

**Sentencia TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, 3ª)
de 29 junio 2011 N° rec.=6070(2007)**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Junio de dos mil once.

SENTENCIA

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 6070/2007 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado, contra la Sentencia, de 12 de julio de 2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se estima recurso contencioso-administrativo nº 2270/2003 , interpuesto frente a la denegación de un visado de trabajo por cuenta ajena solicitado. Ha sido parte recurrida, D. Edemiro , representado por el Procurador D. Eduardo codes Feijoo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso administrativo nº 2270/2003 , interpuesto por la parte ahora recurrida contra la Resolución de la Embajada de España en Bucarest de fecha 10 de septiembre de 2003, por la que se deniega su solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena.

SEGUNDO.- La expresada Sala de lo Contencioso administrativo de la de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia, el 12 de julio de 2007 , cuyo fallo es el siguiente:

" Que ESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo nº 2270/03, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Codes Feijoo, en nombre y representación de don Edemiro , contra la Resolución de la Embajada de España en Bucarest de fecha 10 de septiembre de 2003, debemos anular y anulamos dicho acto administrativo por no ser conforme a Derecho, declarando el derecho del actor a obtener el visado solicitado" .

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, 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, compareció ante esta Sala del

Tribunal Supremo, como recurrente, la Abogacía del Estado, en la representación que le es propia, al tiempo que presentó escrito de interposición del recurso de casación, basándose en un único motivo, al amparo del subapartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de los [artículos 25](#), [36](#), [38](#) y [39 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), en relación con los artículos 17, 66, 70 y 74 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado a la parte recurrida para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al expresado recurso, lo que llevó a cabo con fecha 7 de octubre de 2008.

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 21 de junio de 2011, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. María Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 12 de julio de 2007 dictada por la Sección novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, impugnada ahora en casación, estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de la Embajada de España en Bucarest de fecha 10 de septiembre de 2003, por la que se deniega a D. Edemiro la solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena.

La Sentencia objeto de impugnación contiene la siguiente fundamentación jurídica:

«CUARTO.- Habiendo quedado planteada la litis como se acaba de exponer, se ha de partir de la normativa reguladora de este tipo de visados.

A tal efecto hay que tener en cuenta que, conforme a la legislación aplicable al caso que nos ocupa, el [artículo 19.3 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio](#) - concretamente aplicable al caso en examen, a diferencia de lo que acontecía en otras resoluciones de esta Sección-, en consonancia con el artículo 27.5 de la [Ley Orgánica 4/2000](#), reformada por [Ley Orgánica 8/2000](#) señala que:

"La denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar o de residencia con permiso de trabajo por cuenta ajena deberá ser motivada, informando al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria".

Por su parte, el artículo 27 de la [Ley Orgánica 4/2000](#), según la modificación operada por la [Ley 8/2000 de 22 de diciembre](#), sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, señala las pautas para la expedición de visados, señalando que reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados.

También señala el citado artículo que el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del reino de España y de otras políticas públicas españolas de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

El punto 5 de este mismo artículo establece que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para trabajo por cuenta ajena.

Consecuentemente, para la denegación del visado, cuando se trata de trabajo por cuenta ajena o reagrupación familiar, es preciso determinar con exactitud cuál es el requisito concreto que no ha quedado acreditado, pues de otro modo queda huérfana la resolución de una explicación exigida legalmente a la autoridad consular, por lo que, en consonancia con el contenido de los artículos más arriba citados, procede acoger la alegación formulada a este respecto por la parte recurrente, resaltando que, en supuestos como el presente, en los que la concesión de visado para permiso de trabajo por cuenta ajena sea la base y sustento de la petición, no puede considerarse suficiente que la resolución impugnada se refiera a la existencia de informe desfavorable de la Autoridad laboral o gubernativa.

En el caso que nos ocupa, la resolución recurrida se funda en la existencia de "informe desfavorable de la autoridad o laboral", y es lo cierto que tal informe de fecha 29 de julio de 2003, de la Subdelegación del Gobierno en Granada obra en el expediente pero no es menos cierto que el actor ha acreditado en el presente recurso contencioso-administrativo que ante la oferta de empleo presentada por la entidad Tecnológica Granadina en relación con el actor recayó informe de la pertinente oficina de Empleo de Agosto de 2002, acreditativo de que "no existen demandantes de empleo disponibles para cubrir la oferta de referencia".

Así pues sólo cabe concluir en que la actora se ha acreditado que el informe desfavorable de la autoridad laboral competente que fundamenta la denegación del visado ha de reputarse erróneo a la vista de la Certificación de la Oficina de Empleo ya referida que por el contrario debió determinar un informe favorable dada la ausencia de demandantes de empleo para el concreto puesto de trabajo ofertado al actor.

Tal circunstancia obliga en consecuencia a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo al haberse desvirtuado la validez del informe desfavorable de la autoridad laboral.».

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto contra esta sentencia desarrolla un único motivo impugnatorio, al amparo del subapartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de los [artículos 25](#), [36](#), [38](#) y [39 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), en relación con los artículos 17, 66, 70 y 74 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica.

Alega la Administración recurrente en casación que la Sala a quo desconoce que cuando se pide un permiso de residencia por trabajo por cuenta ajena, es necesario obtener antes el preceptivo permiso de trabajo, y este puede ser denegado por

razones distintas de la simple constatación de que no hay demandantes de empleo en relación con la oferta de trabajo presentada por el solicitante.

TERCERO.- Con carácter previo al examen de los motivos de casación esgrimidos por la Abogacía del Estado, consideramos ineludible analizar la repercusión sobre el caso de la circunstancia sobrevenida de especial entidad, consistente en la incorporación de Rumania a la Unión Europea.

