

NOTIFICADO
1-2-18

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2017/0005793

Procedimiento Ordinario 352/2017

Demandante: D./Dña. _____
PROCURADOR D./Dña. AGUSTIN SANZ ARROYO
Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 19/2018

Presidente:
D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO
Magistrados:
D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS
D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA
Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL
Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

En Madrid, a quince de enero de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres./as. Magistrados/as relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-administrativo número 352/2017, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Agustín Sáenz Arroyo, en nombre y representación de D. _____ y los tres hijos de ambos, menores de edad, _____ y _____, contra sendas (cinco) Resoluciones de 20 de febrero de 2017, de la Embajada de España en Islamabad (Pakistán), desestimatorias de los recursos de reposición formulados frente a las anteriores cinco Resoluciones de 18 de enero de 2017, de la misma Embajada citada, denegatorias de las solicitudes de visado de residencia temporal no lucrativa formuladas por los demandantes.

Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por plazo de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, suplica que se dicte sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

SEGUNDO.- La representación procesal de la demandada se opuso a la demanda solicitando el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba conforme a lo previsto en el artículo 60.1 de la Ley Jurisdiccional, se denegó el mismo siendo por ello improcedente el trámite de vista o formulación de conclusiones escritas. Se declaró a continuación el pleito concluso para sentencia señalándose para el acto de votación y fallo el día 10 de enero de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a María del Pilar García Ruiz, quien expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugnan en el presente recurso sendas (cinco) Resoluciones de 20 de febrero de 2017, de la Embajada de España en Islamabad (Pakistán), desestimatorias de los recursos de reposición formulados frente a las anteriores cinco Resoluciones de 18 de enero de 2017, de la misma Embajada citada, denegatorias de las solicitudes de visado de residencia temporal no lucrativa formuladas por los demandantes.

En todas las resoluciones denegatorias de los visados solicitados la Administración demandada expuso de modo idéntico lo siguiente:

“HECHOS

Único.- En fecha 16/12/2016 presentó solicitud de visado de residencia temporal no lucrativa ante esta Embajada, alegando el supuesto previsto en el artículo 46 y ss. del Real Decreto 557/2011.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- *El Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, (...) establece los requisitos necesarios para la obtención de un visado de residencia temporal no lucrativa.*

2.- *La Ley 39/2015, de 1 de octubre, (...) de aplicación supletoria.*

3.- *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, (...) de aplicación supletoria.*

4.- *La competencia para la resolución de los visados viene atribuida por la Disposición adicional novena del Real Decreto 557/2011 arriba citado y por la Orden Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación nº 3.284, de noviembre de 2009.*

Por todo lo cual,

HE RESUELTO

Denegar la solicitud de visado de residencia temporal no lucrativa citada más arriba”.

Interpuestos los oportunos recursos de reposición contra dichas resoluciones denegatorias, la Administración demandada resolvió así todos ellos:

“Desestimar el recurso de reposición interpuesto ya que la resolución de denegación recurrida se ajustó a la Ley y al reglamento que le son de aplicación.

Sin menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, el artículo 20.2 de la L.O. 4/2000, arriba citada, establece que: “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, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de dicha Ley”. Dicho artículo 27 establece: “[...] 5. Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados. 6. La denegación del visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o tránsito. [...].

A ello se suma el hecho de que Vd. no aporta hechos nuevos o que no hubiesen sido tenidos en cuenta en el momento de dictar la resolución recurrida, no enervando, por tanto, la causal”.

