



**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Primera**

C/ General Castaños, 1, Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2021/0002151

**Procedimiento Ordinario 71/2021**

**Demandante:** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

**Demandado:** MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION  
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**SENTENCIA N° 59/2022**

Presidente:

D. [REDACTED]

Magistrados:

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

En Madrid, a 21 de enero de 2022.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el Número 71/2021 y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugna la Resolución del Consulado General de España en La Habana por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 17/12/20 por la que se deniega visado de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Habiendo sido parte demandada en las presentes actuaciones el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, representado y asistido por el Abogado del Estado.

Madrid

Para más información de este procedimiento de inscripción, visite el portal de acceso electrónico a los servicios públicos de Madrid: [www.madrid.org](http://www.madrid.org)

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en esta Sala escrito por el que la Procuradora Sra. [REDACTED] actuando en la representación que de D. [REDACTED] ostenta, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación descrita en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número 71/2021.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, presentado con fecha 8/3/21, se solicitó de este Tribunal el dictado de Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

**TERCERO.-** Por su parte, la demandada, en el escrito de contestación presentado en fecha 8/4/21, y con base en los hechos y fundamentos de derecho en el mismo contenidos, interesó el dictado de Sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

**CUARTO.-** Por Decreto de fecha 12/4/21 se fijó como indeterminada la cuantía del recurso.

**QUINTO.-** El procedimiento se recibió a prueba en virtud de Auto de 15/4/21, practicándose ésta con el resultado que obra en autos.

**SEXTO.-** En los escritos de conclusiones (presentados respectivamente en fechas 19/5/21 y 4/6/21) las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 20/1/22, fecha en que tuvo lugar tal diligencia, quedando los autos conclusos para el dictado de esta resolución, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. [REDACTED]

**OCTAVO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone por la representación de D. [REDACTED] recurso contra la Resolución del Consulado General de España en La Habana desestimatoria del recurso de reposición dirigido contra la Resolución de fecha 17/12/20 por la que se denegaba visado de residencia y trabajo por cuenta ajena.

En disconformidad con la actuación objeto de impugnación, se interesa la anulación de la misma y, consiguientemente, la concesión del visado concernido. Trayendo a colación los antecedentes que tiene por pertinente y sin articular motivos impugnatorios, rechaza de

entrada la existencia de justificación para que por la delegación diplomática se deniegue el visado concernido máxime si se tiene en cuenta que dispondría el solicitante de una oferta de empleo que habría propiciado el que obtuviera la correspondiente autorización de trabajo y residencia de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife.

Discurre la demanda básicamente por la falta de motivación en la que se incurriría, con la consiguiente infracción del artículo 27,6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), en relación con el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Destaca que la denegación no atendería tanto a la documentación presentada sino al resultado de la entrevista y ello pese a que el solicitante contestó correctamente el cuestionario en cuanto al trabajo a realizar. Señala que la delegación diplomática se habría fundado en una mera *"elucubración o suposición"* del funcionario que habría resuelto al margen de las causas tasadas que para la denegación contempla el artículo 69 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RLOEX). Atribuye en definitiva un carácter arbitrario a la decisión adoptada y enfatiza la indefensión que le generaría la indeterminación en la que se incurre.

Frente a lo anterior, la representación del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN (SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS DE EXTRANJERÍA) formula oposición al recurso interpuesto interesando su desestimación al entender que la actuación es ajustada a Derecho. Invoca de entrada la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa razonando al efecto que el actor *"no es la persona directamente afectada por el acto administrativo"* sino el empresario del que procede la oferta de trabajo. Resalta la diferencia entre un supuesto como el que aquí se analiza y el de aquellos en los que es una entidad la que solicita autorización de residencia y trabajo para un profesional altamente cualificado. Y destaca que no se trata de cubrir un puesto de trabajo singular sino que se estaría ante una *"simple oferta"* que formula un empresario persona física a un *"extranjero de nacionalidad cubana para trabajar como su empleado doméstico"*.

En cuanto al fondo, postula la desestimación del recurso por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho y, de forma subsidiaria, la estimación parcial en orden a retrotraer las actuaciones para motivar la resolución. Sostiene que en la *"corta entrevista personal"* el solicitante no habría concretado aspectos referentes al empleo por el que pretende establecerse en España tales como su sueldo. Admite en todo caso que, *"aunque la motivación de la resolución guarda semejanza"* con los motivos de denegación que aparecen previstos en el Reglamento (CE) N° 810/2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario sobre Visados (Código de Visados), es lo cierto que *"no coincide exactamente con ellos"* y que *"resulta un tanto parca"* al no concretar cuáles son las afirmaciones formuladas por el interesado en la entrevista que se considera que no se ajustan a la verdad.

