

**BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE**

Referencia: NFC050548

DGT: 11-03-2014

N.º CONSULTA VINCULANTE: V0664/2014

**SUMARIO:**

**IRPF. Mínimo personal y familiar. Mínimo por descendientes.** La *Kafala* es una institución propia del mundo islámico por la que una persona adquiere la obligación y el compromiso de hacerse cargo de un menor, de la misma manera que un padre lo haría para con un hijo. En ningún caso la *Kafala* debidamente constituida producirá vínculos de filiación entre las partes, se equipará a una situación de acogimiento permanente, pudiendo llegar a asimilarse, según el supuesto, a una tutela, todo ello siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en el art. 34 Ley 54/2007 (Adopción internacional). Teniendo en cuenta que tanto el acogimiento permanente como la tutela son instituciones que generan derecho al mínimo por descendientes, en la medida en que se cumpla el resto de requisitos contenido en el art. 58 Ley 35/2006 (Ley IRPF), se tendrá derecho a la aplicación del mínimo por descendientes a efectos de calcular el tipo de retención aplicable sobre las retribuciones satisfechas al empleado.

**PRECEPTOS:**

Ley 35/2006 (Ley IRPF), art. 58.

Ley 54/2007 (Adopción internacional), art. 34.

Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2006.

**Descripción sucinta de los hechos:**

La consultante cuenta en su plantilla con un trabajador al que, junto con su esposa, le ha sido entregado un menor en régimen de "kafala".

**Cuestión planteada:**

Aplicación del mínimo por descendientes en el IRPF respecto de menores cuyo vínculo deriva de la constitución de la denominada "Kafala", a efectos de determinar el tipo de retención aplicable.

**Contestación:**

Como cuestión de principio se hace preciso señalar que la "Kafala" es una institución propia del mundo islámico por la que una persona denominada "Kafil" adquiere la obligación y el compromiso de hacerse cargo de un menor, denominado "Makful", de la misma manera que un padre lo haría para con un hijo.

Aun cuando su configuración concreta varía en función del país en el que se constituye, no hay duda alguna de que se trata de una medida de protección del menor, así reconocida en el Convenio sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 en el marco de las Naciones Unidas (artículo 20.3) o en 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.

En concreto, en el caso marroquí, su regulación se encuentra en la Ley nº 15-01, relativa a la Kafala de los menores abandonados, cuyo artículo 2 la define como «el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo».

Al respecto, debe diferenciarse la "Kafala" constituida respecto de un menor abandonado (huérfanos, niños con afiliación desconocida o conocida pero cuyos progenitores no pueden atender) que exige una declaración judicial previa de abandono y un procedimiento de un Juez de Tutelas para su constitución, de la "Kafala" constituida respecto de otros niños no abandonados, a favor normalmente de familiares, que no exige prácticamente procedimiento alguno ni intervención judicial.

Pues bien, este informe se centra en analizar exclusivamente la "Kafala" señalada en primer término.

Para entender mejor esta figura conviene señalar que, como consecuencia de su constitución, el "Kafil" queda obligado a la manutención, educación, guarda y protección del menor hasta que alcance la mayoría de edad, pudiendo establecerse en el extranjero con la debida autorización del Juez Tutelar.

Por último, debe indicarse que en ningún caso la "Kafala" debidamente constituida producirá vínculos de filiación entre las partes, al encontrarse la adopción prohibida en la generalidad de países del Magreb.

En efecto, tal y como se ha señalado en la Resolución de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la "Kafala" «...del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea vínculo de filiación...», por lo que, en consecuencia, como antes se manifestó no resulta asimilable a la adopción.

No obstante lo anterior, conviene traer a colación el artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE de 29 de diciembre), que establece los efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras, señalando en concreto que:

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

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

2º. Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si se respetaron los foros de competencia recogidos en su propio Derecho.

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

3º. Que la institución de protección extranjera debe haberse constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución.

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

2. En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera relativa a estas instituciones si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.»

En consecuencia, cumpliendo tales requisitos, y dadas las características de la "kafala" objeto de esta consulta (constituida en Marruecos mediante una resolución judicial, traducida al idioma español, con la debida legalización o apostilla por el Consulado o la Embajada de España en Marruecos) debe indicarse que como mínimo debe ser equiparable a una situación de acogimiento permanente, pudiendo llegar a asimilarse, según el supuesto, a una tutela.

De forma parecida se ha manifestado la Instrucción DGI/SGRJ/06/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la cual considera que en casos como este, en el que la "kafala" no ha sido constituida «por los padres biológicos del niño (por no estar éstos determinados, ser huérfano el menor, o haber sido éste declarado abandonado por la Autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español o el extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa... En estos casos, se considerará al ciudadano español o extranjero residente en España representante legal del menor extranjero...».

En definitiva, teniendo en cuenta que tanto el acogimiento permanente como la tutela son instituciones que generan derecho al mínimo por descendientes, en la medida en que se cumpla el resto de requisitos contenido en el artículo 58 de la LIRPF, se tendrá derecho a la aplicación del mínimo por descendientes a efectos de calcular el tipo de retención aplicable sobre las retribuciones satisfechas al empleado de la consultante.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.