SEGUNDO.- La parte demandante interesa se dicte una Sentencia estimatoria con la declaración de no ser conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada, al tiempo que ejercita una pretensión anulatoria de aquélla y otra tendente al reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

En concreto, solicitó en su demanda la anulación de las resoluciones impugnadas y que se otorguen los visados solicitados. Tales pretensiones se apoyan en el escrito rector en la falta absoluta de motivación de las resoluciones denegatorias de los visados, confirmadas después en reposición bajo el argumento, precisamente, de la ausencia de obligación alguna de motivar dichas decisiones. En cuanto al fondo, la parte actora mantiene, no obstante, que

aportó ante la Administración demandada el seguro correspondiente para toda la familia así como los documentos acreditativos de la tenencia de medios económicos suficientes para su residencia en España durante un año, al haber acreditado el actor Sr. ser titular de una cuenta bancaria con 56.521 euros y otra en La Caixa con 11.318,38 euros; todo ello junto a una escritura de propiedad de un inmueble valorado en 83.000 euros y un certificado de su empresa acreditativo de que seguirá cobrando durante su estancia en España la cantidad de 32.000 euros. Por su parte, la demandante Sra. aportaría también la cantidad de 30.000 como salario de la empresa, lo que, conjuntamente, superaría la cantidad del 800% del IPREM exigible para una familia de cinco miembros como es el caso.

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho.

TERCERO.- Fijadas las respectivas posiciones procesales mantenidas por las partes, el examen de las resoluciones impugnadas desde la perspectiva de las pretensiones ejercitadas en la demanda debe conducir a la estimación parcial del presente recurso, por las razones que se pasa a exponer

En relación con el motivo impugnatorio único de la demanda, basado en la falta de motivación de las resoluciones recurridas, habrá de recordarse que, como esta Sala viene reiteradamente razonando en asuntos similares, la motivación de los actos administrativos representa una constante de nuestro ordenamiento jurídico. Así lo proclamaba anteriormente el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así lo proclama ahora el artículo 35 de la vigente Ley 30/2015, de 1 de octubre, y así lo reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo señalando además que su finalidad es que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración con el fin de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto [por todas, la STS de 30 de julio de 2008 (Rec. Cas. 5266/2004)].

La motivación de los actos administrativos constituye, de este modo, la exteriorización de las razones que la Administración ha tenido en cuenta para adoptar una decisión por lo que no podrá consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad (STC nº 77/2000). Esta exigencia es consecuencia de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (STC nº 73/2000) y supone no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos (STC nº 26/1981). La motivación del acto administrativo cumple además diversas funciones: en primer lugar, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración Pública, y, en segundo lugar, garantiza que el administrado podrá impugnar, en su caso, el acto administrativo, con posibilidad real de criticar la bases en las que se fundamenta, haciendo posible, finalmente, el control jurisdiccional del acto administrativo recurrido -artículo 106.1 CE- (SSTS de 18 de abril de 1990 y de 4 de junio de 1991). En consecuencia, cuando el acto administrativo carece de motivación se impide el control jurisdiccional que viene constitucionalmente impuesto, pues se impide comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (STC nº 77/2000).

La motivación del acto administrativo es, en definitiva, una consecuencia derivada de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad garantizados en el

artículo 9.3 de la Constitución, pudiendo considerarse, desde otra perspectiva, como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE sino por el principio de legalidad en la actuación administrativa que también surge del artículo 106.1 CE.

Por último, deberá recordarse que el “Derecho a una buena Administración”, incluye dentro del mismo, en particular, “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”. Así lo había venido declarando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras, en SSTJCE, de 29 de febrero de 1996, (Bélgica/Comisión, C-56/93), 7 de marzo de 2002 (Italia/Comisión, C-310/99) y 12 de diciembre de 2002. Ya el citado Tribunal, en STJUE de 2 de abril de 1998 (Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95) declaró que la motivación “*debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la Institución del que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes*”; el requisito que aquí nos concierne debe, finalmente, “*apreciarse no sólo en relación con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate*”.

