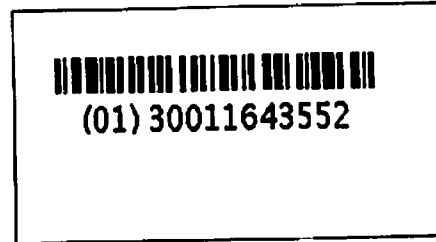




Tribunal Superior de Justicia de Madrid -
Sección nº 01 de lo Contencioso-Administrativo
C/ General Castaños, 1 - 28004

NIG: 28.079.33.3-2010/0158459
Procedimiento Ordinario 1069/2010



Att. [Redacted]
De: Félix
Notif.: 26/10/11.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

D./Dña. [Redacted]
PROCURADOR D./Dña. FELIX GUADALUPE MARTIN

ILUSTRE COLEGIO ABOGADOS DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
SENTENCIA Nº 835/2011 25 OCT 2011	26 OCT 2011
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

Presidente:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

Magistrados:

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D./Dña. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ

D./Dña. ALFREDO ROLDÁN HERRERO

En la Villa de Madrid a veintitrés de septiembre de dos mil once

Vistos los autos del recurso número 1069/10 que ante esta Sala ha promovido el procurador Sr. Guadalupe Martín, en nombre de [Redacted] sobre visado. Ha sido parte la Administración General del Estado representada por el Sr. Abogado del Estado. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Alfredo Roldán Herrero.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Ante los Juzgados y por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 17-9-2010, acordándose su admisión en fecha 24-09-2010 con todo lo demás procedente en derecho.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó demanda mediante escrito presentado en fecha 22-12-10, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho oportunos, suplicó la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 24-2-2011 en el cual suplicó la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de fecha 25-2-11, se propuso por la parte actora la documental, admitiéndose con el resultado que obra en autos y en su caso se analizará.

QUINTO.- Dado traslado a las partes para conclusiones, formalizaron sus escritos ratificando sus pedimentos. Se señaló para votación y fallo día 22 de septiembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugnan en el presente recurso contencioso-administrativo resolución del Consulado en Guayaquil de fecha 9-6-10, confirmada en fecha 19-7-10, que denegó a la natural ecuatoriana [REDACTED] visado de reagrupación en régimen comunitario con su tía nacional española y aquí recurrente D^a [REDACTED] Manrique.

SEGUNDO.- La resolución denegó el visado por tener dudas acerca de la legalidad del documento que confiere a la reagrupante la representación legal.

TERCERO.- Nos encontramos con una menor nacida en 1993 y cuya madre falleció del parto. Desde su nacimiento ha vivido con los abuelos maternos pues el padre se alejó y vive en otra población sin que conste que se haya ocupado de su hija. Por sentencia de 29-10-09 se priva al padre de la patria potestad y se encomienda a su tía aquí residente.

CUARTO . Tanto de la resolución como del informe consular se desprende desconfianza porque, se dice, la reagrupante solo se ha ocupado de su sobrina cuando iba a llegar a la edad laboral y viene a decir, sin explicitarlo como es natural, que pudiera tratarse de un “montaje”. En todo caso, y tal y como está redactada la resolución, hemos de valorar la legalidad de lo actuado judicialmente allí y vemos que ante los Tribunales competentes se siguieron dos procedimientos, uno encaminado a proveer la tutoría de la menor y un segundo, a instancia de la tutora designada para privación de la patria potestad al padre. En uno y otro se intentó oír al padre ausente produciéndose un mínimo de seis citaciones domiciliarias sin que compareciese, por lo que fue declarado expresamente en rebeldía.

Se oyó a la tutora y a la propia interesada en razón de su juicio y se resolvió en la forma ya dicha. En resumen, que se han observado al parecer todas las garantías procedimentales y de defensa, constando en autos y expediente la totalidad de las actuaciones judiciales que hemos estudiado al detalle. Incluso aparece solicitado dictamen del Ministerio Fiscal cuya oficina manifestó carecer de intervención en estos procedimientos. También fue oída la Asistente Social quien opinó favorablemente.

QUINTO.- Así las cosas, el art. 3-2-a de la Directiva 2004/38/CE considera beneficiario del derecho a entrar y residir a cualquier miembro de la familia que no sea cónyuge, pareja de hecho, descendiente directo; cuando por motivos graves (aunque se dice de salud tan solo) sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal de su familiar. Ya acabamos de decir que esos “motivos graves” se refieren a la salud, pero aquí estamos ante un caso de asunción de patria potestad que equipara al afectado a los hijos propios con todos los derechos y deberes inherentes a ello y de ahí que el art. 17-1-c de la LO 4/00,

después de hablar en el apartado anterior de los hijos biológicos, se refiera a “ los menores de 18 años” cuando el residente reagrupante sea su representante legal por documento bastante conforme al ordenamiento español, de manera que el estado de salud se refiere solamente a los mayores de dicha edad.

SEXTO.- Realmente el Consulado tan solo cuestiona no la existencia teórica del derecho, sino concretamente la legitimación de la reagrupante por supuestas dudas (que no concreta) acerca del medio, modo y forma en que se le confirió no ya la guardia y custodia sino el máximo, la patria potestad de que se priva al padre. Nosotros no tenemos razones para albergar esas reticencias. Todo el procedimiento se inició en 2007 ante los Tribunales ecuatorianos y concluyó en 2009 dando por probado el Juzgado que la menor estaba realmente abandonada por su padre y que el interés de la misma hacía más aconsejable conferir la patria potestad a la tía materna y no a los abuelos residentes en Ecuador y ya mayores.

SEPTIMO.- Procede por lo expuesto acoger en lo esencial la. Pretensión aquí deducida pero no como derecho a reagrupación, término que el RD 240/07 no utiliza para residentes comunitarios, sino tan solo en cuanto a reconocer el derecho a un visado de entrada y una vez aquí tramitar la residencia conforme a los arts 8 y 9 del citado Real Decreto.

OCTAVO. No existen razones para una expresa condena en costas. En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos anular y anulamos la resolución recurrida, reconociendo el derecho de la solicitante a la obtención de un visado de entrada para la posterior tramitación de la autorización de residencia en los términos dichos en el precedente Sexto, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días, contados desde



el siguiente al de la notificación esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recursos, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Madrid