

Roj: **STS 5959/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5959**Id Cendoj: **28079130052010100439**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **11/11/2010**Nº de Recurso: **5236/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 9735/2007,**
STS 5959/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación que, con el número 5236 de 2007, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña María Jesús Jaén Jiménez, en nombre y representación de Don Adolfo , contra la sentencia dictada, con fecha 25 de julio de 2007, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo número 2511 de 2004 , sostenido por la representación procesal de Don Adolfo contra la resolución del Cónsul General de España en Rabat, de fecha 18 de marzo de 2004, por la que se denegó el **visado**, por reagrupación familiar, a la niña de cuatro años Apolonia , hija del anterior.

En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó, con fecha 25 de julio de 2007, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 2511 de 2004 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Jaén Jiménez, en representación de D. Adolfo , sin costas».

SEGUNDO .- Dicha sentencia se basa en los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo resolución del Consulado en Rabat de fecha 18-3-04, que denegó a Apolonia **visado** de reagrupación familiar para reunirse en España con su padre natural de Marruecos, el recurrente D. Adolfo . Segundo.- La resolución recurrida denegó el **visado** por tener la solicitante la unidad principal en Marruecos, con su madre. Examinado el expediente y la documentación obrante en autos, aparece la situación bastante compleja. De un lado, el padre reagrupante reside en España con su nueva esposa y una hija habida de ambos. Habitan una casa donde también moraban otras seis personas, en régimen de arrendamiento. Sus ingresos son muy escasos y su saldo bancario alcanzaba los trece céntimos de euro. La reagrupable es fruto de un anterior matrimonio disuelto por divorcio judicial en 1999. En dicho acto, y este dato es esencial, la esposa es quien solicita el divorcio y manifiesta estar embarazada, con renuncia a pensión y compromiso de ejercer la tutela de quien va a nacer. Volvió a casarse meses después con otro marroquí. Tercero.- Así las cosas, lo que parece evidente es que la menor cuya reagrupación se pretende (tendría hoy ocho años) tal vez ni conozca a su padre. En cuanto a éste, ya desde antes de nacer se desentendió



de ella. Si nos referimos a la madre, es claro que tampoco ha querido saber nada de su ex-esposo, ni que su hija se relacionase con él. Ciertamente ha prestado su consentimiento, pero solamente para viajar no para desprenderse de la tutela que en su momento asumió, sino de la que conforme a la legislación marroquí le corresponde en cuanto único progenitor residente en Marruecos. La reagrupación conlleva una vocación de permanencia incompatible con el ejercicio de la patria potestad cuya titularidad no es un derecho, sino un deber que recae sobre quien por ley y voluntad propia la tiene. Conforme al orden público español la patria potestad y todo lo inherente a ella es irrenunciable y si la ejerce la madre por mandato legal, habrá de ser privada judicialmente de ella en un procedimiento seguido conforme a la legislación marroquí y que sea convalidable en España. Muy a última hora se nos han traído a los autos dos certificaciones más que "curiosas" y que no inspiran sino la sospecha de que pueda tratarse de un artificio o montaje para pre-constituir una situación extraña. Según tales certificados, la madre vive en Wazzan y la hija en Tánger, eso con nueve años, sin decirnos con quién reside, quién se ocupa de ella y por qué está separada de su madre. Demasiados interrogantes sin la mínima respuesta y no parece que exista el menor interés en que las conozcamos».

TERCERO .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal del demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de 9 de octubre de 2007, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

CUARTO .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, y, como recurrente, Don Adolfo , representado por la Procuradora Doña María Jesús Jaén Jimenez, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación, basándose en un único motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción del artículo 8.2 del Real Decreto 864/2001 y los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica, 4/2000 , ya que concurren los requisitos para acordar la reagrupación familiar solicitada, puesto que la madre de la niña, residente en Marruecos, renunció al ejercicio de la patria potestad, dado que la hija vive con su tía en una ciudad distinta a la de la madre, y, por consiguiente, el padre, residente en España, la ejerce, habiéndose infringido también por la Sala de instancia lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución y la jurisprudencia aplicable a la reagrupación familiar contenida en la Sentencia de esta Sala de 14 de enero de 1997 , terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se reconozca a la menor Apolonia el **visado** para reagruparse con su padre Don Adolfo en España.

QUINTO .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado por copia al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al indicado recurso, lo que llevó a cabo con fecha 2 de julio de 2008, aduciendo que, como se advierte en la fundamentación de la sentencia impugnada, la decisión administrativa se encuentra correctamente motivada y no revela un ejercicio de facultades discrecionales contrario a los fines que la justifican, por lo que es suficiente con remitirse a las consideraciones de la sentencia recurrida para rechazar el motivo de casación alegado, estando el núcleo de la sentencia en los hechos que declara probados, que han sido debidamente apreciados y valorados, por lo que no cabe discutirlos en casación, y así terminó con la súplica de que se desestime el recurso y se impongan las costas al recurrente.

