y supervivencia y jubilación, Egipto jubilación, maternidad, enfermedad o accidente, invalidez y desempleo.

cia jurídica directa³⁵, es decir, no necesitan norma de transposición para ser directamente aplicables. Así lo expresa en su sentencia de 31 de enero de 1991 en los términos siguientes, precisamente en relación al Acuerdo de cooperación con el Reino de Marruecos del año 1978³⁶: “una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse que es de aplicación directa cuando, habida cuenta de su redacción y del objeto y la naturaleza del Acuerdo, implica una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior”. Y ello aun cuando el propio texto de estos Acuerdos establece que deben aprobarse disposiciones que permitan asegurar la aplicación de sus postulados (como veremos, esencialmente igualdad de trato, totalización de periodos cotizados y exportabilidad). En tal sentido, ello se debía llevar a cabo “Antes de finalizar el primer año tras la entrada en vigor” por “el Consejo de asociación”³⁷. Dicho Consejo “aprobará las modalidades de una cooperación administrativa que asegure las garantías de gestión y control necesarias para la aplicación de las disposiciones previstas”.

20. Tal y como indica GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED³⁸, también los Reglamentos comunitarios han contribuido a solventar la ausencia del demandado desarrollo de los Acuerdos, en lo que se refiere a la totalización de los periodos de seguro y la exportabilidad de las prestaciones³⁹, cuestiones ambas de singular complejidad técnica y que obliga al establecimiento de procesos administrativos en los Estados implicados. Además, apunta el autor que la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación constituido por el Acuerdo Euromediterráneo, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación entre los Sistemas de Seguridad Social⁴⁰, ya supone un más que significativo avance en el camino para impulsar el efectivo funcionamiento de los principios establecidos en estos Acuerdos. Pero su contenido todavía está pendiente de ratificar por los respectivos Consejos de Asociación, a pesar del largo tiempo transcurrido, situación que fácilmente podría solventarse.

21. Aun cuando dicho efecto directo en los términos expresados por la sentencia es indiscutible, sólo resulta de aplicación a los Estados miembros de la Unión Europea⁴¹. Pero, además, también hay que tener en cuenta lo previsto en los propios Acuerdos de asociación sobre la aplicación del principio de norma más favorable si la misma materia está recogida en el contenido de un convenio bilateral. De forma “clara y precisa”, como exige el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, los Acuerdos suscritos con Marruecos, Túnez y Argelia incorporan este principio en los siguientes términos: “Las disposiciones adoptadas...no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de los acuerdos bilaterales existentes...en la medida en que éstos prevean un régimen más favorable”. Es decir, si una materia no está tratada en el Convenio bilateral, se aplica directamente el Acuerdo; si está tratada de forma más desfavorable para el ciudadano, se aplica el Acuerdo; si está tratada de forma más favorable para el ciudadano, se aplica el Convenio. Por lo tanto, a nuestros efectos lo que nos va a interesar es de-

³⁵ También en este sentido M. PALOMARES AMAT, “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, ob.cit., p. 94.

³⁶ Asunto *Kziber*, comentado en M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterio jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del Reino de Marruecos a prestaciones familiares no contributivas españolas”, en *Problemas actuales de la Seguridad Social en perspectiva internacional*, Laborum, 2019, p. 125. Seguida por otras varias sentencias, por todas, 3 de octubre de 1996 (asunto *Choho*).

³⁷ Art. 67 de Marruecos y Túnez, y 70 de Argelia. Indica M.D. VALDUEZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, ob.cit., p. 109, que estará formado por miembros del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión de las Comunidades Europeas, por una parte, y por miembros del Gobierno del tercer país, por otra.

³⁸ C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED³⁸, “El acuerdo de asociación de la Unión Europea y Marruecos y sus implicaciones en el ámbito de la protección social”, en *Problemas actuales de la Seguridad Social en perspectiva internacional*, ob.cit., p.25 y ss.

³⁹ Se refiere el autor a que los Reglamentos 859/2003 y 1231/2010 extienden el campo de aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 883/04 a los trabajadores de terceros Estados “ex” art. 6 de éste último, en relación a la totalización. Y a que el Reglamento 1231/2010 permite la exportabilidad de los trabajadores de terceros Estados. Vid. p. 29 y 30.

⁴⁰ DOUE de 23 noviembre 2010.

⁴¹ M.D. VALDUEZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, ob.cit., p. 113.

terminar si éstos Acuerdos modifican el contenido de los Convenios y, si es así, si contienen previsiones más favorables que impliquen un avance en el reconocimiento de derechos sociales.

22. El hecho de que el mencionado principio sólo se incluya en los Acuerdos de los tres países indicados ya adelanta que el contenido, eficacia y relevancia en materia social de los Acuerdos de asociación varía, significativamente, entre unos Estados y otros. En efecto, se pueden distinguir claramente dos tendencias:

- Los Acuerdos con Marruecos, Túnez y Argelia son los que imponen obligaciones directamente ejecutables, y no meras declaraciones de intenciones, siendo su contenido idéntico en los tres casos. Serán el objeto de nuestro análisis en epígrafes posteriores puesto que integran, de forma muy explícita y al estilo de lo previsto en los convenios bilaterales, disposiciones relativas a los trabajadores para garantizar el mantenimiento de sus derechos en materia de prestaciones sociales. Lógicamente, eso sí, se hace de forma mucho más concisa.
- Los Acuerdos con Egipto, Jordania y Libia, sin embargo, se configuran con carácter meramente programático y hacen referencia a meras previsiones de futuros diálogos que pueden afectar a la materia de Seguridad Social, entre otras varias. Así, en los Acuerdos con Libia y Jordania, en un capítulo destinado al “*Diálogo y cooperación en materia social*”⁴², en términos prácticamente idénticos se indica su voluntad de establecimiento entre las partes de un diálogo regular sobre los asuntos sociales que presten interés para ellas, incluyendo entre los aspectos relacionados “*las condiciones de vida y trabajo de las comunidades migrantes*” y “*los planes y programas para favorecer la igualdad de trato entre los nacionales...y comunitarios*”. Se alude también a que pondrán en práctica proyectos y programas para consolidar la cooperación entre las partes en el ámbito social, mencionando, en particular, “*la mejora del sistema de Seguridad Social y del seguro de enfermedad*”⁴³. Por su nula eficacia directa, esta política llega a considerarse con un significativo retroceso respecto a los Acuerdos anteriormente alcanzados⁴⁴.

23. El Acuerdo con Egipto, teniendo igualmente la misma naturaleza en cuanto no integrar previsiones que puedan ser de aplicación directa y, por lo tanto, sin incidencia en la mejora de la situación de los ciudadanos inmigrantes a países comunitarios, sí integra una previsión relacionada con la importancia de coordinar los Sistemas de Seguridad Social en su art. 62: “*Las partes reafirman la importancia que dan al trato justo de los trabajadores que residan y trabajen legalmente en el territorio de la otra Parte. Los Estados miembros y Egipto, a petición de cualquiera de ellos, acuerdan iniciar negociaciones sobre acuerdos bilaterales recíprocos relacionados con las condiciones de trabajo y los derechos de Seguridad Social de los trabajadores de Egipto y de los Estados miembros que residan y trabajen legalmente en su territorio respectivo*”. Además, en las materias en las que se establece la necesidad de abrir un futuro diálogo, se mencionan “*las acciones para fomentar la igualdad de trato entre los ciudadanos egipcios y comunitarios*”⁴⁵.

24. Cuestión distinta es que tal intención se haya puesto en práctica en lo que al territorio español se refiere, lo cual no ha sucedido hasta la fecha. Es más, ni siquiera el Tratado de Amistad y Cooperación que suscribe con el Reino de España, el 5 de febrero de 2008⁴⁶, hace referencia alguna a esta cuestión.

⁴² Así se denomina en el caso de Libia. arts. 63 y ss. Jordania lo denomina “Diálogo en el ámbito social”, en los arts. 80 y ss.

⁴³ Art. 65 d) Acuerdo con Libia, y art. 82.e) Acuerdo con Jordania, que no hace referencia expresa al seguro de enfermedad.

⁴⁴ C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREDÁ, en su Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, cit. p. 23.

⁴⁵ Art. 63.2 d).

⁴⁶ BOE de 13 de julio de 2009.

25. De todo lo expuesto podemos extraer una primera conclusión, ya manifestada por el reconocido experto en materia de coordinación de Sistemas de Seguridad Social GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED⁴⁷, cual es la ausencia de un Convenio entre la Unión Europea con los países Euromediterráneos, al estilo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que beneficiaría a varios países islámicos. Como tal autor expresa, el aparato jurídico europeo se ha construido de forma endogámica y unilateral, sin una negociación oficial con terceros estados, aun cuando parece que con una cierta tendencia a cambiar hacia el desarrollo común y la superación del escenario de negociaciones bilaterales⁴⁸. De esta forma, cuando los ciudadanos extracomunitarios trabajan en los Estados miembros tienen todos los derechos comunitarios, pero éstos se difuminan cuando se ponen en conexión con los existentes en sus naciones de origen. Todo se basa en lo bilateral y lo que procede de la propia institución comunitaria es manifiestamente deficitario, obsoleto y, sobre todo, tremendamente exiguo en cuanto al número de países afectados y poco operativo en lo que se refiere a los Acuerdos que contienen meras propuestas de coordinación. Tal y como expresa la propia Comunicación de la Comisión “La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE”⁴⁹, *“La coordinación en materia de seguridad social entre la UE y el resto del mundo se aborda de dos maneras. Por una parte, existe el enfoque nacional, en el que los Estados miembros realizan acuerdos bilaterales con determinados terceros países. Este enfoque tiene un carácter fragmentario: se dispone de una red incompleta de acuerdos, cuyo contenido tiende a variar de un país a otro”*.

26. Si esta es la conclusión en relación a los países del Magreb y los conocidos como Euro-mediterráneos, si la extrapolamos a todos los demás países islámicos y a sus relaciones con España en materia de coordinación de prestaciones sociales el escenario se vislumbra mucho peor. De hecho lo que rige es la total ausencia de reglas específicas de coordinación, si bien también es cierto que muchos de ellos tendrán un escaso desarrollo en materia de legislación social y, salvo las excepciones ya apuntadas (Mali, Senegal, Paquistán y Bangladesh), tienen escasos flujos migratorios con el territorio español.

27. En definitiva, en conjunto se aprecia la existencia de un considerable déficit normativo en lo relativo al establecimiento de reglas de coordinación en materia de Seguridad Social con países islámicos, siendo los más beneficiados Marruecos, Túnez y, en menor medida, Argelia, pudiendo ser una primera parcial solución la ya demandada negociación entre la Unión Europea y todos los países Euromediterráneos para alcanzar un Acuerdo global, jurídicamente viable según el art. 216 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁰.

2. El Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: sus carencias y diferencias con el convenio suscrito con Túnez

28. Sobre el contenido de estos Convenios haremos referencia a su alcance subjetivo, es decir, a los ciudadanos que van a quedar protegidos por ellos, y a las prestaciones que se integran para ser coordinadas entre España y los Estados de Marruecos y Túnez.

⁴⁷ Que manifiesta su criterio en el Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, cit. p. 19 entre otras.

⁴⁸ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE”, COM/2012/0153 final.

⁴⁹ Ibidem, p. 2.

⁵⁰ En este sentido, C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED⁴⁷, en su Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, cit., p. 30. Según dicho precepto: *La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.*

A) **Ámbito subjetivo de los Convenios**

29. El Convenio de Seguridad Social Hispano-Marroquí se aplica a los trabajadores y a sus familiares del Régimen General y también incluye a los pertenecientes a diversos Regímenes Especiales, de forma bastante obsoleta porque algunos de ellos ya ni siquiera existen como tales. En definitiva, lo relevante es que, de los Regímenes subsistentes, integra a los trabajadores del Régimen de Autónomos, Mar, Minería del Carbón y Estudiantes⁵¹.