En relación con lo anterior, será útil traer colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (entre otras muchas, en SSTC núm. 145/1986; 102/1987; 155/1988 y 35/1989) en la que justifica la proscripción del efecto de indefensión, sosteniendo que, para que sea posible su apreciación, es preciso en primer lugar una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso; en segundo, la idea base de que la indefensión constitucionalmente prohibida no nace de la mera infracción formal de las normas procedimentales de modo que la ruptura con la legalidad no siempre habrá provocado la supresión de los derechos que corresponden a la parte que alega haberla padecido sino sólo en aquellos casos en que dicha privación sea real y efectiva, y no sólo formal. Por ello, conforme a esta doctrina, no puede sostenerse válidamente que el artículo 24.1 CE tutele situaciones de mera indefensión formal sino tan sólo supuestos de indefensión calificable como tal desde un punto de vista material, siendo claro el perjuicio que se haya derivado para quien la haya sufrido efectivamente.

Junto a lo anterior y dado que la Administración demandada sostuvo en las distintas resoluciones de los recursos de reposición que, conforme al artículo 27 del Real Decreto 557/2017, de 20 de abril, la motivación para la denegación de este tipo de visados no es necesaria, convendrá recordar también que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de examinar y decidir ya esta cuestión con razonamientos que ahora hemos de reproducir por su directa aplicación en este caso. Así, en su STS de 22 de marzo de 2012 (Rec. Cas. 299/2010) expresaba el Alto Tribunal lo siguiente:

“Expuesto el marco normativo aplicable para la resolución del recurso de casación, y procediendo al examen de la sentencia de instancia, hemos de señalar, en primer término, que no compartimos la afirmación de la Sala territorial de que la concesión de los visados de residencia no lucrativa se rige por un criterio de «discrecionalidad fuerte».

Tal afirmación se quiere sostener en el artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000, que, en la redacción aplicable a este litigio, establece una distinción entre las resoluciones

denegatorias de visado que deben ser motivadas y las que no precisan de motivación (como la aquí concernida), de manera que si la denegación de algunas clases de visado no requiere motivación -se viene a afirmar- es porque la concesión o denegación del visado correspondiente es "fuertemente" discrecional.

Ahora bien, de tal precepto, y del contexto normativo en que se inserta, no cabe inferir tal consecuencia, menos aún si con esa adjetivación de la discrecionalidad como «fuerte» se pretende caracterizar el ejercicio de la potestad administrativa como un ámbito de libre disposición no sujeto a límites predeterminados y reconocibles.

Cabe significar que el artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000, fue objeto, desde la promulgación de la norma, de controversia, en cuanto liberaba de las exigencias de motivación a una categoría de actos administrativos desfavorables para los interesados. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, de 11 de noviembre, declaró la constitucionalidad de dicha disposición legal señalando que "La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional pues "con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE" (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5). Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (art. 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales".

Quedó, así evidenciado, que la atribución a la Administración de un margen de discrecionalidad en este ámbito no puede implicar en modo alguno que la decisión devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de ulterior control jurisdiccional. Ciertamente, que un acto administrativo esté exceptuado de la exigencia de motivación expresa no implica necesariamente que -por tal motivo- sea discrecional. Más aún, partiendo de la base de que ninguna potestad administrativa es totalmente discrecional, pues en todas ellas (incluso en las más rotundamente afirmadas como discrecionales) conviven, en mayor o menor medida, los elementos discrecionales con los reglados (como, por ejemplo, los hechos determinantes, la competencia o el procedimiento), ocurre además que en casos que ahora nos ocupa, la norma atributiva de la potestad administrativa se nutre mayoritariamente no de elementos discrecionales sino reglados, que no dejan de serlo por el hecho de que a la hora de caracterizarlos se acuda a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Concretamente, la acreditación sobre la disponibilidad, por el solicitante del visado, de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, y los de su familia, durante el período de tiempo por el que se desee residir en España, es un elemento reglado y no discrecional, pues el concepto "disponibilidad de medios de vida suficientes", aun cuando pueda ser no siempre de fácil concreción apriorística en el plano abstracto, puede ser concretizado desde la perspectiva de su aplicación al caso concreto. En el mismo sentido, el juicio sobre la eventual peligrosidad del solicitante del visado para la salud pública, el orden público o la seguridad nacional tampoco es el resultado de una potestad discrecional, pues nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados cuya plasmación en cada caso no es resultado de una apreciación discrecional entre alternativas igualmente justas o indiferentes jurídicos, sino la consecuencia de una valoración racional e inteligible

de las circunstancias concurrentes, que ha de conducir de forma casuística a la solución justa.

