

## Sentencia TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, 3ª) de 15 noviembre 2011 N° rec.=3025(2009)

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

### SENTENCIA

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3025/2009 interpuesto por la Procuradora Sra. Garcisánchez de Gustín en nombre y representación de la entidad SAIMA TRADING INTERNATIONAL, S.L. y de D. Juan Enrique , contra la Sentencia de 11 de marzo de 2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se desestima recurso contencioso-administrativo núm. 271/2008 , frente a la Resolución la Embajada en Islamabad de fecha 20 de febrero de 2008, que denegó al recurrente natural de Paquistán D. Juan Enrique visado de trabajo por cuenta ajena para servicios a la empresa Saima Trading International, S.L. Se ha personado como parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso administrativo núm. 271/2008 , frente a la Resolución la Embajada en Islamabad de fecha 20 de febrero de 2008, que denegó al recurrente natural de Paquistán D. Juan Enrique visado de trabajo por cuenta ajena para servicios a la empresa Saima Trading International, S.L.

**SEGUNDO.-** La expresada Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia, el once de marzo de 2009 , cuyo fallo es el siguiente:

*"Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por Saima Trading Internacional S.L. y D. Juan Enrique "*

**TERCERO.-** Notificada la referida Sentencia a las partes, la Procuradora Sra. Garcisánchez de Gustín en nombre y representación de la entidad SAIMA TRADING INTERNATIONAL, S.L. y de D. Juan Enrique , 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 12 de mayo de 2009, 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 compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrente, la Procuradora Sra. Garcisánchez de Gústín en nombre y representación de la entidad SAIMA TRADING INTERNATIONAL, S.L. y de D. Juan Enrique , al tiempo que presentó escrito de interposición del recurso de casación con fecha 1 de julio de 2009, que, al amparo del art. 88.1.d) LRJCA , denuncia la infracción del [artículo 51.9 del Real Decreto 864/2.001, de 20 de julio](#) , así como de los [artículos 217.1](#) , [218](#) y [326 de la LEC](#) .

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en los términos expuestos, formula la Abogacía del Estado escrito de oposición al recurso de casación, con fecha 21 de abril de 2010, remitiéndose las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala el 3 de febrero de 2011, de conformidad con las normas de reparto.

SEXTO.- Señalándose para votación y fallo el 8 de noviembre de 2011, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley. Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de [11 de marzo de 2009](#) , por la que se desestima recurso contencioso-administrativo núm. 271/2008, frente a la Resolución la Embajada en Islamabad de fecha 20 de febrero de 2008, que denegó al recurrente natural de Paquistán D. Juan Enrique visado de trabajo por cuenta ajena para servicios a la empresa Saima Trading International, S.L.

La Sentencia, partiendo de la imposibilidad de revisar la autorización provisional otorgada por la Delegación del Gobierno, centra el debate en el examen de si el visado estaba bien o mal denegado a la fecha en que se solicitó, y, en atención a las siguientes consideraciones jurídicas desestima el recurso contencioso:

*« Como hemos dicho, la Embajada sostiene serias dudas a cerca de las condiciones y certeza del trabajo o, lo que es lo mismo, que se trate de un simple "montaje" o efecto llamada como está proliferando especialmente entre paquistaníes. No se trata entonces en el orden procesal de que la Embajada deba tener la certeza de que no se dan los elementos relevantes para el ejercicio de un derecho sino que basta con que dude razonablemente de que se dan, y esto no lo dice solamente el citado art. 51-9 del Reglamento , sino las normas procesales sobre la carga de la prueba contenidas en el art. C.C.17-1 L.E.C , que sustituyen al antiguo art. 1214 C.C . Aquí la parte actora ha acreditado que existe una empresa ofertante, que se ha conseguido gubernativamente la previa autorización condicionada. Por parte del solicitante de visado se ha acreditado su identidad y, en principio, su aptitud para el trabajo concreto (que, por cierto, requiere nula capacidad de formación). Eso es todo objetivamente pero se ha de valorar lo que subyace y ahí está el núcleo de la*