30. Por lo tanto, el primer déficit de protección que este Convenio tiene se manifiesta en la expulsión de su aplicación a los trabajadores integrados en el Régimen Especial de Funcionarios Públicos, quedando, así, únicamente protegidos los funcionarios integrados en el Régimen General por diversas circunstancias⁵².

31. Esta anómala configuración de su ámbito subjetivo de protección no se produce en el Convenio con Túnez, pues éste no hace ninguna distinción entre trabajadores incluidos en unos u otros Regímenes de Seguridad Social. Así, su campo de aplicación personal incluye, en general, a “*los trabajadores nacionales de cada una de las partes contratantes así como a los miembros de su familia y supervivientes*”⁵³, y el campo material de aplicación se extiende, en general, a las prestaciones contributivas de la “*legislación del Sistema de Seguridad Social*”⁵⁴, sin especificar a las del Régimen General (como sí hace el Convenio Hispano-Marroquí). En este aspecto, por lo tanto, se aprecia que la mayor modernidad del Convenio conlleva que resulte más actualizado y, en definitiva, que tenga más sentido.

32. En cuanto a la necesaria nacionalidad, española, marroquí o tunecina de los trabajadores afectados, en los dos Convenios resulta posible apreciar la misma puntualización: sólo se exige a los trabajadores, pero no a sus familiares o supervivientes, ni a los refugiados o apátridas⁵⁵. Pero, en relación a esta cuestión, tal y como ya ha señalado la doctrina más autorizada⁵⁶, a partir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2002 (asunto *Gottardo*), cualquier convenio bilateral suscrito por un Estado miembro de la Unión Europea será de aplicación a los nacionales de los otros Estados miembros, con las dificultades de índole administrativa que ello pueda suponer si no hay colaboración de los Estados extracomunitarios: “*cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación*”. Ello también incide en la aplicación del principio de totalización de los períodos de seguro cubiertos en más de un Estado de la Unión Europea y en Marruecos, pues todos serán válidos para alcanzar el derecho a prestaciones sociales⁵⁷.

⁵¹ Art. 2.1, su referencia a ferroviarios, empleados de hogar, representantes de comercio, escritores de libros, artistas y toreros son irrelevantes pues todos ellos ya están incluidos en el Régimen General.

⁵² Por ejemplo, los contemplados en el art. 156.2 n): los transferidos a las Comunidades Autónomas. O todos aquellos integrados a partir de enero de 2011.

⁵³ Art. 3.

⁵⁴ Art. 2.1 a).

⁵⁵ Art. 3 de ambos Convenios, en este sentido C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010”, ob.cit., p. 324.

⁵⁶ Por todos, C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREDAS, “El acuerdo de asociación de la Unión Europea y Marruecos y sus implicaciones en el ámbito de la protección social”, ob.cit., p. 23.

⁵⁷ En este sentido, STSJ 7 de octubre de 2021, rec. 306/2021, totaliza los períodos cotizados por un español en España, Italia y Marruecos, para acceder a la pensión de jubilación.

33. Dado que estos Convenios sólo hacen referencia a prestaciones contributivas, como ahora veremos, su ámbito subjetivo únicamente alude a ciudadanos trabajadores y no a los meramente residentes en alguno de ambos Estados. Y, en relación a los familiares protegidos, a falta de ninguna matización al respecto puede incluir al cónyuge, descendientes o ascendientes que residan con el trabajador, debiendo tenerse en cuenta que tampoco se exige que sean parientes consanguíneos⁵⁸.

B) Prestaciones coordinadas

34. Ambos Convenios, como acabamos de apuntar, extienden su ámbito material de aplicación hacia los niveles contributivos de protección, pero no lo hacen con carácter general. Como problemas a apuntar debemos indicar que, por una parte, hay prestaciones expresamente excluidas por no estar mencionadas. Por otra parte, que no están actualizados al alcance actual de nuestra acción protectora por su fecha de suscripción (sobre todo el Hispano-Marroquí), lo que produce un déficit protector poco justificable.

35. El Convenio Hispano-Marroquí cita en su art.2 como prestaciones coordinadas las siguientes: maternidad, enfermedad común o profesional, incapacidad laboral transitoria, accidentes, sean o no de trabajo, invalidez provisional o permanente, vejez, muerte y supervivencia, protección a la familia, reeducación y rehabilitación de inválidos y asistencia social y servicios sociales. Resulta obvio que varias de estas menciones corresponden a prestaciones ya desaparecidas y debe ser reinterpretado el precepto integrando a la actual incapacidad temporal. Igualmente, podría considerarse que la mención a la maternidad actualmente se refiere a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor. En cualquier caso, en aras a evitar cualquier confusión, el contenido de este Convenio tendría que actualizarse sin demora en una cuestión tan relevante como ésta.

36. Además, las mencionadas prestaciones de reeducación y rehabilitación son inexistentes y, siendo un Convenio únicamente aplicable al nivel contributivo, no se entiende la mención a la asistencia social y los servicios sociales como prestaciones coordinadas.

37. En atención a lo expuesto, podemos afirmar que se excluyen de su ámbito de coordinación las siguientes prestaciones:

- En primer lugar, el precepto no alude, ni a la prestación por desempleo (en ninguno de sus niveles, contributivo o asistencial), ni a la prestación por cese de actividad (regulada en fecha muy posterior a su concertación). Cuestión distinta es que, al aplicar el principio de igualdad de trato, los trabajadores marroquíes si tengan derecho al percibo de estas prestaciones dentro del territorio español⁵⁹. Y resulta necesario destacar la ilógica problemática jurídica que dicha exclusión provoca en relación a los trabajadores transfronterizos⁶⁰, puesta de manifiesto por SÁNCHEZ-RODAS NAVARO⁶¹, y que va a afectar a los nacionales de marruecos que residan allí pero que presten servicios en Ceuta y Melilla. De hecho, éstos sí tienen que cotizar a

⁵⁸ M.D. VALDUEZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, ob.cit. p. 117, plantea que los parientes por afinidad deben considerarse incluidos, citando el asunto *Mesbah* (sentencia de 11 de noviembre de 1999).

⁵⁹ Como puede ser el caso que expone V. SÁNCHEZ MÁS, “Hacia un nuevo convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social: análisis de puntos críticos y propuestas de mejora”, ob.cit., p. 11, respecto de la STSJ Galicia, 12 de abril de 2004, en la que se reconoce la prestación a un pescador que presta servicio en empresa hispano-marroquí.

⁶⁰ “trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente”, “ex” art. 182 Real Decreto 557/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

⁶¹ Por todos en “Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia”, *e-Revista Internacional de la Protección social*, nº 6, 2021, p. 2.

- la prestación por desempleo(ninguna norma los excluye de esta obligación⁶²), pero posteriormente no la pueden percibir al no residir en el territorio español y no ser exportable⁶³.
- En segundo lugar, la prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave tampoco quedaría coordinada, al quedar integrada en nuestro ordenamiento jurídico en fecha muy posterior a la de suscripción del Convenio⁶⁴.
 - En tercer lugar, como ya indicamos el nivel no contributivo queda fuera de su ámbito de aplicación, y probablemente también el subsidio no contributivo por maternidad pues, directamente, se le atribuye tal naturaleza en el art. 182 LGSS. Esta exclusión viene incluso ratificada por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 1 de abril de 1998 denegó a un súbdito marroquí una pensión de invalidez no contributiva al no estar incluida su protección en el Convenio⁶⁵. Y tal exclusión se produce incluso existiendo una circular del INSS, la 4/2006, de 11 de octubre, que claramente integra las prestaciones no contributivas en el ámbito del Convenio, pues obviamente prevalece la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁶.

38. Refiriéndonos, a continuación, al ámbito de aplicación del Convenio con Túnez y sus posibles diferencias, ciertamente se aprecian pocos avances en relación al Convenio Hispano-Marroquí. Y ello porque sus principales problemas, cuales son la exclusión de las prestaciones por desempleo y del nivel no contributivo, se reproducen en términos idénticos en su art. 2. Además, la importantísima protección por maternidad queda enunciada de igual forma, por lo que sigue siendo necesaria la sustitución de esta denominación por la actual. Eso sí, siendo más moderno ya aparece actualizada la denominación de ciertas prestaciones, como la incapacidad temporal o la incapacidad permanente, y se suprimen las ambiguas referencias a la asistencia social y los servicios sociales.

39. Probablemente la diferencia más significativa la encontramos en la regulación de las prestaciones familiares que ambos Convenios recogen. Así, el Convenio Hispano-Marroquí, en su Capítulo VII, sólo precisa que serán tenidos en cuenta los periodos de seguro de los dos Estados y que se determinarán conforme a la “lex loci laboris”. En definitiva, nada singular. Sin embargo, el Convenio con Túnez, en su Capítulo V, al reconocer el derecho a prestaciones familiares establece lo siguiente: “*El trabajador sometido a la legislación de una parte o el titular de una pensión o renta de una de las Partes, tendrá derechos, para los miembros de su familia que residan en el territorio de la otra Parte, a las prestaciones familiares previstas en la legislación de la Parte en que se halle asegurado, como si los familiares residieran en el territorio de la misma. Cuando se cause derecho a las prestaciones familiares durante el mismo periodo y para el mismo miembro de la familia...las prestaciones serán abonadas por la Parte en cuyo territorio residan los miembros de la familia*”. Puesto que las prestaciones no contributivas están excluidas de su ámbito de aplicación, surge la duda que determinar a qué prestaciones de Seguridad Social se refiere el precepto.

40. Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que, indudablemente, la negociación bilateral con estos países en materia de Seguridad Social debe actualizarse y acabar con el déficit de protección que está generando a trabajadores inmigrantes al territorio español, con cotizaciones realizadas

⁶² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, BOE de 30 abril 2011, art. 183.2 6º: “*Que el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social*”.

⁶³ La prestación se extingue por traslado de residencia al extranjero “ex” art. 272.1 f) LGSS.

⁶⁴ Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, BOE de 30 julio 2011.

⁶⁵ Sobre el particular, M.J. CERVILLA GARZÓN, “¿Son exportables las prestaciones familiares no contributivas?: dimensión en el ámbito de la Unión Europea y de las relaciones bilaterales entre España y el Reino de Marruecos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 225, 2019. Y es que el propio Convenio, como razona el Tribunal, exige que las dos partes vuelvan a convenir para incluir una nueva rama de Seguridad Social (art. 2.3), que el Tribunal considera es, exactamente, el nivel no contributivo.

⁶⁶ Sobre el particular, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia”, ob.cit., p. 3, y M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterio jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del Reino de Marruecos a prestaciones familiares no contributivas españolas”, ob.cit., p. 121 y ss.

en sus Estados de origen, muy singularmente en lo que se refiere a la protección por desempleo. Y desde luego debe solucionarse la situación de los trabajadores transfronterizos, no imponiéndoles la cotización por dicha contingencia sin el correlativo derecho a una prestación que se pueda exportar.

3. Los Acuerdos Euromediterráneos de asociación entre la Unión Europea y países islámicos

41. Como ya se ha indicado, los Acuerdos que no son meramente programáticos y que contienen normas aplicables son los concertados con Marruecos Túnez y Argelia, que están redactados en idénticos términos y respecto de los cuales merece la pena apuntar algunas cuestiones sobre sus diferencias con los convenios bilaterales de Seguridad Social.

42. En primer lugar, los sujetos incluidos igualmente van a ser trabajadores nacionales de dichos Estados y sus familiares que residan con ellos (éstos no necesariamente nacionales), siempre y cuando se encuentren en situación de residencia legal⁶⁷. No se aprecian, por lo tanto, las inexplicables limitaciones del Convenio Hispano-Marroquí.

