

**Sentencia TSJM (Sala de lo Contencioso-administrativo, 1ª) de 08
marzo 2013 N° rec.=1277(2012) N° sent.=341(2013)**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2012/0005491

Procedimiento Ordinario 1277/2012

Demandante: D./Dña. Valentina

PROCURADOR D./Dña. SILVIA MARIA CASIELLES MORAN

Demandado: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA NUMERO 341/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Francisco Javier Canabal Conejos

Magistrados:

D. Arturo Fernández García

D. Fausto Garrido González

D. Alfredo Roldán Herrero

En la Villa de Madrid, a ocho de marzo de dos mil trece.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1277/12, interpuesto por doña Valentina , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Casielles Morán, contra la resolución de fecha 28 de febrero de 2.012 dictada por el Consulado General de España en Tetuán-Larache que, en reposición, confirma la de 7 de diciembre de 2011. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente indicada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 27 de abril de 2.012 contra los actos antes mencionados, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazada para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto

mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación del acto recurrido reclamando se acuerde la concesión del visado por ella solicitado.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración General del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Habiéndose recibido el pleito a prueba se practicó la admitida por la Sala con el resultado obrante en autos y tras el trámite de conclusiones con fecha 7 de marzo de 2013 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente impugna la resolución de fecha 28 de febrero de 2.012 dictada por el Consulado General de España en Tetuán-Larache que, en reposición, confirma la de 7 de diciembre de 2011 por la que se le denegaba su solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena.

La resolución de 23 de mayo de 2011 denegó el visado entendiendo que en realidad el visado estaba pensado no para trabajar sino como una reagrupación familiar encubierta ya que su marido estaba en el paro y por ello no podía solicitarla y dada la situación laboral existente en España no resulta creíble la intencionalidad de realizar un contrato a lo que añade el hecho de que desconozca datos significativos de las condiciones laborales.

La parte recurrente señala que el padre de su marido vive en España y tiene la nacionalidad española por lo que su marido fue reagrupado siendo el empleador amigo de su esposo y la oferta de trabajo se basa en la confianza entre empleador y empleado dado que el puesto es de empleada de hogar y, además, sería de aplicación el [artículo 40.1 de la Ley 4/2000, de 11 de enero](#) . Indica que la resolución del Consulado carece de motivación.

El Sr. Abogado del Estado se opuso a la concesión del visado entendiendo que la resolución es ajustada a derecho en cuanto que de la entrevista se deducía que se trataba de una reagrupación encubierta.

SEGUNDO.- Para la correcta resolución de la problemática aquí suscitada convendrá tener presente que el vigente sistema español de extranjería establecido por la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social](#) , reformada por [LO 8/00](#) y por [LO 14/03](#) , -aplicable en razón a la fecha de la solicitud- establece la necesidad de visado como requisito

normal de acceso al territorio nacional. El visado será expedido por las misiones diplomáticas y oficinas consulares de España y su denegación deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena e indicar los recursos que procedan (artículo 27). Las disposiciones reglamentarias aplicables, teniendo en cuenta la fecha de solicitud de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo (23/06/2011), son las contenidas en el [RD 557/2011](#) .

Por otro lado, conforme expresa el apartado tercero del art. 27 de la [L.O. 14/2003](#) , de reforma de la L.O. 4/2000, 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 o de la Unión Europea, como las de inmigración, económica y de seguridad, y de acuerdo con la normativa citada (art. 25 bis b), no configurándose como un derecho fundamental del extranjero la entrada en nuestro país ya sea para una estancia corta o para prestar servicios por cuenta ajena. Debe tenerse en cuenta que el supuesto normativo que aquí examinamos no contempla propiamente la restricción de un derecho, pues la obtención del visado no es un derecho reglado del extranjero, como afirma el Abogado del Estado, dado que el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el [art. 19 CE](#) .

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, disponiéndose en el artículo 27.6 que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de trabajo por cuenta ajena.

La exigencia de motivación impone a la administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su decisión o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico que ha llevado a la misma con el fin de que su destinatario pueda conocer las razones en las que se ha apoyado y, en su caso, pueda posteriormente defender su derecho frente al criterio administrativo, por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse, o no, de objetiva y ajustada a derecho así como una garantía inherente al derecho de defensa del administrado, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, ya que en la eventual impugnación del acto, si éste está motivado, habrá posibilidad de criticar las bases en que se ha fundado; por consiguiente el criterio de la Administración no puede limitarse a expresar la decisión adoptada sino que, en cada supuesto, debe exponer cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de derecho que, a su juicio, determinan que la decisión deba inclinarse en el sentido por ella elegido y no por otro de los, en cada caso, posibles.

Sin embargo, ha de añadirse que, para que un defecto de motivación no subsanado

determine la anulabilidad de la resolución administrativa, es preciso que haya dado lugar a la indefensión del interesado - [artículo 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#) -, entendiéndose por tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa por no haber podido conocer la ratio decidendi de la decisión administrativa.