SEXTO .- Formalizada la oposición al recurso de casación, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 27 de octubre de 2010, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el único motivo de casación esgrimido al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción, la representación procesal del recurrente asegura que la Sala sentenciadora, al declarar ajustada a derecho la denegación de **visado** para **residencia** a una menor a fin de reagruparse con su padre en España, ha infringido lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución y la jurisprudencia que lo interpreta, así como los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y el artículo 8.2 del Reglamento de ejecución de esta Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 864/2001 , ya que concurren los requisitos legales para la reagrupación familiar de dicha menor con su padre.

SEGUNDO .- La Sala de instancia declara ajustada a derecho la denegación del **visado** para reagrupación familiar porque considera que es la madre quien ejerce la patria potestad sobre la menor, que trata de viajar a España para convivir con su padre, de manera que no concurre el requisito, previsto por el artículo 17 b) de la



Ley Orgánica 4/2000 , para reagrupación de los hijos menores, según el cual « cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo ».

La mentada conclusión la deduce la Sala de instancia del acta de divorcio de los padres de la menor, en que la madre se comprometió a ejercer la tutela del hijo que esperaba, ya que estaba embarazada de siete meses.

Sin embargo, con el escrito de demanda se presentó también una certificación, de la que se hace eco la sentencia recurrida y de la que se deduce que la madre de la menor volvió a contraer matrimonio cuando ésta tenía un año, como también se apunta en la propia sentencia que se han traído al proceso dos certificaciones, una que acredita que la madre reside en Wazzan, mientras que de la otra se desprende que la hija menor lo hace en Tánger, documentos a los que califica de *curiosos* porque pudiera (se dice textualmente) «tratarse de un artificio o montaje para pre-constituir una situación extraña» (sic).

Silencia la sentencia recurrida, sin embargo, la existencia de otros dos documentos de fecha 1 de junio de 2004, que aparecen redactados en francés en el expediente administrativo y traducidos al español junto con la demanda, de los que debemos dejar constancia a fin de integrar los hechos, como nos faculta el artículo 88.3 de la Ley de esta Jurisdicción, y de los que se deduce que la madre de la menor admite carecer de recursos y bienes para subvenir a las necesidades de su hija Apolonia por encontrarse en situación de indigencia, desprovista de medios financieros y no tener trabajo, al mismo tiempo que autoriza que dicha hija pueda viajar al extranjero con su padre Adolfo .

Estas circunstancias demuestran que, aunque la madre se comprometiese, al divorciarse, a ejercer la tutela del hijo que iba a nacer, lo cierto es que la niña, nacida de ese primer matrimonio que contrajo, se encuentra a los cuatro años de edad desvalida por no poder hacerse cargo de ella y así la propia madre considera que debe viajar con su padre a España para recibir la correspondiente protección, de manera que hay que entender que concurre el requisito establecido para la reagrupación familiar en el artículo 17 b) de la Ley Orgánica 4/2000 , que es el único que, según la resolución consular, no concurría para expedir el **visado**, pues los demás, como informó la Delegación del Gobierno en Cataluña con fecha 4 de noviembre de 2003, existen de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.2 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 , aprobado por Real Decreto 864/2001 , pues tal informe tiene valor vinculante respecto de las condiciones que deban acreditarse relativas al reagrupante, exigidas por el artículo 18 de la propia Ley Orgánica 8/2000 , razones todas por las que el motivo de casación alegado debe prosperar.

TERCERO .- La estimación del motivo de casación invocado comporta que debemos resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según dispone el artículo 95. 2. d) de la Ley de esta Jurisdicción, que se circunscribe a la procedencia o no de otorgar el **visado de residencia** por reagrupación familiar, el que, por idénticas razones a las expresadas al examinar el motivo de casación, debe ser concedido, por lo que la resolución consular impugnada debe ser anulada al ser contraria a derecho, conforme a lo establecido en los artículos 68.1 b) y 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , de modo que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado b) del artículo 71.1 de esta misma Ley , se debe reconocer el derecho de la hija menor del recurrente a que le sea concedido el **visado de residencia** por reagrupación familiar.

CUARTO .- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto es determinante de que no se haga especial condena al pago de las costas procesales causadas, según dispone el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional , sin que existan méritos para imponer las causadas en la instancia a los litigantes, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Vistos los preceptos citados y los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLAMOS

Que, con estimación del motivo de casación alegado, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por la Procuradora Doña María Jesús Jaén Jiménez, en nombre y representación de Don Adolfo , contra la sentencia dictada, con fecha 25 de julio de 2007, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo número 2511 de 2004 , la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que debemos estimar y estimamos también el recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de Don Adolfo contra la resolución del Cónsul General de España en Rabat, de fecha 18 de marzo de 2004, por la que se denegó el **visado de residencia** por reagrupación familiar a la menor Apolonia , decisión administrativa que igualmente anulamos, al mismo tiempo que declaramos el derecho de la referida menor Apolonia a que le sea concedido



visado de residencia por reagrupación familiar con su padre Don Adolfo en España, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