43. En segundo lugar, en los mismos términos que los convenios bilaterales los Acuerdos incorporan el principio de igualdad de trato con los nacionales de los Estados miembros en los que se encuentren empleados⁶⁸. Hay que tener en cuenta que, en relación a los familiares de los trabajadores, a partir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de octubre de 1996 (asunto *Hallouzi-Choho*), la no discriminación alcanza a todas las prestaciones y no sólo a las que pudiesen tener derecho como familiares del trabajador. Así, el principio “*debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro niegue, basándose en que la interesada es de nacionalidad marroquí, la concesión de prestaciones como los beneficios transitorios establecidos en la AOW, previstas por su legislación en favor de los nacionales que reúnan determinados requisitos de residencia en dicho Estado, a la esposa de un trabajador marroquí que cumple dichos requisitos de residencia*”. Ello supone una ventaja en relación a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, puesto que en este ámbito los familiares sólo tienen reconocida la extensión de este principio a los derechos que les correspondan por tener tal condición⁶⁹.

44. En tercer lugar, integra como prestaciones protegidas las de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo y enfermedades profesionales, subsidios por defunción, prestaciones por desempleo y familiares⁷⁰. Dada la ausencia de distinción entre niveles contributivos o no contributivos, sin duda la mayor diferencia (y mejora) respecto a los Convenios va a ser la inclusión del desempleo y las prestaciones no contributivas⁷¹, aun cuando el desempleo va a tener el “handicap” que ahora indicaremos respecto a la totalización, que neutraliza esta supuesta mejora. Se sigue la misma línea de desactualización de las prestaciones que ahora forman parte de nuestra acción protectora, sin referencia al cese de actividad o el nacimiento y cuidado del menor.

45. En cuarto lugar, también en el mismo sentido que los convenios bilaterales se reconoce la aplicación del principio de totalización de los periodos de seguro⁷², respecto del cual hay que apuntar dos cuestiones significativas. En primer lugar, que en ellos sí se hace mención a la totalización de los periodos de residencia, claramente indicativo de la inclusión en su ámbito de aplicación del nivel no con-

⁶⁷ Arts. 65.1 y 66 Acuerdos con Marruecos y Túnez, 68.1 y 69 con Argelia.

⁶⁸ Art. 65.1 Acuerdos con Marruecos y Túnez, 68.1 con Argelia.

⁶⁹ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010”, ob.cit., p.330.

⁷⁰ Art. 65.1 Acuerdos con Marruecos y Túnez, 68.1 con Argelia.

⁷¹ A. DE ALMEIDA NASCIMENTO, “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de asociación”, ob.cit., p. 59.

⁷² Art. 65.2 Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.2 con Argelia.

tributivo. En segundo lugar, que inexplicablemente se excluye la totalización en relación a la prestación por desempleo, sin que quepa ninguna duda de su integración en los Reglamentos comunitarios de coordinación. Además, los Acuerdos se pronuncian de forma taxativa en lo que se refiere a la expulsión de los nacionales de estos Estados de las normas de coordinación previstas por la normativa comunitaria⁷³.

46. Por último, la exportabilidad de las prestaciones también está prevista⁷⁴, pero excluyendo a las prestaciones especiales no contributivas y, de nuevo, a las prestaciones por desempleo. Tampoco se incluyen las prestaciones familiares, pero hay que tener en cuenta que nuestra legislación no reconoce prestaciones por hijos no residentes en el territorio español o, como se indica en los Acuerdos, los trabajadores “*se beneficiarán de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan en la Comunidad*”⁷⁵. No cabe, por lo tanto, reconocimiento de prestaciones por hijos residentes en Marruecos, Túnez o Argelia.

47. En conclusión, se aprecian algunos aspectos muy nítidamente mejorados, como la integración (aun cuando no exportación) de las prestaciones no contributivas y la totalización de los periodos de residencia y la inclusión de la prestación por desempleo (aun cuando no queda afectada por la posible aplicación del principio de totalización ni es posible su exportación a Marruecos, Túnez o Argelia), aunque sí consideramos valorable la total ausencia de exclusión de trabajadores en función de la naturaleza de su actividad profesional, al estilo del Convenio de Seguridad Social suscrito con Túnez. Parece que estos Acuerdos también se han quedado a medio camino para establecer un verdadero marco de coordinación en materia de Seguridad Social, al margen de que tampoco están actualizados en cuanto a las prestaciones cubiertas.

III. La “vis expansiva” de la jurisprudencia que da efectos a la poligamia en relación al derecho a la pensión de viudedad

48. Resulta bien conocida, y ha sido comentada en diversos estudios anteriores⁷⁶, la doctrina unificada del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, pues es el demandante un funcionario público) a partir de su sentencia de 24 de enero de 2018, que reconoce el derecho a pensión de viudedad para todas las beneficiarias en caso de matrimonio celebrado en régimen de poligamia, debiendo repartirse la pensión entre ellas a partes iguales. Como ya se ha afirmado en reiteradas ocasiones, dicha práctica forma parte de la identidad islámica y plantea un importante problema de choque con el orden público español, que la considera nada menos que un delito en el Código Penal. A mayor abundamiento, la solución ofrecida contraviene la regulación de la LGSS respecto a la existencia de un único posible beneficiario de la pensión.

49. Haciendo un breve resumen de las argumentaciones que llevan al Tribunal a mantener este criterio, su discurso parte de la previsión contenida en el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social en cuanto a que “*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dichas prestación*”, reproducida en similares términos por el art.24

⁷³ Art. 65.1, párrafo tercero, Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.1 con Argelia.

⁷⁴ Art. 65.4, Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.4 con Argelia.

⁷⁵ Art. 65.3, Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.3 con Argelia.

⁷⁶ Por todos, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia”, ob.cit., P. CHARRO BAENA Y S. GONZÁLEZ GARCÍA, “Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 26, 2021, M. GUTIÉRREZ PÉREZ, “El reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de poligamia: la consolidación del criterio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 229, 2020 y M.J. CERVILLA GARZÓN, “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 11, 2019.

del Convenio suscrito con Túnez. Dicho precepto era inicialmente inaplicable al supuesto de hecho que se planteaba puesto que afectaba a un trabajador funcionario y, por lo tanto, excluido de su ámbito de aplicación. Pero apreciamos como verdaderamente relevante y singular que, para el Tribunal, el texto de este artículo “*lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y en las Normas Internacionales sobre derechos humanos suscritas por España*”. En definitiva, a su juicio prima la aplicación del principio de igualdad y no discriminación frente al de legalidad.

50. Realizadas estas precisiones, no reside nuestro objetivo en volver a incidir sobre análisis de este criterio. Así, como única intención pretendemos poner de manifiesto el efecto que esta doctrina ha tenido en resoluciones posteriores, teniendo en cuenta que debía circunscribir su alcance a una situación muy concreta, originada en el Reino de Marruecos y al amparo de un Convenio bilateral con él. Pero el propio Tribunal ya adelanta una previsible “vis expansiva” de su doctrina al fijar el contenido de dicho Convenio como “criterio interpretativo” de prácticamente cualquier demanda que sobre esta materia se pueda suscitar. No tiene más remedio que salvar así la situación, puesto que resuelve aplicando el Convenio a un trabajador excluido de su ámbito de aplicación.

51. También hay que tener en cuenta que la concesión de varias pensiones, causadas por un mismo sujeto, genera algunos problemas que, quizás, se pueden haber planteado a posteriori ante los Tribunales. Nos referimos en particular a los siguientes: los efectos del posible divorcio de una de las cónyuges; los efectos del fallecimiento de una cónyuge, que genera derecho a pensión, no pudiendo el cónyuge superviviente tener la condición de “viudo”; los efectos del fallecimiento de las dos cónyuges que, generando derecho a pensión, puedan hacer beneficiario de dos pensiones a un mismo sujeto⁷⁷.

52. Podemos afirmar que, ciertamente, no son muchas las resoluciones que posteriormente hayan abordado este tema y que hayan planteado cuestiones distintas a la resuelta por el Tribunal Supremo, pero sí cabe apreciar la existencia de dos criterios jurisprudenciales significativos.

53. En primer lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo)⁷⁸, en relación a un militar perteneciente a la Policía del África Occidental Española, a los que inicialmente incluso se les denegaban las pensiones de viudedad por no tener nacionalidad marroquí⁷⁹ aplica la misma doctrina que el Tribunal Supremo para reconocer la pensión de viudedad a las dos cónyuges casadas en régimen de poligamia. Por otra parte, a “sensu contrario” el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 14 de septiembre de 2018⁸⁰, ha obviado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues no la cita para no dar efectos a un matrimonio poligámico celebrado en Senegal, en relación al derecho a pensión de viudedad de dos posibles beneficiarias⁸¹. Nos da la impresión de que éste va a ser un supuesto muy excepcional, pues no se ha vuelto a plantear similar “olvido”. Pero lo cierto es que la definitiva regulación jurídica de los efectos del matrimonio poligámico, en materia de prestaciones sociales, evitaría que se produjesen situaciones a todas luces injustas como ésta, lo cual tendría que suceder habida cuenta del largo tiempo transcurrido desde que el Tribunal Supremo ha consolidado su doctrina.

⁷⁷ Los pone de manifiesto A. SELMA PENALVA, “Poligamia, bigamia y repudio y acceso a la pensión de viudedad en el sistema español de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 55, 2020, p.23.

⁷⁸ De 22 de febrero, rec. 214/2016.

⁷⁹ Como se indica en la sentencia, el Ministerio de Defensa cambió de criterio, no oponiéndose al reconocimiento de pensiones siempre que el causante “sea personal saharauí, y no marroquí” y que “la pensión de retiro les hubiere sido concedida por la legislación de clases pasivas española”.

⁸⁰ Rec. 2238/2018.

⁸¹ Acudiendo al ya parece superado argumento de que es contraria al orden público. El INSS recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 21 de diciembre de 2017 y su Auto aclaratorio de 24 de enero de 2018, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo ya estaba publicada y su criterio podía ser conocido.

54. En segundo lugar, se han planteado algunas demandas relacionadas con el cambio de nacionalidad, de marroquí a española, del sujeto causante o de los beneficiarios de la pensión, con posterioridad a la celebración del matrimonio poligámico y antes del fallecimiento del causante, como posible motivo para no aplicar el criterio del Tribunal Supremo y denegar el derecho a pensión de viudedad a más de una beneficiaria. Y en todas las resoluciones el argumento se viene manteniendo idéntico y no carente de lógica jurídica: los derechos del cónyuge superviviente se rigen por la ley que regula los efectos del matrimonio, que es la ley personal del beneficiario y el causante al tiempo de contraer matrimonio, es decir, la ley marroquí⁸². Por lo tanto, en tales casos el Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social no deja de permanecer aplicable ni, por lo tanto, el criterio del Tribunal Supremo que deriva de su existencia.

55. Sobre los problemas antes apuntados que puede acarrear la existencia de múltiples beneficiarias, sólo el caso del divorcio de una de las viudas había sido tratado por los Tribunales, ya en el año 2018, en el sentido de reconocerle la pensión en proporción al tiempo de convivencia⁸³. La interesante y compleja problemática que se puede suscitar, si un mismo sujeto solicitase más de una pensión de viudedad por efecto de la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, no ha llegado a quedar resuelta por los Tribunales, pero, desde luego, a esta situación no alcanza la lógica humanizadora y claramente protectora que preside el argumento que permite percibir pensión a más de una viuda en los casos de poligamia⁸⁴. Pero, a “sensu contrario” de lo que sucede cuando se plantea la problemática de reconocer pensión a todas las viudas, en cuanto no lo permite nuestra legislación, una vez se ha admitido el principio de contributividad sí legitimaría que se percibiesen todas las pensiones por un único beneficiario. De hecho, de no ser así a una de las causantes se la estaría obligando a cotizar por una pensión que después nunca se va a generar. De alguna manera, parece una situación similar a la que se plantea en caso de trabajadores en situación de pluriactividad, los cuales pueden percibir todas las pensiones por las que cotizan desde distintos Regímenes de Seguridad Social, con el único límite de la cuantía máxima que se puede percibir en concepto de pensiones⁸⁵. Límite que, obviamente, en este hipotético caso que planteamos también se aplicaría. Y ello porque, igualmente, no se aplica el principio de pensión única al no ser las mismas cotizaciones las que generan dos pensiones⁸⁶.

