



Roj: STSJ MAD 6414/2013  
Id Cendoj: 28079330012013100842  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2535/2012  
Nº de Resolución: 975/2013  
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
Ponente: FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Primera**

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009730

**NIG:** 28.079.00.3-2012/0011698

**Procedimiento Ordinario 2535/2012**

**Demandante:** D. Juan Francisco

PROCURADOR Dña. LUCIA AGULLA LANZA

**Demandado:** MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**SENTENCIA NUMERO 975/2013**

**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 veintiuno de junio 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 2535/12, interpuesto por don Juan Francisco , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lucía Agullá Lanza, contra la resolución de fecha 15 de agosto de 2.012 dictada por el Consulado General de España en Nador. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente indicado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 5 de octubre de 2.012 contra el acto antes mencionado, 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 de trabajo por cuenta ajena por el 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.-** No habiéndose recibido el pleito a prueba con fecha 20 de junio 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 el recurrente, natural de Marruecos, nacido el NUM000 de 1992, impugna la resolución de 15 de agosto de 2.012 que denegaba su solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena.

Se señala en la resolución recurrida que el visado se deniega "a la vista de la solicitud y tras la entrevista mantenida con usted el día 2 de agosto de 2012, en la que manifiesta que le han hecho un contrato de trabajo de ayudante de cocina en una cafetería que está en la ciudad de Melilla, con una jornada laboral de 8 horas diarias, con un horario desde la 08 h hasta las 12 h y de 17 h a 21 h, con los descansos que establece la ley, un mes de vacaciones remuneradas y con un salario de 960 euros/mes, y según los datos obrantes en su expediente, usted tiene su vivienda en Beni Chiker (Nador) por lo que usted debe acogerse al régimen transfronterizo según dispone el Reglamento CE nº 1931/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, que es el aplicable y no el régimen general. Asimismo, este Consulado General estima que hay razones más que suficientes para considerar inexactos los motivos alegados para solicitar el visado, concurriendo la mala fe, es decir, estimamos que estamos ante un caso de reagrupación familiar encubierta de un descendiente -el cual ya no es reagrupable- oculto tras un contrato de trabajo y residencia por cuenta ajena, al haber conseguido dicho contrato a través de su padre".

**SEGUNDO.-** Sostiene la parte recurrente, tras analizar las diferencias legales entre el régimen de los trabajadores transfronterizos y los sometidos al régimen general, que de la entrevista no se deduce que haya incurrido en falsedades o motivos dispares a los de trabajar sino que contesta de modo racional y congruente con las preguntas que se le efectúan sin que el hecho de que sus padres vivan en Melilla y le hayan encontrado el trabajo sea causa de denegación. Alega la falta de motivación de la resolución originaria con infracción de los artículos 20 y 27 de la Ley Orgánica 4/2000 colocándola en clara indefensión y la invasión de competencias del Consulado al poner en tela de juicio la concesión de la autorización temporal.

Se opone la Administración demandada señalando que de los datos existentes en el procedimiento solo se puede deducir que se trata de una reagrupación familiar de un hijo mayor de edad.

**TERCERO.-** Respecto de la motivación de la resolución administrativa, 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 en España solicitado por la recurrente por dudar de los motivos alegados expresando las circunstancias arriba indicadas . Los motivos son claros, podrán ser o no correctos pero el recurrente no puede sostener que no existe motivación y que ello le ha producido indefensión máxime cuando dedica, con gran intensidad, varios folios de la demanda a analizar dichos motivos.

**CUARTO.-** En relación al fondo del asunto, 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 son las contenidas en el RD 557/2011 , cuyo artículo 62 dispone que se halla en situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena.

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 .

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

Según consta en las actuaciones, en fecha 15 de marzo de 2012 don Fulgencio presentó ante la Delegación del Gobierno en Melilla solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena por plazo de un año a favor del ahora recurrente para prestar servicios como ayudante de cocina.

Presentada la solicitud de visado, se requirió al 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 2 de agosto de 2012.