*cuestión. Puesto que la demanda se apoya en la entrevista personal para intentar que actúe el derecho que proclama, de ella surgen las dudas fundadas a que se refieren los arts. 51-9 del Reglamento y 217 L.E.C porque en aquella época de bienestar y trabajo fácil las condiciones de trabajo no se correspondían con la situación y los estándares entonces comunes. La empresa es propiedad de otro paquistaní de quien se dice el co-demandante amigo de la escuela. No es la empresa quien gestionó directamente la oferta, sino un tercero intermediario quien a su vez es amigo del empresario y quien a través de su propio locutorio remitió a Paquistán la documentación precisa. El salario es para aquella época ínfimo en España y sin garantías de alojamiento aunque con la oferta de "colocarlo en alguna familia paquistañí" a la que abonaría una parte importante de su salario y de todos son sabidas las condiciones de hacinamiento de estas estancias que no sin razón se conocen como pisos-pateras. Por otro lado, y en el orden formal, la autorización previa que concedió la Delegación del Gobierno lo era para peón de transportes y descargador, en tanto el solicitante manifiesta que viene a distribuir panfletos, actividad que conocemos del vivir diario por ejemplo a las salidas del metro. Finalmente, el solicitante de visado reconoce que carece de dinero para venir, que se lo prestarían y ya lo devolvería, es decir, lo de siempre, acudir al endeudamiento usurario y a veces casi de por vida como de todos es conocido para terminar bien sin trabajo, bien con uno en condiciones de casi-esclavitud. Todo para, según se apunta en la demanda, huir de las condiciones de vida en Paquistán y que es, como se viene a decir, lo único que importa. Es de reconocer que por si hubiera alguna duda, la demanda ha venido a despejarlas e incrementarlas al momento de hacer esa valoración que nos impone la ley cuando obliga a los Tribunales a rechazar las pretensiones cuando existan deudas acerca de los hechos relevantes.»*

**SEGUNDO.-** La entidad Saima Trading International, S.L. y de D. Juan Enrique , formaliza su escrito de interposición del recurso de casación, al amparo del art. 88.1.d) LRJCA , denunciando:

La infracción del [artículo 51.9 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre](#) , en cuanto que la Sentencia impugnada minusvalora el salario con fundamento en una mera opinión sin base legal alguna, y muestra sus dudas sobre la certeza del trabajo en virtud de una mera cuestión formal, pues la resolución gubernativa clasificó el puesto de repartidor de publicidad en el grupo peón de transportes y descargador.

La vulneración de los [artículos 217.1](#) , [218](#) y [326 de la LEC](#) en cuanto la Sentencia desestima el recurso con base en opiniones y conjeturas, en lugar de tomar en consideración hechos ciertos, y prescindiendo en su motivación, se dice, de elementos fácticos, concretamente, de la solicitud de la autorización de trabajo y residencia efectuada por la empresa.

**TERCERO.-** En primer lugar hemos de indicar que si bien la denuncia de los preceptos de la LEC citados se ampara en el artículo 88.1.d) de la LJCA , como si de una infracción de normas sustantivas del ordenamiento jurídico se tratara, reveladora del "error in indicando" en que hubiera podido incurrir la Sala sentenciadora, sin embargo

tales vicios revelan un "error in procedendo" y, como tal, sólo denunciable por el cauce del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional . De ello resulta que su inclusión en el apartado d) del mismo, supone la utilización de un cauce procesal inadecuado revelador de su carencia manifiesta de fundamento, pues bajo la infracción de normas sustantivas del ordenamiento jurídico, subyace la imputación a la Sentencia de instancia de vulneración procesal por falta de motivación, cuyo cauce apropiado es el del apartado c) del mismo precepto de la Ley de la Jurisdicción, lo que nos ha de llevar a desestimar el presente motivo impugnatorio.

**CUARTO.-** En orden a la denuncia de la infracción del artículo 51.9 del Reglamento citado, al amparo del artículo 88.1 d) de la LJ , procede indicar en primer lugar que la concesión del visado viene marcada por la nota de discrecionalidad, tanto si se considera la incidencia del Derecho Internacional como la regulación interna.

En efecto, no existe un derecho subjetivo del individuo a entrar en un país distinto del suyo; en consecuencia, el Estado es libre para autorizar o prohibir el acceso a su territorio, salvadas unas determinadas limitaciones a dicha libertad impuestas a fin de evitar discriminaciones colectivas y arbitrarias que atenían al principio de igualdad básico defendido en los instrumentos internacionales. Ese principio de libertad que ampara al Estado en cuanto al acceso a su territorio tiene su reflejo interno en el artículo 27.3 , de la citada LO, según el cual "el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetara a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientara al cumplimiento de los fines de la política exterior del reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de la seguridad ciudadana".