56. Pero la cuestión no deja de ser confusa dado que, como ya se parte de un “privilegiado” reconocimiento de efectos a la poligamia, tal privilegio puede provocar otro, y es que un mismo sujeto pueda cobrar dos pensiones completas de viudedad. Y esta, sin lugar a dudas, no es una situación que vaya a ser querida, ni por nuestros legisladores, ni por la sociedad en general, habida cuenta de que parte de una realidad ilegítima respecto a nuestro ordenamiento jurídico.

57. También ha apuntado algún autor⁸⁷, como problema pendiente de solucionar, el posible acceso de todas las beneficiarias a los complementos por mínimos si la pensión resulta, finalmente, de baja cuantía, dado que tiene que repartirse a partes iguales. A nuestro juicio, si la pensión es única igualmente el complemento debe serlo y, en caso de aplicarse, lo será sobre la pensión inicialmente reconocida que posteriormente será repartida. Porque la aplicación del criterio del Tribunal Supremo no desemboca en

⁸² STSJ Andalucía, 10 de junio de 2020 (es la beneficiaria la que cambió la nacionalidad), red. 2103/2019, y de 10 de mayo de 2021 (adquieren la nacionalidad española la beneficiaria y el causante), red. 3833/2019. Es más, como afirma en sentencia de 24 de mayo de 2018, red. 1811/2017, incluso es posible que una persona con nacionalidad española contraiga matrimonio poligámico en Marruecos, y solicite pensión de viudedad cuando fallezca el causante aplicando la doctrina del Tribunal Supremo.

⁸³ STSJ Cataluña, 23 de abril, red. 1147/2018, para cuyo comentario nos remitimos a M.J. CERVILLA GARZÓN, “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, ob.cit., p. 262 y ss.

⁸⁴ En este sentido, A. SELMA PENALVA, “Poligamia, bigamia y repudio y acceso a la pensión de viudedad en el sistema español de Seguridad Social”, ob.cit., p. 25.

⁸⁵ Art. 9.3 Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del Sistema de Seguridad Social, BOE de 25 enero 2022.

⁸⁶ Criterio que sostiene el Tribunal Supremo, por todas STS, 14 de julio de 2014, red. 3038/2013.

⁸⁷ A. SELMA PENALVA, “Poligamia, bigamia y repudio y acceso a la pensión de viudedad en el sistema español de Seguridad Social”, ob. cit., p. 18.

el reconocimiento de varias pensiones distintas, es decir, no hay concurrencia de pensiones, sino de una sola cuya cuantía se reparte. Lo mismo sucede en los supuestos de crisis matrimonial “ex” art. 220 LGSS.

IV. La incidencia de la Kafala islámica en el derecho a prestaciones de Seguridad Social

1. El concepto de Kafala islámica, tipología y posible relación con el derecho a prestaciones de Seguridad Social

58. La Kafala la situamos en el contexto de las instituciones islámicas o propias de países musulmanes, pues tiene su origen en las fuentes religiosas que inspiran y condicionan todo su ordenamiento jurídico. Pero, como cuestiones significativas a tener en cuenta en relación a sus diferencias con la poligamia, por una parte la situación de hecho que genera no puede ser calificada como delictiva conforme a nuestro ordenamiento jurídico, ni resulta tan claramente disconforme con el orden público español al pretender funcionar como instrumento de protección de los menores⁸⁸. Por otra parte, no encontramos ninguna mención a sus posibles efectos en materia de prestaciones sociales en ningún convenio bilateral. Ambas circunstancias van a determinar que el sentido de las resoluciones judiciales que analizaremos y las argumentaciones que en ellas se incluyan sean totalmente diferentes y carezcan de la unidad que ya se ha alcanzado en relación a los efectos de la poligamia sobre el reconocimiento de pensiones de viudedad.

59. Existen ya relevantes estudios en los que se analiza el concepto de esta institución tan vinculada al derecho islámico⁸⁹ puesto que su origen está en la expresa prohibición de la adopción en la mayor parte de los países musulmanes⁹⁰, en los cuales los lazos de familia sólo pueden basarse en relaciones establecidas por consanguinidad, es decir, la filiación sólo puede tener origen biológico⁹¹. Por citar un ejemplo de la integración de tal prohibición en el sistema normativo de los países musulmanes, el Código de Familia marroquí literalmente indica que “*La adopción no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima*”⁹². Por otra parte, como indica DIAGO DIAGO⁹³, el Corán pondera el cuidado de los niños sin hogar, una de las principales finalidades de esta institución.

60. El término en árabe se refiere al compromiso de cuidado de un menor, de hecho a través de esta institución el titular de la Kafala (kafil, que puede ser hombre o mujer, respecto del que se exige en varios estados musulmanes que profese la religión musulmana para garantizar la educación del menor en esta confesión religiosa) se compromete a hacerse cargo, de forma voluntaria, del cuidado, educación y protección de un menor (makful), pero sin que el titular de la Kafala adquiera la patria potestad respecto del menor cuya tutela asume y, por lo tanto, sin que pueda identificarse, de forma inmediata, con la adopción regulada en nuestro Código Civil. Aunque no recibe una regulación idéntica en los ordenamientos jurídicos de los distintos países musulmanes, se mantiene como característica común que la protección

⁸⁸ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2010, p.152.

⁸⁹ Por todos, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., C. RUIZ SUTIL, “La mujer kafila y la recepción de la Kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Clepsydra*, nº 16, 2017, X. ORBEGOZO MIGUEL, “Imposibilidad de privar de patria potestad a los padres biológicos en virtud de una Kafala en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 13, 2021, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La Kafala de Derecho Islámico: naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015 y M. VIDAL GALLARDO, “La kafala del Derecho islámico como instrumento de protección del menor. STJUE de 26 de marzo de 2019”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2020.

⁹⁰ Como excepción la admiten Túnez e Indonesia, con limitaciones a candidatos nacionales de la misma religión que el menor. En este sentido, M.G. QUINTERO LIMA, “Globalización y Seguridad Social: sentencias sobre Kafala y pensión de orfandad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 17, 2008, p. 5.

⁹¹ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p. 143 y ss, explica el origen de la prohibición de la adopción y de cómo esta no puede generar vínculos de filiación, en virtud del matrimonio entre el Profeta y la que fuera esposa de Zayd, supuesto hijo adoptivo. La prohibición de la adopción en el Corán se vincula a la Azora 33, aleyas 4 y 5.

⁹² Art. 149.1 de la conocida como “*Mudawana*”.

⁹³ “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p. 142.

del menor supone adquirir un compromiso de tal alcance que debe ser “*de la misma manera que lo haría un padre por su hijo*”⁹⁴, siendo así que en la Kafala marroquí el compromiso del kafil alcanza a “*la protección, la educación y la manutención*”⁹⁵. Pero el makful carece de derechos inherentes a la filiación como el derecho a heredar del kafil o la adquisición de sus apellidos, lo cual resulta coherente con el hecho de que la Kafala finaliza cuando el menor adquiere la mayoría de edad, y es revocable a solicitud de los padres biológicos o los tutores.

61. Su configuración como instrumento de protección del menor ha recibido particular carta de naturaleza en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en virtud de la cual “*Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.*” A mayor abundamiento, el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, incluye en su ámbito de aplicación “*la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga*”⁹⁶. Por ello se considera una institución que puede enmarcarse en el contexto de la protección del interés superior de los menores en situación de desamparo⁹⁷. Pero hay que tener en cuenta que la Kafala no sólo está concebida para la protección de menores abandonados, como indicaremos al referirnos a sus distintas tipologías.

62. La constitución de la Kafala, en general y al margen de las consideraciones que podamos hacer a continuación sobre su posible realización por residentes en territorio español y su naturaleza jurídica, en relación a una hipotética solicitud de prestaciones de Seguridad Social españolas puede interferir en el reconocimiento de las relacionadas con el nacimiento y cuidado del menor (las antiguamente denominadas maternidad y paternidad⁹⁸), las derivadas del propio hecho de tener hijos a cargo⁹⁹ o las otorgadas a los hijos en caso de fallecimiento de los progenitores, como es la pensión de orfandad¹⁰⁰.

63. A nuestros efectos resulta necesario tomar como punto de partida la vinculación establecida por nuestro ordenamiento jurídico entre el derecho a las prestaciones sociales contributivas y la residencia y el desarrollo de la prestación de servicios en España del solicitante. De hecho, sólo tiene sentido que nos planteemos los efectos de esta institución en materia de Seguridad Social española si el kafil o el makful pueden residir en nuestro territorio, teniendo en cuenta que España lógicamente no regula esta institución y no puede, por lo tanto, formalizarse aquí. En consecuencia, es necesario que existan países islámicos donde la Kafala admita una variedad transnacional, es decir, que el kafil pueda ser nacional o extranjero residente fuera del país islámico en el que se constituya, y que, igualmente, pueda trasladar al menor a residir fuera del mismo.

⁹⁴ Código argelino de Estatuto Personal (Ley nº 84-11, de 9 de junio de 1984), art. 116 y Ley 15-01 relativa al acogimiento familiar de menores abandonados en Marruecos, promulgada por Dahir nº 1-02-172, de 13 de junio de 2002.

⁹⁵ Art. 2 Ley 15-01.

⁹⁶ Art. 3 e).

⁹⁷ En este sentido, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p. 144 y 145, y A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La Kafala de Derecho Islámico: naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, ob.cit., p. 824, citando sentencia de la corte francesa de 25 de febrero de 2009, en este sentido.

⁹⁸ Arts. 177 y ss LGSS, incluido el cuidado de menores afectado por enfermedad grave de los arts. 190 y ss.

⁹⁹ Como las establecidas en los arts. 236 y 237 LGSS, entendiéndose como periodo cotizado las excedencias disfrutadas por cuidado de hijo en régimen de guarda o acogimiento, y la interrupción de la cotización tres meses antes de la adopción o el acogimiento. O el posible incremento de la prestación por desempleo en caso de tener el beneficiario hijos a cargo, previsto en el art. 339.2 LGSS.

¹⁰⁰ Art. 224 y ss. LGSS.

64. Pues bien, sobre esta cuestión no se ha legislado de la misma forma en todos los Estados. En países como Argelia o Jordania se exige que el kafil sea nacional de tales países, y en algunos incluso se prohíbe que el kafil pueda trasladar su residencia al extranjero con el menor¹⁰¹. Y en el caso que más nos concierne, por su cercanía con el territorio español, como es el del Reino de Marruecos, este aspecto parece haber evolucionado en el sentido de dificultar la posible presencia de la kafala en España. Así, inicialmente Marruecos sí posibilitaba la Kafala transnacional al admitir que el kafil fuese extranjero y que pudiese abandonar el territorio de Marruecos acompañado del menor, siempre y cuando hubiese obtenido autorización del Juez Tutelar, la cual es remitida al consulado marroquí del lugar de residencia para hacer un seguimiento de la situación del menor¹⁰². Y era posible también el traslado de residencia del makful a España, si el kafil ya residía en dicho territorio¹⁰³. Pero en tal regulación interfiere la Circular n.40 S/2 del Ministerio de Justicia y Libertad marroquí, de septiembre de 2012, en virtud de la cual se solicita a las autoridades marroquíes competentes la comprobación de si el solicitante extranjero reside habitualmente en territorio nacional marroquí y que se denegase la Kafala a los extranjeros sin residencia habitual en Marruecos. Con ella se ha dado pie a un debate sobre si se había definitivamente suprimido la posible Kafala transnacional en el Reino de Marruecos, aun cuando no parece que su ámbito de aplicación incluya a los marroquíes en el extranjero y, desde luego, la posibilidad está incluida en la Ley 15-01¹⁰⁴, siendo necesario no prohibir sino controlar realmente la situación de los menores¹⁰⁵.