En efecto, con fecha 25 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea. Este Tratado fue ratificado por España mediante instrumento de 26 de mayo de 2006, publicado en el BOE nº 17, de 19 de enero de 2007, y entró en vigor el día 1 de enero de 2007, conforme a lo dispuesto en su art. 4. Por consiguiente, a partir de esa fecha de 1 de enero de 2007, los nacionales de Rumanía y Bulgaria pasaron a tener la consideración de ciudadanos de la Unión Europea. Condición esta, la de ciudadano de la Unión Europea, que como es bien sabido implica el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.

Conviene resaltar, en este sentido, que el Tratado de adhesión de 25 de Abril de 2005 expresa en su artículo 1º que ambos Estados, Rumanía y Bulgaria, pasan a ser miembros de la Unión Europea, si bien con el añadido de que "*las condiciones y el procedimiento de admisión figuran en el Protocolo adjunto al presente Tratado. Las disposiciones de dicho Protocolo constituyen parte integrante del presente Tratado. El protocolo, incluidos sus Anexos y Apéndices, se incorporará como Anexo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus disposiciones constituirán parte integrante de dichos Tratados*". Ahora bien, en el Protocolo y en sus Anexos VI ("medidas transitorias para Bulgaria") y VII ("medidas transitorias para Rumanía") sólo se previó la posibilidad de que se adoptasen medidas transitorias por el resto de los Estados miembros, a modo de cláusulas de salvaguardia, en relación a las libertades de circulación de trabajadores y prestación de servicios -que implican una directa repercusión sobre el mercado de trabajo-, pero no en relación a la libertad de circulación y residencia en el ámbito territorial de la Unión Europea.

Coherentemente, el Consejo de Ministros de España aprobó el día 22 de diciembre de 2006 un Acuerdo por el que se establecía un periodo transitorio para la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena de ambos países, que se fijó, en principio, en dos años a partir del día 1 de enero de 2007 (aunque con la puntualización de que si la evolución del mercado de trabajo lo permitiera, podría reducirse esa duración), no estableciéndose ninguna medida de similar entidad respecto de la libertad de circulación y residencia. De este modo, el régimen jurídico de esta concreta *libertad de circulación y residencia* ha pasado a ser para los ciudadanos rumanos y búlgaros el regulado con carácter general en el [Real Decreto 240/2007](#), sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007), en cuyo artículo 3 se establece que " las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente

Real Decreto *tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste* " , siendo digno de destacarse que la disposición transitoria tercera de esta norma reglamentaria contiene un régimen especial de carácter transitorio referido a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados miembros de la Unión Europea a los que se apliquen medidas transitorias para regular su acceso al mercado de trabajo español, pero ese régimen transitorio se proyecta únicamente sobre el acceso al mercado de trabajo y no afecta al resto de las libertades, y así se resalta en la referida disposición transitoria, donde se puntualiza que las medidas transitorias que regulen su situación como trabajadores por cuenta ajena " *en ningún caso supondrán menoscabo alguno del resto de derechos contemplados en tanto que ciudadanos de la Unión Europea* " .

La trascendencia de esta incorporación de Rumanía a la Unión Europea ha sido resaltada en diversas sentencias de esta Sala Tercera, que han apreciado este dato incluso de oficio (esto es, aunque las partes no lo hubiesen alegado) y con plena conciencia de estar tomando un marco normativo posterior al existente al tiempo de la resolución administrativa impugnada en el proceso; extrayendo del mismo consecuencias como la anulación de las sanciones de expulsión acordadas contra ciudadanos rumanos, o de las órdenes de salida del territorio nacional existentes contra ellos por contravenir de las normas sobre entrada y permanencia en territorio nacional (así, SSTS de 12 , 13 y 15 de febrero de 2008, RRC 2525/2004 , 2110/2004 y 1767/2004).

CUARTO.- Como hemos declarado en las indicadas sentencias, aunque los razonamientos expresados no fueron objeto de valoración por las partes, entendemos que el nuevo marco jurídico aludido constituye un hecho notorio de especial relevancia, que ha de ser necesariamente tomado en consideración a los efectos de resolver el presente recurso de casación. No se opone a esta conclusión el llamado "carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa", en virtud de la reiterada doctrina sentada por esta Sala que declara que en materia de extranjería han de valorarse las circunstancias sobrevenidas (por todas, Sentencia de 13 de febrero de 2008).

Las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, que tiene su razón de ser en la prerrogativa de autotutela decisoria y ejecutiva de las Administraciones públicas, tienen en todo caso un carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a las consideraciones anteriores, que imponen una reconsideración de la aplicación normativa, a la luz del este marco legal sobrevenido, que priva de vigencia a los intereses generales esgrimidos por la Administración, al mismo tiempo que refuerza la posición jurídica del recurrente en la instancia.

Situados en esta perspectiva, cabe apreciar, en el año 2011, la pérdida de objeto del presente recurso de casación que versa sobre la petición de un visado de trabajo por cuenta ajena solicitado en 2003 por D. Edemiro actor en la instancia y reconocida en la Sentencia impugnada, cuando los ciudadanos de Rumanía no necesitan ese visado;

la Sentencia recayó en fecha cercana a la de incorporación de Rumanía a la Unión Europea, a partir de la cual pasan a tener la consideración de ciudadanos de la misma, con el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Como consecuencia de lo expuesto, debemos desestimar el recurso de casación y confirmar la Sentencia objeto de impugnación.

QUINTO.- En atención a las consideraciones anteriores, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación, por lo que procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del presente recurso (artículo 139.2 de la LRJCA).

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 6070/2007 interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia, de 12 de julio de 2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se estima recurso contencioso- administrativo nº 2270/2003 , interpuesto frente a la denegación de un visado de trabajo por cuenta ajena, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en este recurso.

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 Excmá. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.