**SEGUNDO.-** Expuestas las respectivas posiciones de las partes, se hace preciso realizar una serie de consideraciones a propósito de la base fáctica y jurídica en las que la actuación objeto de impugnación se sustenta:

-Por Resolución del Consulado General de España en La Habana se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 17/12 20 por la que se deniega el visado de residencia y trabajo por cuenta ajena interesado el 26/11/20 por D. \_\_\_\_\_,

Ello con el fin de desempeñarse como empleado doméstico del actor.

-Se fundó tal denegación en la existencia de *«incongruencias e inexactitudes en los documentos aportados»*. Con la reposición se señala que *«no se aprecian nuevos elementos que justifiquen una modificación de la resolución denegatoria»*.

**TERCERO.-** Sintetizados en la forma que antecede tanto los hechos esenciales para la comprensión de la controversia como las respectivas posiciones de las partes y el contenido de la Resolución impugnada, la primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la invocada falta de legitimación activa que abocaría a la inadmisión del recurso ex artículos 19 y 69 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). Repárese en que el actor es en este caso el empleador del solicitante y, según la tesis de la demandada, en tanto que persona *“no directamente afectada por el acto administrativo”*, carecería de derecho o interés legítimo en el recurso.

Tal planteamiento no puede ser compartido. Como señala la Sala Tercera [por todas, Sentencia (Sección 5ª) de 16 de diciembre de 2011 (rec. 171/2008)], *«la legitimación activa del artículo 19.1 de la LJCA, como cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte demandante en un proceso concreto, se vincula a la relación que media entre aquella y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona a la titularidad de un derecho o interés legítimo cuya tutela se postula (apartado a) del mentado artículo 19.1)»*. En línea con lo anterior, como ha declarado esta Sala y Sección [entre otras, Sentencia Nº 57/2020, de 23 de enero (rec. 819/2019)], la legitimación procesal del artículo 19,1 a) LJCA *«es una condición de la admisibilidad del proceso (y no de la validez jurídica de la pretensión en él deducida), que equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica (sea ésta de carácter material o moral) por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar»*.

Consiguientemente, resulta evidente que el demandante tiene interés en la contratación del solicitante mientras que la Administración no contrarresta la necesidad de tal contratación, siendo así que tal es precisamente la circunstancia que confiere interés al actor que, como empleador, de resultar favorable la decisión del pleito, cubriría la vacante ofertada por la persona que reputa capacitada e idónea para ello.

**CUARTO.-** Descartado el óbice procesal, la siguiente cuestión a la que lleva la demanda es la relativa a la falta de motivación que atribuye a la actuación impugnada y para cuyo examen ha de estarse exclusivamente a los razonamientos que acaban de ser transcritos (*«incongruencias e inexactitudes en los documentos aportados»*).



Cabe recordar que el artículo 20.2 LOEX dispone que en los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería se respetará 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". A este respecto, indica el artículo 27.6 LOEX que "la denegación de 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 de tránsito".

Sobre tal base normativa y por mor del deber de motivación que el artículo 35 LPACAP también prevé, la Administración viene obligada a aportar una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada y que ésta resulte asequible al destinatario de la misma, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y éstos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican conforme al artículo 106.1 de la Constitución.

El cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado prevista en el artículo 48,2 LPACAP. Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser ya un vicio invalidante, ya una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Así las cosas, ha de acudir a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido o no la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa.

Proyectando cuanto antecede al supuesto que nos ocupa, bien puede apreciarse que ninguna razón se ofrece por la demandada para justificar la denegación que dispone en atención a lo que era realmente instado. Ello en la medida en que la respuesta obtenida por el solicitante se limitó a expresar que existirían «incongruencias e inexactitudes en los documentos aportados» si bien en ningún momento (tampoco con ocasión del recurso de reposición) se precisa en qué incongruencias se incurre o de qué inexactitudes se trata.