65. Por último, en relación a la existencia de distintos tipos de Kafala, su constitución en el ámbito del derecho islámico puede producirse de formas diversas, no todas igualmente garantistas en relación a la protección del menor, cuya incidencia será relevante para sus posibles efectos en materia de prestaciones sociales como después analizaremos. Nos referimos a la ya consolidada diferencia entre la Kafala judicial y la Kafala notarial o voluntaria.

66. La Kafala judicial se decreta judicialmente cuando los menores quedan en situación de abandono, situación que requiere su previa declaración judicial y la posterior sustanciación del procedimiento que finaliza con la resolución del juez concediendo la Kafala¹⁰⁶. Además, se prevé con posterioridad el seguimiento o control de la situación del menor por parte del juez tutelar¹⁰⁷.

67. La Kafala notarial o voluntaria, como también se la denomina, plantea muchas suspicacias a nivel jurídico en cuanto a la posibilidad de otorgarle cierta eficacia. Dicha Kafala no se constituye sobre menores en situación de abandono, sino que tiene su origen en la simple voluntad de los progenitores de delegar en otra persona (que puede o no ser miembro de su familia) las funciones propias de la patria potestad (es decir, las funciones de los tutores son similares a las asumidas en la Kafala judicial). No se formaliza a través de la intervención de un juez sino como acto de naturaleza privada que puede o no constar en un acta adular, es decir, que la intervención de un notario que de fe de la celebración de este acuerdo privado puede, incluso, no existir, y que por tanto no haya constancia oficial de la constitución

¹⁰¹ Así lo afirma M. VIDAL GALLARDO, “La kafala del Derecho islámico como instrumento de protección del menor. STJUE de 26 de marzo de 2019”, ob.cit., p. 3. Como ejemplos, Irán, Mauritania o Egipto.

¹⁰² Art. 24 Ley 15-01.

¹⁰³ La Circular del Ministerio de Justicia de 1 de julio de 2003, citada por C. RUIZ SUTIL, “La mujer kafila y la recepción de la Kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, ob.cit., p. 156, determina que el traslado de residencia del menor a España necesita previa autorización del juez marroquí, que examina si el país de acogida reconoce la Kafala. También garantiza el derecho de visita de los menores trasladados por parte de sus padres biológicos.

¹⁰⁴ <https://www.yabiladi.com/articles/details/12199/adoption-nouvelle-circulaire-kafala-concerne.html>. Sobre las distintas posturas doctrinales al respecto, X. ORBEGOZO MIGUEL, “Imposibilidad de privar de patria potestad a los padres biológicos en virtud de una Kafala en España”, ob.cit, p. 1008. Pero afirma que ha disminuido el número de menores que han venido a España en régimen de Kafala I. REQUERA ALONSO, “Cuestiones jurídicas sobre la familia marroquí inmigrante en España”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, nº 8, 2020, p. 22.

¹⁰⁵ En este sentido, M. MARCHAL ESCALONA, “La kafala islámica: problemática y efectos”, *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del S. XXI*, Comares, 2013, p. 242.

¹⁰⁶ En el caso de la Kafala marroquí, vid. arts. 14 y ss. Ley 15-01 de Kafala de menores abandonados.

¹⁰⁷ En el caso de la Kafala marroquí, vid. arts. 19 y ss. Ley 15-01 de Kafala de menores abandonados.

de la Kafala¹⁰⁸. Lógicamente este tipo de Kafala carece de los seguimientos y controles respecto de la situación del menor que están previstos para la Kafala judicial, siendo frecuente su constitución para permitir que los menores trasladen su residencia a otro país con el kafil. Sobre tal falta de control doctrina ha manifestado el posible encubrimiento que esta institución ha podido suponer de situaciones de explotación y maltrato a los menores¹⁰⁹.

2. Naturaleza jurídica

68. Sobre la posible asimilación de esta institución respecto a las que en nuestro ordenamiento jurídico cumplen funciones similares, como son la adopción o el acogimiento preadoptivo o permanente, tanto el legislador como la doctrina y la Administración han venido manifestando su rechazo a la equiparación con la adopción, y una postura más flexible en cuanto a su asimilación con el acogimiento. Esto no es cuestión baladí en lo que se refiere al derecho a prestaciones sociales, puesto que algunas excluyen claramente de su ámbito de aplicación a las relaciones familiares que no se basen en vínculos de filiación biológica o adoptiva, caso de las pensiones de orfandad.

69. Pero la falta de una precisión concreta a nivel normativo de sus efectos en materia de Seguridad Social se ha traducido en la existencia de unos confusos e incoherentes criterios jurisprudenciales, que oscilan entre asimilar la Kafala con una u otra figura, o con ninguna. Entendemos que probablemente no debería resultar necesario realizar tantos esfuerzos en intentar buscar una identificación que se plantea a todas luces complicada. Lo realmente importante debe ser que haya una determinación por parte del poder público acerca de si esta institución puede dar lugar a una situación de necesidad equiparable a las protegidas por nuestro Sistema, sin crear diferencias de trato injustificadas respecto a otras no protegidas. Como indica DIAGO DIAGO¹¹⁰, ni la adopción, ni el acogimiento, ni la tutela, tienen suficiente versatilidad para dar respuesta a las diferentes conformaciones de la Kafala, por lo que es mejor analizar cada caso concreto y fijar, en cada supuesto planteado, la función que ésta desarrolla y sus posibles consecuencias.

70. Si atendemos a las referencias normativas que puedan aventurar la naturaleza jurídica de instituciones como la Kafala, a efectos de las adopciones internacionales la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, indica que “*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*”¹¹¹. Por lo tanto, aun no haciendo alusión directamente a ella le sería aplicable este precepto, pero en relación a la única situación que esta Ley regula. Y la asimilación se produce con el acogimiento familiar o la tutela, en ningún caso la adopción.

71. En este sentido también resulta de interés la interpretación que hace el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre el alcance de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹¹², en relación a menores sobre los que se ha constituido una Kafala judicial argelina. Y ello teniendo en cuenta que su art. 2 considera miembros de la familia a

¹⁰⁸ Sobre la distinción entre los distintos tipos de Kafala, y la posible existencia de Kafala notarial sin intervención administrativa ni judicial, se pone de manifiesto en la STS 9 de diciembre de 2011, rec. 2917/2010, en la que se plantea la denegación del visado de residencia a un menor respecto del cual se constituye Kafala notarial con intervención administrativa. En tal caso, al tutor no se le considera representante legal del menor en España a los efectos de reagrupación familiar.

¹⁰⁹ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p.149, refiere el caso de menores procedentes de Marruecos que son llevados a otros países bajo esta institución para trabajar como empleados domésticos (los llamados “petites bonnes”), calificándolo como una forma de moderna esclavitud. Vid. También, N. MARCHAL ESCALONA, “La Kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista Internacional de Jurisprudencia*, nº 3, 2013.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 158.

¹¹¹ Art. 34.

¹¹² DOUE 29 junio 2004.

los descendientes y ascendientes “directos”, pero el art. 3.2 a) lo amplía a “*cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal*”. A estos efectos, el Tribunal considera que los menores no son descendientes directos al no existir vínculo de filiación, pero que sí pueden considerarse como “otro miembro de la familia” al entender que las relaciones afectivas que mantienen con sus tutores pueden encajar en el concepto de vida familiar, habida cuenta del tiempo que viven juntos, el nivel cualitativo de esas relaciones y el papel que los adultos adoptan frente a los menores. Es más, en virtud del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debe protegerse al individuo cuando el vínculo familiar resulte acreditado, permitiendo que tal vínculo se desarrolle y otorgando el nivel de protección jurídica que posibilite la integración de los menores en sus familias¹¹³. Conforme a esta doctrina parece evidente que, por una parte, no hay asimilación entre Kafala y adopción y, por otra, que ello no impide que se le reconozcan efectos jurídicos que permitan facilitar la integración del menor en la vida familiar. Este criterio, sin duda, resulta bastante significativo si nos cuestionamos el derecho a prestaciones de Seguridad Social de los tutores de menores sobre los que se ha constituido una Kafala judicial.

72. En lo que a la Administración se refiere, la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, establece, de forma explícita, que “*puede considerarse en España como un acogimiento familiar*”. Y ello fundamentalmente porque “*No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio*”, pero, a pesar de ello, cumple con una función similar al acogimiento por cuanto “*se produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral*”.

73. Por último, la doctrina tiende a considerar, en la gran mayoría de los casos, que la Kafala no puede identificarse con la adopción al no crear el vínculo jurídico de filiación¹¹⁴, apoyando varios autores su mayor cercanía con las funciones que cumple el acogimiento en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁵.

74. Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que hace falta la determinación, a nivel normativo, de los efectos de la Kafala, judicial o notarial, en materia de Seguridad Social, a nuestro juicio no equiparable a la adopción pues no crea vínculos de filiación y no puede poner en situación de mejor derecho a los menores tutelados por Kafala respecto a los que están en régimen de acogimiento preadoptivo o permanente. Dados los distintos criterios expuestos parece que su funcionamiento, aun no siendo idéntico, tiene similitudes con el acogimiento familiar y podría dar lugar a que se genere una situación de necesidad para los progenitores similar a la que dicha institución produce y que nuestro Sistema de Seguridad Social protege. Pero estas afirmaciones entendemos pueden aplicarse a la Kafala judicial, pues la Kafala notarial no nos parece que disponga de los medios de control suficientes para comprobar que los tutores estén cumpliendo sus funciones y sean, por ello, merecedores de prestaciones sociales en interés del mejor cuidado del menor.

¹¹³ Citando otras STEDH en las que se repite este criterio, por todas de 16 de diciembre de 2014 (asunto *ChbihiLoudoudi*).

¹¹⁴ Por todos, R.M. ALONSO GARCÍA, “Dos ejemplos de la difícil identidad de supuestos en unificación de doctrina: transexualidad y kafala”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 79, 2009, p. 70, I. REQUERA ALONSO, “Cuestiones jurídicas sobre la familia marroquí inmigrante en España”, ob.cit., p. 22 y A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La Kafala de Derecho Islámico: naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, ob.cit., p.823 y M. VIDAL GALLARDO, “La kafala del Derecho islámico como instrumento de protección del menor. STJUE de 26 de marzo de 2019”, ob.cit., p. 11. Sin embargo, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p.159, parece justificar su equiparación con la adopción a efectos del percibo de la pensión de orfandad.

¹¹⁵ R.M. ALONSO GARCÍA, *ibidem*, p. 70 y A. ORTEGA GIMÉNEZ, *ibidem*, p. 825.

