

**«Texto original suministrado por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). El tratamiento documental de Editorial Aranzadi se limita a la aplicación de la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal (LOPD ). »**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Recurso número 1014/03

**SENTENCIA**

Ilmo. Sr. Presidente

Don Julián Moreno Retamino

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Francisco José Gutiérrez del Manzano

Doña María Luisa Alejandre Duran

En la ciudad de Sevilla, a catorce de septiembre de dos mil cuatro.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto el recurso número 1014/03 Interpuesto por Bernardo Y Leonardo representado por el Procurador Sra Ruiz Lasida y defendido por letrado en ejercicio, contra SUBDELEGACIÓN GOBIERNO EN CÁDIZ representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El recurso se interpuso el día 6 de mayo de 2003 contra la Resolución que se citará en el Fundamento Jurídico Primero.

SEGUNDO.- En la demanda, la parte actora solicitó de la Sala se dicte Sentencia anulando la resolución impugnada, con los demás pronunciamientos de constancia, instando por medio de otros sí el recibimiento a prueba.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de demanda, la Administración demandada contestó en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara Sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO.- No se ha recibido el pleito a prueba, ni solicitada vista o conclusiones.

QUINTO - Declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista con citación de las partes para Sentencia y se señaló para votación y fallo el día 13-9-04, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D<sup>a</sup> María Luisa Alejandre Duran.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Se debate en este proceso la conformidad a Derecho, de la Resolución de la Subdelegados del Gobierno de Cádiz de 17 de febrero de 2003, desestimatoria del recurso de reposición deducida frente a la anterior de 13 de diciembre de 2002 por lo que se deniega la concesión de permiso de residencia temporal con exención de visado del menor Leonardo de nacionalidad marroquí.

SEGUNDO.- La actora, tía del menor solicitó el día 4 de octubre de 2002 el permiso da residencia temporal con exención de visado, al encontrarse dicho menor en España desde el mes de julio, y haberse hecho cargo de su guarda en virtud de la institución islámica Kafala de fecha 16 de julio de 2002, lo que supone asumir su educación, manutención escolarización y todas las necesidades de la vida cotidiana, así como velar por la garantía de sus derechos legales y administrativas tanto dentro del territorio nacional como fuera.

Dicha solicitud se hizo al amparo del art. 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la 8/2000 y 49.2 del R.D. 864/01 que permiten excepcionalmente la exención del visado por motivos humanitarios o de colaboración con la justicia a los extranjeros que se encuentren, en territorio español y cumplan con los requisitos para obtener un permiso de residencia.

Por su parte si art. 49.2 contempla dicha exención para los menores de edad que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

TERCERO.- La Administración denegó la solicitud de exención de visado y por consiguiente de permiso de residencia temporal al considerar que la figura jurídica de la Kafala no es equiparable a la tutela de menores en España ya que la patria potestad sigue siendo ejercida por los padres, por tanto carecería de los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

Frente a ello se opone que la citada Resolución vulnera el art. 20 de la Convención de los Derechos del Niño que prevé la kafala Islámica como institución para la protección y desarrollo armonioso del niño y que tiene efectos jurídicos tanto para el menor como para la persona encargada de aquel y del propio art. 9.6 del Código Civil que establece que a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se

regulará por la ley nacional de éste de ahí que la institución de la kafala propia del ordenamiento del menor no puede ser desconocida a los efectos pretendidos.

CUARTO.- Teniendo en cuenta que el art. 27.4 de la Ley orgánica 4/2000 modificada por la 8/2000 y 14/2003 establece que el ejercicio de la potestad, de otorgamiento denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia, no cabe duda, que estando reconocido la kafala Islámica en el art. 20 de la Convención de los Derechos del niño asumido por España como Una institución para la protección del menor y aunque efectivamente y como razona la Resolución impugnada no sea equiparable a la tutela regulada en el Código civil (arts. 172 y siguientes), ello no puede impedir el reconocimiento de la exención de visado del menor que se encuentre en España al cuidado de su tía residente legal, en virtud de una institución legal propia del ordenamiento del menor que produce plenos efectos jurídicos tanto para el menor como para la actora que asumió sus guarda y garantía de todos sus derechos legales y administrativos entre los que se encuentra el de protección a través de la Kafala Islámica conforme al art. 20 de la Convención de los Derechos del niño vinculante para España en virtud del tratado internacional correspondiente.

QUINTO.- Consideramos que se dan circunstancias excepcionales humanitarias debidamente justificadas para la concesión de la exención del visado con autorización de residencia temporal, como así se informó favorablemente por la autoridad policial al existir en derecho de protección (a través de la institución de la Kafala Islámica) del menor que debe prevalecer sobre las exigencias reglamentarias contrarias a la Convención y al propio Código Civil en correcta aplicación del art. 27.4 de la Ley orgánica 4/2000.

SEXTO.- La Sala, en atención a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.C.C.A. no aprecia la concurrencia de motivos que justifiquen la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y obligada aplicación,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

**FALLAMOS:**

Que debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por Bernardo Y Leonardo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz de 17 de febrero de 2003, desestimatoria del recurso de reposición deducida frente a la anterior de 12 de diciembre de 2002 por lo que se deniega la concesión del permiso de residencia temporal con exención de visado del menor Leonardo que anulamos reconociendo como situación jurídica individualizada la exención de visado y el permiso de residencia temporal del menor Leonardo.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que no cabe recurso contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro de los de su clase y, una vez firme, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de este.