De dicha entrevista se pueden obtener los siguientes datos esenciales para la resolución del litigio. El solicitante señaló que tenía profesión que era ayudante de cocina y que trabajaba actualmente en una cafetería de Beni Chiker de ayudante de cocina. Habla un poco de español. Sabe quien la ha contratado, que trabajará de ayudante de cocina en la cafetería "Nuevo Milenio". Fue su padre quien le recomendó al dueño. Dijo que ganaría 960 euros/mes, con una jornada laboral de 8 horas diarias, con un horario desde la 08 h hasta las 12 h y de 17 h a 21 h, y que aún no habían convenido las pagas extras. Fue el dueño quien le llevó el contrato para firmarlo. Ha estudiado hasta 2º de ESO. Ahora vive con su abuela en Marruecos. Sus padres residen en Melilla con sus hermanos menores. Dice que no pidió el régimen transfronterizo porque el dueño le dijo que le quería con todos los papeles y dónde el vive está lejos de Melilla. El dueño le dijo que quería que tuviera problemas al pasar la frontera o que llegara tarde al trabajo. El trabajo sería por un año aunque luego le harían hijo.

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:

Cuando 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.

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

Cuando, para fundamentar la petición de visado, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe.

Cuando concorra 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 llegan al convencimiento de que no se acredita indubitablemente 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.*

En primer lugar conviene precisar que el Reglamento CE 1931/2006, de 20 de diciembre de 2006, establece un régimen de tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros e introduce a tal efecto un permiso de tráfico fronterizo menor (art. 1), considerando este tráfico como el cruce regular de la frontera terrestre exterior por residentes fronterizos para una permanencia en la zona fronteriza, por ejemplo, por motivos sociales, culturales o económicos justificados, o por motivos familiares, durante un período de tiempo que no podrá exceder del plazo establecido en el presente Reglamento (art. 3 3)) que va de 1 a 10 años. Dicho permiso nada tiene que ver con los permisos de trabajo por cuenta ajena a los que se refiere el artículo 62 del RD 557/2011 y tal permiso de tráfico no es aplicable a los residentes de Tetuán y Nador al no serles de aplicación el Reglamento citado según lo establecido en la Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla que figura en el Acta final del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 pues se les sigue aplicando el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador.

Quizás el Consulado quiso referirse a los trabajadores transfronterizos regulados en el artículo 182 del Reglamento que señala que "se halla en situación de trabajo transfronterizo el trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente" pero de su contenido se expresa que es una opción del trabajador la de elegir este tipo de autorización pues dadas la connotaciones territoriales de la prestación del servicio no le es necesario residir en nuestro país.

**SEXTO.-** Dicho lo anterior procede analizar la entrevista realizada a la solicitante para determinar si en realidad nos encontramos con un contrato simulado y suscrito con la única finalidad de reagruparse con su padres cuestión sobre la que sí puede el Consulado entrar de conformidad con el artículo 70.4 c) del Reglamento pues resulta evidente que la Subdelegación del Gobierno no podía entrevistar al empleado y si bien es cierto que el artículo 64.3 f) señala que dicho Órgano examinará que el trabajador tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión el Consulado puede verificar si existió una alegación falsa en relación con esa supuesta capacitación.

Si leemos atentamente la entrevista realizada al solicitante veremos cómo la misma es parca en su contenido dada la exigüidad de sus preguntas. Conviene recordar que la capacitación profesional es un requisito que ya es analizado por la Delegación del Gobierno con ocasión del estudio del procedimiento previo de autorización (art.64.3 del Reglamento) por lo que si se hubieran falseado los datos ofrecidos a dicho órgano debería haberse realizado un juicio inferencial con base a una entrevista de la que se pudieran deducir datos sobre los que sostenerse la conclusión alcanzada por el Consulado y de las contestaciones a las preguntas realizadas no son suficientes para dar por acreditado que nos encontramos ante una reagrupación encubierta



ya que conoce el contrato y sus condiciones y para ser ayudante no se puede exigir una experiencia o capacitación específica. En suma la resolución recurrida carece de soporte fáctico sobre la que sustentar su decisión y reuniendo el solicitante todos los requisitos exigidos por la norma procede estimar su recurso.

**SEPTIMO.-** 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 parte demandada 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 ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don Juan Francisco , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lucía Agullá Lanza, contra la resolución de fecha 15 de agosto de 2.012 la cual anulamos y declaramos su derecho al visado solicitado.

Se condena al pago de 300 euros a la parte demandada 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.