3. Efectos en el derecho a prestaciones de Seguridad Social españolas

A) La previsión de la “Mudawana” marroquí

75. En primer lugar, y aun cuando no supone una norma aplicable dentro del territorio español, resulta interesante lo previsto en el Código de Familia marroquí sobre esta cuestión puesto que, como veremos, las resoluciones de los Tribunales otorgan efectos a esta institución en materia de Seguridad Social, aun sin contar con una regulación jurídica en ningún instrumento normativo de carácter nacional o internacional. En este sentido, establece que la persona que asume la Kafala (el kafil) se beneficiará de las indemnizaciones y los subsidios sociales concedidos por parte del Estado a los padres por sus hijos, los establecimientos públicos o privados o las colectividades locales o sus agrupaciones¹¹⁶, previsión que también está recogida en otros países islámicos¹¹⁷. De esta forma, incorpora una singular equiparación entre el makful y los hijos biológicos que, sin lugar a dudas, en el ámbito del derecho marroquí lleva a una plena asimilación del derecho a prestaciones sociales de los padres biológicos y de los kafils respecto de los menores a su cargo. A falta de mayor precisión, incluiría todas las prestaciones que allí puedan estar reguladas.

76. Ahora bien, lo que en ningún caso se puede deducir de este precepto es que al menor tutelado (makful) le vayan a corresponder, a “sensu contrario”, las prestaciones sociales a las que puedan causar derecho los hijos biológicos en el ordenamiento jurídico marroquí. Es decir, no les otorga tal norma derecho a lo que las normas españolas regulan como pensiones de orfandad o a cualquier subsidio de similar naturaleza que allí pueda establecerse¹¹⁸. Huelga decir, además, que el hecho de que exista tal previsión en el Código de Familia marroquí no vincula, en ningún sentido, al ordenamiento jurídico español, en cuyo ámbito se pueden articular las relaciones paterno-filiales a través de otras instituciones jurídicas. Cuestión distinta es que sirva para reforzar la necesidad de tutelar el interés superior del menor cuando la Kafala sale del ámbito territorial, jurídico, social y cultural en el cual tiene sentido, y apoyar su mayor cercanía a las finalidades del acogimiento español. Además, tampoco tendría porqué ser un criterio de interpretación válido para todo tipo de Kafalas constituidas al amparo de otros países islámicos.

B) La diversa interpretación de los Tribunales

77. Como ya se ha indicado anteriormente, ninguna norma, ni estatal ni de carácter internacional (como pueda ser un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social), tiene previsión alguna sobre los efectos que la Kafala va a tener en el reconocimiento de prestaciones del Sistema español de Seguridad Social, cuestión sobre la que sí existen diversos pronunciamientos judiciales.

78. Sin duda, tal situación crea un grave problema que afecta a la protección y seguridad jurídica de menores, y demanda una solución a nivel normativo que podría enfrentarse con el problema de definir claramente la naturaleza jurídica de la Kafala en nuestro ordenamiento jurídico. Y indicamos que constituye un problema porque, para un sistema normativo caracterizado por su carácter tuitivo y protector ante situaciones de desamparo como es el regulador del Sistema de Seguridad Social, no asimilar la Kafala a la adopción implica expulsar a los menores del derecho a las prestaciones que les pudiesen corresponder. Sin embargo, como ya se indicó anteriormente, no tiene por qué ser necesario el imponer una equiparación fija entre distintas instituciones a todos los efectos, lo importante es delimitar la situación de necesidad que produce en el ámbito de la Seguridad Social y establecer, de forma clara, las prestaciones en las que pueda tener efecto.

¹¹⁶ Art. 25.

¹¹⁷ Tal y como se deduce de la STJUE 26 de marzo de 2019 (asunto *SM*), pues así lo afirma en su considerando 27 respecto de la Kafala judicial argelina.

¹¹⁸ En este sentido, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, *ob.cit.*, p. 146.

79. Tal y como a continuación exponemos, existen dispares criterios judiciales sobre los efectos que la Kafala puede tener en el reconocimiento del derecho a diversas prestaciones, algunos de ellos con poco sentido y que, incluso, generan diferencias de trato no justificadas entre distintas instituciones como la Kafala y el acogimiento.

a) Efecto en la pensión de orfandad

80. En primer lugar, debemos tener en cuenta que, según la LGSS¹¹⁹, sólo pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad los “*hijos e hijas del causante o de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación*”. Por lo tanto, están excluidos del derecho a la misma los menores que no tengan vínculos de filiación con el causante la cual, conforme al art. 108 Código Civil, sólo se puede adquirir por naturaleza o por adopción.

81. Además, también debe recordarse que, según el propio Tribunal Supremo, no resulta discriminatoria esta diferencia de trato entre los hijos biológicos o adoptados y los menores que están en situación de acogimiento. En su sentencia de 3 de noviembre de 2004¹²⁰ argumenta, por una parte, que no puede mantenerse que sea contrario al principio de igualdad, pues lo que exige el respeto a tal principio es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, de modo que lo prohibido son las desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterio objetivo y razonado. En definitiva, la igualdad sólo queda violada si la desigualdad esta desprovista de una justificación objetiva y razonable. Por otra, que la naturaleza, constitución y efectos de ambas situaciones son distintas y su régimen regulador en el Código Civil también es diferente.

82. Sentadas estas premisas, y teniendo en cuenta la importancia de la filiación en el derecho a las pensiones de orfandad españolas, debemos analizar el contenido de las resoluciones de los Tribunales que otorgan el derecho a pensiones de orfandad a dos menores respecto de los cuales se había constituido una Kafala judicial. En realidad, la más importante es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 31 de enero de 2008¹²¹, pues la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009¹²² no admite el Recurso de casación para la unificación de doctrina que frente a dicha resolución interpone el INSS. Tomando como referencia la antes citada sentencia de 3 de noviembre de 2004, el Alto Tribunal considera que hay falta de contradicción al constituir situaciones diferentes la Kafala y el acogimiento de menores.

83. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve acerca de la solicitud de pensiones de orfandad de dos menores de nacionalidad marroquí, respecto de los cuales el sujeto causante, afiliada al Régimen Especial de Empleados de Hogar, había constituido una Kafala judicial en Marruecos. Dichos menores habían obtenido permiso de residencia por reagrupación familiar y, curiosamente, el marido de la causante tenía reconocido el derecho a pensión de viudedad en un porcentaje del 70%. Es decir, implícitamente el INSS previamente había dado efectos jurídicos a la Kafala para incrementar la cuantía de la pensión al kafil. Pero hay que tener en cuenta que la norma que reconoce este incremento, en caso de pensionistas con cargas familiares, entiende por tales a los hijos y menores acogidos que conviven con el beneficiario¹²³. En definitiva, en modo alguno el INSS había previamente reconocido efectos jurídicos a la Kafala que la equiparen a la adopción.

¹¹⁹ Art. 224.1.

¹²⁰ Rec. 2345/2003.

¹²¹ Rec. 2423/2007.

¹²² Rec. 957/2008.

¹²³ Art. 31.2 Decreto .3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad social y condiciones para el derecho a las mismas, BOE de 23 diciembre 1966.

84. Dicha sentencia trae causa del recurso de suplicación que el INSS plantea frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que reconoce el derecho a estos menores a las pensiones de orfandad fundamentado, sobre todo, en la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de una posible discriminación indirecta por razón de filiación, al no poder adoptarse a los menores en su país de origen. En este sentido, el juzgador consideró necesario procurar una equiparación de derechos para satisfacer las necesidades de los hijos a los que su Ley personal impide el acceso a la adopción, pues no deben sufrir peor situación económica familiar por el hecho de que no puedan adoptarles sus padres. Pero este argumento lo que no plantea es la diferencia de trato que produce respecto a los menores en situación de acogimiento legal, pues si no llegan a ser adoptados conforme a la aplicación de su Ley personal también quedan fuera del reconocimiento del derecho.

85. Por otra parte, también argumenta el juzgador que cabe dar esa interpretación a la LGSS al no incorporar una diferenciación expresa entre los hijos en relación a su filiación. No puede compartirse, en ningún caso, tal afirmación, puesto que dicha norma claramente limita el alcance de las pensiones de orfandad a los menores respecto de los cuales hay lazos de filiación, perfectamente acotados en el Código Civil. Es decir, esa falta de diferenciación en ningún caso alcanza a menores respecto de los cuales el vínculo de filiación no existe.

86. El recurso que plantea el INSS toma como referente en su argumentación, no la posible existencia de discriminación indirecta, sino el contenido de la analizada Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por lo que insiste en que la Kafala islámica no puede tener efectos equiparables a la adopción y que es más asimilable al acogimiento familiar. A partir de ahí, con base en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004 rechaza un razonamiento que pueda basarse en la posible desigualdad de trato de los menores.

87. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la sentencia de instancia reconociendo el derecho a la pensión de orfandad de los dos menores, pero con argumentos completamente diferentes, a nuestro juicio bastante cuestionables. Fundamentalmente el Tribunal se basa en tres postulados jurídicos, dos inicialmente válidos y uno cuya admisión resulta más complicada. Puede compartirse su defensa acerca de la inexistencia de discriminación indirecta. Y también su criterio de que no es posible hacer una equivalencia directa entre la Kafala y la adopción o el acogimiento, siendo lo razonable hacer una comparación entre las funciones sociales que la adopción y la Kafala cumplen para determinar si ambas pueden ser equiparables en cuanto situación de necesidad a proteger por nuestro Sistema de Seguridad Social. El problema lo encontramos en los fundamentos jurídicos sobre los que el segundo de estos postulados se sustenta.

88. Como tercer argumento, relacionado con el que consideramos el principal obstáculo en relación a la problemática analizada, el Tribunal afirma que la LGSS en el actual art. 224.1 no debe interpretarse de forma restrictiva, pudiendo entenderse incluido en el término “filiación” tanto la ilegítima como la alegal. En ningún caso nos parece que pueda realizarse tal interpretación, que deslegitimaría por completo el sentido de este precepto y que, incluso, podría llevar a integrar al acogimiento. Ni tampoco puede compartirse la afirmación del Tribunal en cuanto a que la exigencia de filiación puede valorarse como un requisito garantizador del compromiso asistencial. El legislador, claramente, ha querido limitar el derecho a pensiones de orfandad a menores con vínculo de filiación, entre otros motivos para proteger relaciones paterno-filiales que son jurídicamente permanentes y prácticamente irreversibles, independientemente de la edad que llegue a alcanzar el menor. Y ese término no puede interpretarse de otra manera que no sea conforme a lo que establece el Código Civil.

89. Efectivamente, como argumenta el Tribunal, la desigual protección en relación al acogimiento no afecta al principio de no discriminación ni al de igualdad, pues se conciben como situaciones claramente diferenciadas en el Código Civil y no comparables en términos de igualdad.

90. Tampoco pueden compartirse sus afirmaciones relativas a la asimilación de funciones sociales entre Kafala y adopción, según él “*con la misma extensión asistencial*”, lo que le lleva, incluso, a aseverar que denegar el derecho a las pensiones de orfandad vulnera la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al establecer el derecho de los extranjeros a acceder al Sistema de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles¹²⁴. Y ello en base a las consideraciones que procedemos a exponer.

91. En primer lugar, se afirma que el compromiso de garantía asistencial es menos intenso en el acogimiento, entre otros datos porque su extinción no se condiciona a una anulación judicial y puede solicitarse por las personas que tienen acogido al menor, aspectos no recogidos en la regulación de la Kafala marroquí. Efectivamente la doctrina ya ha puesto de manifiesto que la función social de la Kafala resulta más cercana a la configuración de la adopción que a la del acogimiento¹²⁵, pero eso no implica, en ningún caso, que ambas instituciones den lugar a idéntica situación de necesidad. Entre otros aspectos a tener también en cuenta, pero que ha obviado el Tribunal, la adopción no tiene como causa de extinción el cumplimiento de la mayoría de edad, porque crea un vínculo definitivo de filiación, y sí es causa para la Kafala marroquí¹²⁶, cuestión que no es irrelevante teniendo en cuenta que las pensiones de orfandad pueden seguir percibiéndose más allá del cumplimiento de la mayoría de edad del beneficiario¹²⁷. Y también ha obviado que la Kafala puede extinguirse por incapacidad de la mujer encargada y, sobre todo, que permite que los padres del menor abandonado puedan recuperar su tutela por decisión judicial¹²⁸. Es decir, que no existe una identidad de situaciones que permita extrapolar todo el régimen jurídico de las pensiones de orfandad a los menores en situación de Kafala. Por tanto, si se quiere ampliar el número de sujetos protegidos por la pensión de orfandad entendemos que también habría que incluir a los menores acogidos, pues igualmente los tutores asumen las funciones propias de la patria potestad respecto del menor y supondría una desigualdad de trato no justificable que quedaran excluidos, sólo por serles aplicable el ordenamiento jurídico español.