En el párrafo 5º del artículo 27 , de precedente cita, se añade: "La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visado de residencia para reagrupamiento familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles, prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de Junio de 1990 , se le comunicara así de conformidad con las normas establecidas por dicho convenio. La resolución expresara los recursos que contra la misma precedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos". En el mismo sentido se expresa el [RD 2393/2004, artículo 51.9](#) : "Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización".

**QUINTO.-** En el presente supuesto la Sala de instancia considera que la resolución administrativa denegatoria del visado no es arbitraria, por cuanto que si bien parte de datos objetivos, como son la acreditación por el solicitante del visado de su identidad y aptitud para el trabajo concreto, sin embargo, la Embajada duda de la veracidad de

las condiciones y certeza del trabajo que ha motivado la solicitud del visado, como consecuencia de la entrevista mantenida con aquél.

Es lo cierto que la resolución originariamente dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid, el 19 de diciembre de 2006, reconoce al recurrente el derecho a residir y trabajar por cuenta ajena en España definiendo su situación jurídica, y la ulterior decisión del Consulado de España expresa como motivación, que no cumple con las condiciones establecidas en el apartado 9 del Art. 51 del Reglamento de extranjería, aprobado por el [R.D. 2393/2004](#) del Reglamento de extranjería, de 30 de diciembre, por reflejarse en el curso de la entrevista mantenida dudas fundadas sobre la veracidad del motivo alegado.

La autorización inicial de residencia y trabajo se hallaba lógicamente condicionada a la concesión del visado, en virtud de la comprobación verificada por la autoridad competente de que aquél cumplía con los requisitos establecidos en la normativa vigente a la vista de la documentación aportada en dicho expediente y de los informes obtenidos, lo que no impediría que, examinados los documentos a la luz de la entrevista mantenida en la Embajada con el interesado puedan revelarse nuevos indicios o elementos que permitan poner en duda la veracidad de los motivos expresados en la solicitud de visado.

Pues bien, del expediente administrativo resulta que la entrevista mantenida con el solicitante de visado por cuenta ajena, el día 31 de agosto de 2008, en la Embajada de España en Islamabad, refleja, en lo que aquí importa, que el trabajo que venía a desarrollar en España era el de distribuidor de panfletos de anuncios de la Compañía que le va a emplear (pregunta 7) lo que no coincide con la autorización concedida por la Delegación de Gobierno en Madrid. En efecto, figura en la autorización otorgada por la Delegación de Gobierno que el trabajo a desempeñar sería de peón de transportes y descargador, en tanto que en la entrevista sostiene el solicitante del visado que su actividad sería la de distribución de panfletos, sin embargo, discrepancia que entendemos esencial como hemos expuesto.

De igual modo, de la entrevista se pone de manifiesto la ausencia de garantías de alojamiento "le ajustarán con alguna familia paquistaní" y la vaga referencia a un amigo de su padre en España. En suma, las dudas sobre el motivo del viaje se sustentan en datos objetivos y resultan razonables con arreglo a lo actuado en el expediente. Por otro lado, la información relativa a que le sería prestado el dinero para pagar el viaje a España, que la empresa ofertante del trabajo fuera propiedad de un amigo de la escuela en Pakistán, y que dicho empresario tuviera amistad con el dueño de un locutorio en España a través del cual le fue enviada la oferta, presentaron carácter negativo dado su excesiva vaguedad.

En atención a las consideraciones expuestas, podemos concluir que la Sentencia impugnada no infringe el precepto que se denuncia como vulnerado, por cuanto esta Sala considera que de la documentación obrante en autos y en el expediente administrativo se desprenden indicios razonables que permitan dudar de la veracidad de la razón alegada para solicitar el visado y el trabajo ofertado, compartiendo con el Tribunal *a quo* que la resolución recurrida se halla conforme a derecho. En consecuencia, rechazando el motivo impugnatorio formulado, procede desestimar el

recurso de casación que nos ocupa.

**SEXTO.-** De conformidad con el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional concurren las circunstancias legales para la imposición de costas de esta casación a la parte que lo ha interpuesto.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## **FALLAMOS**

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación número 3025/2009 interpuesto por la Procuradora Sra. Garcisánchez de Gústín en nombre y representación de la entidad SAIMA TRADING INTERNATIONAL, S.L. y de D. Juan Enrique , contra la Sentencia de 11 de marzo de 2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se desestima recurso contencioso-administrativo núm. 271/2008 .

Imponiendo las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.- **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.