Una vez sentado lo anterior, se ha de indicar que en el presente caso enjuiciado el acto recurrido ha resuelto denegar la solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena solicitado por la recurrente por la causa arriba expuesta. Ciertamente, dicha resolución impugnada es concisa en su motivación, pero es clara respecto a la causa por la que la administración deniega tal visado, ya que la carencia de ese requisito imprescindible trae consigo dicha decisión, tal como se desprende de la normativa que a continuación se expondrá. Por otro lado, la recurrente, en su segundo motivo de impugnación, resalta el conocimiento de las condiciones laborales del contrato, la forma de la contratación y valora la entrevista realizada, lo cual revela claramente que la misma conoce los hechos y fundamentos por los que la administración dicta el acto recurrido, habiendo podido articular los medios de defensa que ha estimado pertinentes. Por ello, en ningún caso se ha producido indefensión en la referida parte con la consecuencia el acto recurrido ([artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#)), lo cual trae consigo la denegación de ese primer motivo del recurso.

CUARTO.- A los efectos de lo anteriormente expresado debemos acudir a los presupuestos de hecho relevantes.

Según consta en las actuaciones, en fecha 23 de junio de 2011 don Epifanio presentó ante la Subdelegación del Gobierno en Barcelona solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena por plazo de un año a favor de la ahora recurrente para prestar servicios en tareas propias del servicio doméstico.

Presentada la solicitud de visado, se requirió a la solicitante del visado para que compareciese en el Consulado, con el fin de mantener una entrevista personal a los efectos previstos en la Disposición Adicional Décima, apartado 4, del Real Decreto 577/2011, la cual tuvo lugar el 16 de noviembre de 2011.

De dicha entrevista se pueden obtener los siguientes datos esenciales para la resolución del litigio. La solicitante señaló que tenía 30 años, que está casada y que su esposo reside en Barcelona. Su esposo no tiene trabajo fijo y en la actualidad está cobrando el paro por lo que no la puede reagrupar. Es su esposo quien le ha conseguido el trabajo como empleada del hogar en casa de un amigo suyo. Desconoce las condiciones laborales y económicas del contrato de trabajo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.4 del Reglamento, la misión diplomática u oficina consular denegará el visado en los siguientes supuestos:

Quando el extranjero se encontrara en situación irregular en España en la fecha en que se presentó a su favor la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Quando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en este artículo.

Quando, para fundamentar la petición de visado, se hayan presentado documentos

falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe.

Cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.

Cuando la copia del contrato presentada no coincida con la información proporcionada por la Oficina de Extranjería o por el órgano autonómico competente sobre el contrato original.

Recordemos que la denegación del visado está basada en la Disposición Adicional Décima, apartado 4, párrafo tercero, del Real Decreto 577/2011, que señala que *si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que no se acredita indubitadamente la identidad de las personas, la validez de los documentos, o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión. En caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá una copia del acta al órgano administrativo que, en su caso, hubiera otorgado inicialmente la autorización.*

No cabe duda que el contenido de la entrevista es suficientemente elocuente del desconocimiento de la recurrente de las condiciones laborales del contrato que dice tener con el amigo de su esposo.

El desconocimiento absoluto del contenido del trabajo a desempeñar es bien sintomático de la existencia de una intención fraudulenta, porque en la regulación vigente del permiso de residencia y trabajo, a la hora de decidir sobre su otorgamiento, se tiene en cuenta la situación nacional de empleo para la actividad de que se trate. Eso por una parte. Por otra, no se trata de que existiendo salario, sea indiferente o irrelevante el contenido del puesto a desempeñar. Los contenidos del puesto de trabajo constituyen condiciones esenciales de la relación y su desconocimiento absoluto tiene entidad suficiente para hacer dudar sobre los verdaderos motivos del visado.

Es cierto que tras la celebración de las deliberaciones la parte recurrente ha traído al procedimiento extemporáneamente un permiso de residencia y trabajo que le ha sido otorgado a la recurrente y que ha permitido su entrada en España en fecha 20 de febrero de 2013.

En realidad el documento no debería ser valorado pero no está demás en señalar que carece de eficacia alguna a los efectos del litigio dado que se trata de un visado de fecha posterior, con una validez de tres meses y, extrañamente, de entradas múltiples, por lo que nada tiene que ver con la resolución ahora objeto de recurso.

QUINTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la recurrente que ha visto rechazada sus pretensiones sin que concurra motivo para su no imposición fijándose las mismas en cuantía de 300 euros.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Valentina , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Casielles Morán, contra la resolución de fecha 28 de febrero de 2.012 dictada por el Consulado General de España en Tetuán-Larache que, en reposición, confirma la de 7 de diciembre de 2011 .

Se condena al pago de 300 euros a la parte recurrente en concepto de costas causadas en esta instancia.

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 recurso, 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.