92. Ciertamente hay una situación que puede distorsionar la posición jurídica de los menores sobre los que se constituye la Kafala y que la hace diferir de la protección que reciben los que están acogidos, cual es la inicial imposibilidad de que puedan ser adoptados, salvo que el menor se encuentre en situación de desamparo, conforme a lo previsto en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional¹²⁹, cuestión sobre la que hay controversia a nivel judicial¹³⁰. Por lo tanto, no se puede afirmar categóricamente que estos menores no puedan ser adoptados, citando, como ejemplo, la resolución de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de junio de 2016¹³¹, en la cual se admite la adopción del menores sobre el que se constituyó Kafala judicial dado que estuvo tutelado desde su nacimiento por una institución benéfica marroquí hasta que fue entregado a los kafils.

93. En segundo lugar, el Tribunal se apoya en la ya analizada previsión del art. 22 Ley 15-01 sobre el derecho de los tutores a las indemnizaciones y subsidios que, como ya indicamos, no tiene previsto que el menor también reciba las prestaciones que le pudiesen corresponder en cuanto hijo biológico o adoptivo.

¹²⁴ Arts. 10.1 y 14.1 LGSS.

¹²⁵ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p.154.

¹²⁶ Art. 25 Ley 15-01.

¹²⁷ Art. 224.2, puede llegar a los 25 años salvo incapacidad del menor, que no tiene límite de edad. J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “La kafala y las prestaciones de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, 2014, pone de manifiesto la disfunción que se produce, a su juicio de carácter accesorio.

¹²⁸ Art. 29 Ley 15-01.

¹²⁹ Art. 19.4: “*En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública*”, añadido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE de 28 julio 2015. Sobre el particular, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “La Kafala, ni es adopción, ni puede llegar serlo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, 2016, p. 248, que indica que el derecho francés la admite si ha nacido o reside en Francia habitualmente.

¹³⁰ Sobre ella, M. MARCHAL ESCALONA, “La kafala islámica: problemática y efectos”, ob.cit., p. 264.

¹³¹ Nº 484/16.

94. Por último, teniendo en cuenta que la Kafala no crea vínculos de filiación, y eso es indiscutible, no es posible afirmar que la denegación de la pensión de orfandad pueda suponer la vulneración de la Ley 4/2000, puesto que los menores podrán tener derecho a las prestaciones de Seguridad Social que pueda generar su concreta situación jurídica, no a todas las previstas sin más. Eso sí, es a todas luces deseable que, como ya hemos venido reiterando, el legislador determine, de forma concreta, qué efectos debe generar la Kafala en el ordenamiento jurídico-laboral para permitir la mejor protección del interés superior del menor. Pero ello sin crear situaciones no justificadas de sobreprotección frente a otras instituciones que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

95. En conclusión, ni puede afirmarse que exista una equivalencia jurídica entre la Kafala y la adopción en cuanto a la situación de necesidad que generan conforme a sus correspondientes regulaciones, ni cabe afirmar que el art. 224 LGSS se pueda interpretar de manera que incluya la protección de menores no ligados por vínculos de filiación respecto del causante¹³², ni creemos existan argumentos jurídicos suficientes como para dar mayor protección social a los menores en situación de Kafala respecto de los que están en situación de acogimiento legal¹³³. Hay que tener en cuenta, además, que todo lo expuesto se refiere a un supuesto de Kafala judicial, por lo que, en ningún caso, tal doctrina podría extrapolarse para justificar el derecho a pensión en casos de Kafala notarial.

96. Cierto es que no es ajeno al Derecho de la Seguridad Social el reconocimiento de prestaciones relacionadas con el cuidado de menores cuando la situación determinante no está legitimada por nuestro ordenamiento jurídico, caso de la gestación subrogada¹³⁴. Pero, en tal supuesto, la situación de necesidad creada sí podemos afirmar que tiene el mismo alcance en comparación con la maternidad biológica y que es necesario proteger el interés del menor desde la perspectiva de facilitar su atención y cuidado¹³⁵.

b) Efecto en las prestaciones y subvenciones por nacimiento y cuidado del menor

97. Estas prestaciones tienen distinta finalidad respecto a la pensión de orfandad, pues se reconocen, no al menor, sino a las personas a cuyo cargo están para posibilitar su atención y cuidado mediante la suspensión de su relación contractual y el correspondiente percibo de una prestación económica, en clara conexión con las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar. Difieren, de forma sustancial, respecto a lo indicado para las pensiones de orfandad, puesto que en la LGSS se consideran situaciones protegidas “*el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar*”¹³⁶. Es decir, se pueden beneficiar tanto los progenitores, como los adoptantes y tutores de menores en situación de guarda o acogida legal. Vislumbramos así que el encaje de la situación de necesidad creada por la constitución de una Kafala resulta claramente asimilable con la que la norma pretende proteger, por su ya analizada similitud con las funciones de la adopción y los efectos jurídicos del acogimiento familiar. Además, aquí sí que debe valorarse el interés superior del menor y la necesidad de permitir a los kafils que puedan disponer del tiempo necesario para su cuidado.

98. Desde esta óptica, compartimos, el criterio sustentado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, manifestado en sentencia de 26 de junio de 2019¹³⁷, que reconoce el derecho a prestación por maternidad al kafil de un menor nacional de Marruecos, sobre el que se había constituido en dicho

¹³² En este sentido, M.G. QUINTERO LIMA, “Globalización y Seguridad Social: sentencias sobre kafala y pensión de orfandad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 17, 2008, p. 17.

¹³³ En sentido contrario, M. MARCHAL ESCALONA, “La kafala islámica: problemática y efectos”, *ob.cit.*, p. 268, que está a favor del reconocimiento en términos de justicia material.

¹³⁴ STS 19 de octubre de 2016, rec. 1650/2015.

¹³⁵ M.J. CERVILLA GARZÓN, “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2017.

¹³⁶ Art. 177.

¹³⁷ Rec. 1960/2019.

país una Kafala judicial. Dicha sentencia trae causa del recurso de suplicación que el INSS plantea frente a la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 23 de julio de 2018, pero por una cuestión no de fondo sino meramente formal. Así, el INSS entiende que no puede reconocerse el derecho a prestación porque, para equiparar la Kafala al acogimiento con plenas garantías, debe solicitarse del órgano competente de la administración autonómica que conforme o indique si puede considerarse válidamente constituida, según lo dispuesto en un citado criterio del INSS 77/2003-04¹³⁸. En el supuesto planteado faltaba tal declaración de idoneidad.

99. El Tribunal se centra, fundamentalmente, en tres argumentaciones para rechazar el criterio del INSS. En primer lugar, reitera la no asimilación de la Kafala a la adopción, al no producir vínculo de filiación, y su equiparación al acogimiento (o, en su caso, incluso la tutela). Y ello en base al ya citado criterio de la Dirección General de Registros y Notariado y a lo previsto en el art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

100. En segundo lugar, rechaza asimilar la situación de hecho valorada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 3 de octubre de 2018, en relación a las prestaciones no contributivas (que analizamos en el siguiente epígrafe), por plantearse en ella la problemática respecto de una Kafala no judicial, sino notarial o voluntaria.

101. Por último, a su juicio los requisitos exigibles para realizar la equiparación son los determinados por la Ley 54/2007¹³⁹, considerándolos cumplidos pues son básicamente los siguientes:

- Que los efectos sustanciales sean equivalentes a los del acogimiento o la tutela.
- Que la institución haya sido acordada por autoridad extranjera competente, judicial o administrativa.
- Que los efectos no vulneren el orden público español atendiendo al interés superior del menor.
- Que el documento reúna los requisitos formales de autenticidad, consistentes en legalización o apostilla y en la traducción al idioma español.

102. En conclusión, en esta resolución directamente se acude a la asimilación entre Kafala y acogimiento, y se refuerza la validez de la Kafala judicial frente a la notarial o voluntaria para el reconocimiento de prestaciones sociales.

103. En este orden de cosas, lo que carece de sentido es el criterio manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 20 de diciembre de 2013¹⁴⁰, que resuelve sobre la solicitud de subvenciones por nacimiento o adopción reguladas por Comunidades Autónomas como ésta. Además, el supuesto de hecho planteado en dicha resolución también parte de la constitución de una Kafala judicial, y tiene su origen en la denegación de la subvención al kafil por no estar el menor inscrito en el Libro de Familia, que confirma dicha sentencia.

104. Y manifestamos que no tiene sentido porque la Ley que regula la concesión de tales ayudas, cual es la 1/2007, de 7 de marzo, de Medidas de Apoyo a las Familias de la Comunidad de Castilla y León¹⁴¹, recoge un concepto amplio de familia destinataria al entender por tales “*los grupos de convivencia de dos o más personas unidas por razón de matrimonio parentesco, adopción, tutela y acogimiento*”¹⁴². Es decir, coincide con los posibles beneficiarios de las prestaciones por nacimiento y

¹³⁸ RJ 25/2012, de 3 de abril.

¹³⁹ Pues la propia Administración emite informe rechazando tener competencia para emitir informes de idoneidad, porque no se trata de adopción sino de acogimiento.

¹⁴⁰ Rec. 1077/2010, recogido también en sentencia 11 de mayo de 2015, rec. 35/2012.

¹⁴¹ BOE 29 marzo 2007.

¹⁴² Art. 2.

cuidado del menor en los términos analizados, y de la misma manera y por los mismos motivos debería ser reconocida.

105. Ciertamente, las Bases reguladoras específicas de la convocatoria de tales subvenciones, previstas en la Orden FAM/112/2009, de 20 de enero, delimitan de forma más restrictiva los requisitos de los beneficiarios, pues exige que conste la adopción o el nacimiento del menor en el Libro de Familia. Pero, por aplicación del principio de jerarquía normativa, sin duda debe prevalecer el concepto de familia de la Ley 1/2007 que es el que, por otra parte, permite equiparar criterios entre distintas normas jurídicas y dar coherencia al reconocimiento de beneficios sociales de los kafils en el caso de Kafalas constituidas en la modalidad judicial.

c) Efecto en las prestaciones no contributivas

106. Una de las prestaciones no contributivas, relacionadas con el nacimiento o cuidado de menores, es la prevista en los arts. 181 y ss. LGSS para las trabajadoras que, en caso de parto, no reúnan el periodo mínimo cotizado para poder solicitar la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Obviamente la situación de hecho protegida, limitada a la maternidad biológica, no alcanza a la que da origen la constitución de la Kafala y, por lo tanto, no tiene sentido plantear un posible reconocimiento del derecho a la misma a las mujeres kafils.

107. Por otra parte, los arts. 351 y ss. LGSS regulan las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva, siendo una de ellas, conforme su apartado a) “*Una asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años de edad y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento, o mayor de dicha edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, que cumplan los mismos requisitos*”. Según el art. 352.1 b) de dicha norma, tiene derecho a dicha asignación quienes “*Tengan a su cargo hijos o menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción*” si residen en territorio español.

108. También hay que tener en consideración que para solicitar el Ingreso Mínimo Vital, prestación no contributiva por excelencia, conforme a la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, pueden ser titulares las personas integradas en una unidad de convivencia, entendiéndose por tal “*la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente*”¹⁴³, en cuyo caso “*deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayores de edad o menores emancipados en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente o huérfanos absolutos cuando sean los únicos miembros de la unidad de convivencia y ninguno de ellos alcance la edad de 23 años*”¹⁴⁴.