Aun admitiendo que la concretización de estos conceptos no es rígida y automática sino que, como resulta usual en numerosos conceptos jurídicos indeterminados, conlleva un legítimo margen de apreciación por la Administración ("discrecionalidad débil" se le ha llamado por algún sector doctrinal a ese margen de apreciación propio de ciertos conceptos indeterminados), tal margen siempre ha de responder a un canon de racionalidad y por ende tiene los límites que marcan los principios generales del Derecho Público (singularmente el de interdicción de la arbitrariedad y la adecuación al fin para el que la potestad se ha creado); de manera que no puede definirse como un ámbito de indiferencia jurídica en el que quepa sostener cualquier decisión y ninguna pueda ser jurídicamente discutida".

En este caso, la mera lectura del motivo expresado en cada una de las resoluciones denegatorias y de los recursos de reposición -motivos que ya se dejaron literalmente reproducidos más arriba- permite concluir la ausencia absoluta de motivación en las mismas.

Sobre esta base la parte actora se ha limitado a suponer cuáles podrían haber sido las causas de denegación del visado, vertiendo un argumento único sobre la suficiencia de los medios económicos de los que la unidad familiar dispondría para su sustento durante un año de estancia en España sin realizar actividad laboral alguna. Una suposición que, sin embargo, no permite a esta Sala deducir que haya sido ésta y no otra, susceptibles todas ellas de control jurisdiccional como recuerda el Tribunal Supremo en la Sentencia más arriba citada, la verdadera causa de la denegación de los visados.

Al ser ello así procede, como se dijo, acoger el motivo impugnatorio examinado y estimar en parte la demanda decretando la nulidad, por indefensión material producida a los interesados, de las resoluciones recurridas, y disponiendo asimismo la retroacción de las actuaciones practicadas en vía administrativa al momento de dictar las resoluciones correspondientes en los expedientes de visado; todo ello a fin de que la Administración demandada dicte la resolución que en Derecho proceda en cada expediente, motivando cada una de ellas de modo suficiente para que los solicitantes puedan conocer las razones de la decisión que entonces se adopte.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, al ser estimatorio en parte el fallo que se pronunciará a continuación, no procederá hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo número 352/2017, interpuesto por la representación procesal de D. [REDACTED] y los tres hijos de ambos, menores de edad, [REDACTED], contra sendas (cinco) Resoluciones de 20 de febrero de 2017, de la Embajada de España en Islamabad (Pakistán), desestimatorias de los recursos de reposición formulados frente a las anteriores cinco Resoluciones de 18 de enero de 2017, de la misma Embajada citada, denegatorias de las solicitudes de visado de residencia temporal no lucrativa formuladas por los demandantes

2.- DECLARAR LA NULIDAD de las resoluciones impugnadas.

3.- DISPONER LA RETROACCIÓN de las actuaciones practicadas en vía administrativa al momento de dictarse las resoluciones oportunas en cada uno de los expedientes correspondientes a la solicitudes de visado formuladas por los aquí recurrentes, a fin de que por la Administración demandada se dicten las que en Derecho proceda motivándolas en todo caso de modo suficiente.

4.- Sin hacer un especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Ello previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-93-0352-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-0352-17 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Por esta nuestra Sentencia, de la que se extenderá testimonio para su unión a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Pedro Quintana Carretero

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Arturo Fernández García

Dña. María Dolores Galindo Gil

Dña. María del Pilar García Ruiz

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