En consecuencia, habiéndose prescindido en la actuación recurrida de ofrecer una explicación sobre las circunstancias que en el solicitante concurrirían y que le llevaron a denegar el visado, resulta imposible para la parte recurrente combatir la decisión adoptada. Ello no impedirá en el presente caso a analizar el fondo del asunto por cuanto en el expediente se encuentran elementos suficientes para ello. A tal efecto, conviene tener presente que el vigente sistema español de extranjería establecido por la LOEX 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.

Madrid



Las disposiciones reglamentarias aplicables son las contenidas en el RLOEX, cuyo artículo 62 establece 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 período superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena. Por otro lado, conforme expresa el artículo 27.4 LOEX, 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 la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana. Asimismo, no se configura como un derecho fundamental del extranjero la entrada en nuestro país ya sea para una estancia corta o para prestar servicios por cuenta ajena, circunstancia ésta que deviene relevante toda vez que el supuesto normativo que aquí se examina no contempla propiamente la restricción de un derecho en tanto que la obtención del visado no es un derecho reglado del extranjero por no ser el derecho a entrar en España un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el artículo 19 de la Constitución.

A cuanto antecede ha de añadirse el que, tal y como tiene esta Sala y Sección declarado, las delegaciones diplomáticas, al estar ubicadas en o muy cercanas al país de origen del solicitante del visado, conocen mejor su realidad social, jurídica y administrativa y tienen por ello más elementos de convicción que las autoridades nacionales que otorgan la previa autorización de residencia temporal para poder aplicar la normativa sobre extranjería, pudiendo además proceder al cotejo de los documentos presentados para la concesión del visado a fin de determinar no sólo su autenticidad sino también la veracidad de su contenido. Tal criterio ha sido reiteradamente confirmado por la Sala Tercera [por todas, Sentencia (Sección 3ª) de 23 de julio de 2014 (rec. 2995/2013)].

Consta en el expediente autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial otorgada al solicitante por la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz Tenerife en fecha 26/10/20. Ésta respondería al contrato de trabajo temporal de duración determinado del servicio del hogar familiar aportado por el actor y en el que figura el solicitante como empleado del hogar a tiempo completo, con 40 horas semanales, de Lunes a Domingo. Además, se ha realizado por la delegación diplomática la entrevista personal a la que se refiere el apartado 4º de la Disposición Adicional Décima RLOEX [folio 22 e.a.] y en la que el solicitante del visado, nacido el 4/12/93, precisa dónde trabajará (Arona), con quién vivirá (con su padre), cómo consiguió la oferta laboral (a través de su progenitor) y en qué consistirá la misma. Señala igualmente que percibirá el salario mínimo profesional aun cuando no llegue a concretar en qué concreta cantidad ello se traduce.

Así las cosas, teniendo en cuenta la realidad del contrato suscrito, la naturaleza de la actividad a desempeñar, la no discutida experiencia previa en la misma y la ausencia de requerimientos especiales a tal fin, no puede compartirse la conclusión alcanzada por la Administración en tanto que para inferir el fraude que se aprecia hubo de indagar sobre las circunstancias laborales en las que el solicitante del visado pretende desenvolverse en España, siendo así que al no haberlo hecho no se encuentra elemento alguno que lleve a colegir que se persigue un fin distinto del que ampara la norma que se esgrime.

Se sigue de lo anterior la íntegra estimación del recurso y, consiguientemente, el reconocimiento del derecho a obtener el visado interesado.



Madrid

**QUINTO.-** El artículo 139,1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), establece 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”*. Y el apartado 4º del mismo precepto indica que *“la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima”*. En atención tanto al sentido del Fallo como a la entidad y complejidad del asunto y, por ende, la actuación profesional desarrollada en esta instancia, se entiende procedente imponer las costas a la parte demandada si bien limitando la cantidad que en concepto de honorarios de Abogado y derechos de Procurador ha de satisfacer a la parte contraria hasta una cifra máxima total de 500 euros más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación,

### FALLAMOS

**Estimar el recurso interpuesto por la representación de D. [REDACTED] contra la Resolución del Consulado General de España en La Habana por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 17/12/20 [por la que se deniega visado de residencia y trabajo por cuenta ajena] y, en consecuencia, la anulamos por resultar contraria a Derecho, declarando el derecho del solicitante a la obtención del visado instado.**

**Todo ello con imposición de costas a la demandada si bien con la limitación expuesta en el Fundamento de Derecho 5º.**

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. 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 2414-0000-93-0071-21 (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 2414-0000-93-0071-21 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

5

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.