109. La única sentencia que alude al posible derecho de los kafils a estas prestaciones entendemos se refiere a la posibilidad contemplada en los arts. 351 y ss (aun cuando alude al art. 181 y ss, no tiene sentido en el contexto de la sentencia al indicarse claramente que lo solicitado es la asignación no contributiva por hijo a cargo) pero, visto lo que indica la Ley reguladora del Ingreso Mínimo Vital, sus argumentaciones podrían ser extensibles a esta prestación. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de octubre de 2017¹⁴⁵, que trae causa de la denegación por parte

¹⁴³ Art. 6.1.

¹⁴⁴ Art. 5.2.

¹⁴⁵ Rec. 3666/2017.

del INSS de la prestación no contributiva por hijo a cargo a la tía de un menor sobre el que se había constituido una Kafala notarial en Argel. El Tribunal deniega el derecho a la prestación porque considera que para poder tener efectos en materia de Seguridad Social debe ser una Kafala judicial.

110. A su juicio la Kafala puede equipararse al acogimiento si ha intervenido una autoridad judicial o administrativa, no siendo posible con la mera manifestación de los padres de conferir la tutela de su hijo, sin comprobación del estado de desamparo en el que se pueda encontrar. Afirma el Tribunal que, para que el acogimiento surta efectos en nuestro derecho, estará sometido al control de una autoridad pública, y así es conforme a lo previsto en el art. 174.1 Código Civil¹⁴⁶. Y ello aun cuando se le haya renovado la residencia temporal por reagrupación familiar, que por sí sola no considera que constituya base legal para el reconocimiento de prestaciones sociales.

111. Nos parece evidente que, estando integrado el acogimiento como situación protegida, y haciendo extrapolable la doctrina analizada en relación a la prestación por nacimiento y cuidado del menor, idéntico criterio debe seguirse en relación a estas prestaciones en cuanto a posibilitar su reconocimiento a los kafils. Pero el factor diferenciador que aquí se introduce consiste en la denegación de efectos a la Kafala notarial en el ámbito del Sistema de Seguridad Social, cuestión que no formaba parte del supuesto de hecho que resolvían las sentencias antes analizadas. En este sentido, entendemos que los argumentos del Tribunal deben ser aceptados y, en cualquier caso, deberían ser seguidos como criterio único para todas las prestaciones del Sistema, pues no tendría sentido no darle efectos para las prestaciones no contributivas, pero sí en otras como el nacimiento y cuidado del menor.

112. En definitiva, si la Kafala es se corresponde con la judicial, para las prestaciones no contributivas indicadas debe seguirse el mismo criterio aplicado a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, admitiéndose el reconocimiento a los kafils. A “sensu contrario”, en caso de Kafala notarial la falta de garantías y control sobre la misma debería impedir tal reconocimiento, en términos generales.

d) Efecto en la prestación por desempleo

113. El art. 270.3 LGSS contempla el incremento de la cuantía máxima y mínima de la prestación contributiva por desempleo si el desempleado tiene hijos a cargo¹⁴⁷, siendo posible, en tal caso, percibir un importe superior. Pero el precepto no realiza ninguna precisión sobre el alcance que el concepto “hijo a cargo” deba tener, como sí hace para las prestaciones no contributivas.

114. Teniendo este incremento el mismo sentido y finalidad que las asignaciones por hijo a cargo no contributivas, cual es el de reconocer que la situación de necesidad es mayor en las unidades familiares cuando en éstas hay que subvenir las necesidades básicas de menores a cargo, no tendría ninguna lógica limitar el reconocimiento de este incremento a los desempleados que tengan hijos biológicos o en adopción¹⁴⁸. Es más, el subsidio por desempleo del nivel asistencial, que se reconoce por responsabilidades familiares en el art. 274.1 a) LGSS, amplía tal concepto a “*hijos menores de 26 años o mayores*

¹⁴⁶ “Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección”.

¹⁴⁷ “La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía será, respectivamente, de 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador. La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por 100 o del 80 por 100 del indicador público en rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo”.

¹⁴⁸ Sobre la necesaria equiparación. J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “La kafala y las prestaciones de Seguridad Social”, ob.cit. E. BLÁZQUEZ AGUDO. *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Jurúa, 2016, p. 67, también alude a la extensión del concepto de hijo a cargo a hijos acogidos o tutelados, a estos efectos. Sin embargo, no está clara esta cuestión en la doctrina judicial, pues el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 13 de enero de 1998, rec.4386/1997, aboga por una interpretación restrictiva del concepto y excluye a los nietos respecto de los cuales se tiene la guarda y custodia.

*incapacitados, o menores acogidos*¹⁴⁹. En relación a este nivel, por lo tanto, no caben dudas respecto a la incidencia de la Kafala en sentido positivo.

115. En referencia a la prestación contributiva, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 20 de septiembre de 2016, resuelve acerca de la solicitud de reconocimiento de su incremento por parte de una desempleada que tenía a su cargo un menor sobre el que se había constituido una Kafala notarial. Curiosamente, en este caso el Tribunal no entra a valorar su incidencia en el incremento de la prestación, considerándose no competente para hacer un pronunciamiento general sobre el valor jurídico y los efectos civiles de la Kafala, que como hemos visto sí se ha venido haciendo respecto a otras muchas prestaciones. Esta es la caótica situación que genera el hecho de no contar la resolución de esta problemática con ninguna referencia normativa.

116. Aplicando los criterios anteriormente expuestos, en el supuesto planteado, dado que se trata de una Kafala notarial, debería denegarse el derecho al incremento de la prestación como así hizo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 3 de octubre de 2017. Si hubiese sido judicial, habría que otorgarle efectos jurídicos respecto de los hijos tutelados, unificando el criterio mantenido en relación a otras prestaciones.

V. A modo de conclusiones

117. En general, se puede apreciar un considerable déficit normativo en el establecimiento de reglas de coordinación entre las legislaciones sociales de los países islámicos con la española, siendo los más beneficiados Marruecos y Túnez y, en menor medida, Argelia. Ello perjudica a los sujetos que profesan la religión islámica y que prestan servicios en Estados musulmanes y en España. Como una solución parcial debería avanzarse en la negociación de un Convenio multilateral de Seguridad Social entre los países euromediterráneos y la Unión Europea.

118. El Convenio de Seguridad Social suscrito con Túnez debe tomarse como referencia para el planteamiento de una eventual y necesaria actualización del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social, en lo que a los trabajadores incluidos se refiere. Así, debe superarse la exclusión de su ámbito de aplicación de colectivos como los funcionarios públicos.

119. La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (asunto *Gottardo*) conduce a que puedan quedar incluidos en el ámbito de aplicación de los Convenios con Túnez y Marruecos nacionales de otros Estados miembros.

120. Los Convenios de Seguridad Social suscritos con Marruecos y con Túnez deben actualizarse y mejorar su cobertura en cuanto al número de prestaciones coordinadas, evitando así el perjuicio que se causa a los trabajadores inmigrantes de tales países musulmanes. Así, quedan actualmente excluidas la protección por desempleo, cese de actividad, cuidado de menores con enfermedad grave y el nivel no contributivo. Además, sólo se menciona la protección por maternidad y no la actual prestación por nacimiento y cuidado del menor.

121. Debe solucionarse la situación actual de los trabajadores transfronterizos que cotizan sin poder exportar la prestación por desempleo, problema que afectará, en gran medida, a los nacionales marroquíes que trabajan en Ceuta y Melilla.

122. Los Acuerdos Euromediterráneos de asociación entre la Unión Europea y Marruecos, Túnez y Argelia, no han supuesto una considerable mejora en relación a los derechos sociales de los traba-

¹⁴⁹ Art. 275.3 LGSS. Expresamente incluye a los menores acogidos la STS, 5 de diciembre de 2008, rec. 2548/2006, incluso a los menores en situación de tutela judicial la STSJ Cataluña, 13 de mayo de 2015, rec. 1386/2015.

jadores migrantes, por su limitado alcance en materia de acción protectora y la ausencia del desarrollo de las modalidades de cooperación que en ellos mismos se prevé. El resto de los países islámicos, además, carece de Acuerdos negociados con la Unión Europea, con el consiguiente perjuicio para sus nacionales si emigran a prestar servicios al territorio español.

123. Sigue siendo necesario demandar que se regulen los efectos del matrimonio poligámico en las prestaciones sociales, pues el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, aun estando configurado como válido para todo planteamiento, no se plasma en todas las resoluciones judiciales. Además, tal y como están indicando los Tribunales, el cambio de nacionalidad de los sujetos causantes o beneficiarios de la pensión de viudedad, posterior al fallecimiento del causante, no impide que dicha doctrina se pueda seguir aplicando.

124. El criterio de repartir la pensión de viudedad entre todas las posibles beneficiarias tiene como efecto el planteamiento de problemas jurídicos todavía pendientes de resolver, pues no se han suscitado ante los Tribunales. Así sucede, singularmente, con la posible concurrencia de dos pensiones íntegras de viudedad en un mismo beneficiario, situación admisible desde la óptica de la aplicación del principio de contributividad y de la inaplicabilidad al caso del principio de pensión única. Sin embargo, con ello se crea una situación privilegiada y no acorde al sustrato humanizador y protector que sostiene el criterio del Tribunal Supremo en relación al reparto de la pensión.

125. No debe intentarse buscar una total equiparación entre la Kafala y la adopción o el acogimiento a efectos de Seguridad Social, pues ninguna de estas instituciones resulta lo suficientemente versátil como para dar respuestas a sus diferentes conformaciones. Lo que debe hacerse es determinar si esta institución puede dar lugar a una situación de necesidad equiparable a las protegidas por nuestro Sistema, sin crear diferencias de trato injustificadas respecto a otras situaciones no protegidas. Es más, el hecho de que no pueda ser directamente asimilable a la adopción no debe impedir que se le puedan reconocer efectos jurídicos que permitan facilitar la integración del menor en la vida familiar.

126. La Kafala notarial no debe producir efectos en el reconocimiento de prestaciones sociales, habida cuenta de la ausencia de medios de control sobre la función de los tutores del menor.

127. Debe precisarse, a nivel normativo, el efecto que la Kafala judicial va a producir en el reconocimiento de prestaciones sociales, pues no puede mantenerse la actual situación de inseguridad jurídica que provoca el dispar criterio de los Tribunales. Así como la poligamia tiene efectos reconocidos en un convenio bilateral, los de esta institución deben delimitarse en una norma internacional o, a falta de ella, en nuestro derecho interno.

128. En relación a los admitidos efectos de la Kafala para el reconocimiento de pensiones de orfandad, a nuestro juicio no cabe afirmar que el art. 224 LGSS se pueda interpretar de manera que incluya la protección de menores no ligados por vínculos de filiación respecto del causante, ni que existan argumentos jurídicos suficientes como para dar mayor protección social a los menores en situación de Kafala respecto de los que están en situación de acogimiento legal.

129. En relación a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, compartimos el criterio de los Tribunales en cuanto a su reconocimiento a los kafils cuando se ha constituido una Kafala judicial, por cuanto estas prestaciones sí integran la protección de las situaciones de acogimiento y dada la similar situación de necesidad que se produce respecto a ella. Tal criterio entendemos debe extenderse a todos subsidios que se reconozcan para proteger esta situación.

130. En relación a las prestaciones no contributivas, consideramos que, si la Kafala es judicial, debe seguirse el mismo criterio aplicado a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, admitiéndose el reconocimiento a los kafils. E igualmente en el caso de las solicitudes de incremento de la prestación contributiva por desempleo, por tener hijo a cargo.