



Roj: **STSJ M 13533/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:13533**

Id Cendoj: **28079330012019100698**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2019**

Nº de Recurso: **194/2019**

Nº de Resolución: **777/2019**

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 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2019/0003638

Procedimiento Ordinario 194/2019

Demandante: D./Dña. Diego PROCURADOR D./Dña. AMPARO IVANA ROUANET MOTA

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 777/2019

Presidente:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

Magistrados:

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En la Villa de Madrid, a diez de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 194/2019, interpuesto por don Diego , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ivana Rouanet Mota, contra la resolución dictada por la Embajada de España en Kuwait de fecha 13 de diciembre de 2018 que, en reposición, confirma la de fecha 24 de octubre de 2018 denegatoria de solicitud de visado de estancia por estudios. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por don Diego se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 13 de febrero de 2.019 contra los actos antes mencionados, acordándose su admisión, y formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado 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, se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas y se acuerde



la retroacción de las actuaciones del procedimiento a fin de que la Administración dicte nueva resolución, debidamente motivada o, subsidiariamente, se conceda el visado de estudios 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 ello, con fecha 27 de noviembre de 2019 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional don Diego impugna la resolución dictada por la Embajada de España en Kuwait de fecha 13 de diciembre de 2018 que, en reposición, confirma la de fecha 24 de octubre de 2018 por la que se denegaba su solicitud de visado de estudios señalando que "Su solicitud ha sido desestimada de acuerdo con el artículo 39, punto noveno, letra b) del RD 557/2011, de 20 de abril, modificado por el RD-Ley 11/2018 de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la L.O. 8/2000, de 22 diciembre, por la LO. 11/2003, de 29 de septiembre, por la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre y por la L.O. 2/2009 de 11 de diciembre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, atendiendo a los siguientes motivos:

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

SEGUNDO.- La parte recurrente impugna las citadas resoluciones aduciendo su falta de motivación con infracción del artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Añade que concurren todos los requisitos para la concesión del visado.

Se opone la Administración demandada indicando aunque la resolución del Consulado denegando dicho visado es muy genérica e inconcreta, en cuanto a su motivación, esta última viene debidamente explicitada y explicada en el informe complementario que figura en el expediente y en el que, claramente, se indica que, a lo largo de 2017 y 2018, el actor presentó tres solicitudes de visados, por distintos motivos, que le fueron denegadas por existir dudas fundadas acerca de la verdadera finalidad del visado y el propósito del actor de retornar al país de origen. Por si ello fuera poco, también presentó solicitud de visado Shengen ante el consulado de Italia en Kuwait que le fue igualmente denegado por motivos similares. Además, el visado que, ahora, se solicita presenta serias dudas sobre la veracidad de los motivos aducidos.

TERCERO.- En relación con la motivación de la resolución, el artículo 27.6 de la Ley Orgánica determina 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" por lo que, en principio, no comprendería a los de estudios.

La no necesidad de motivación de este tipo de visados ya fue recogida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2012 (casación 332/2010) y 29 de octubre de 2008 (casación 3144/2005) que expresaron que "El tiempo ha venido a confirmar la corrección del precepto legal de referencia, cuya constitucionalidad — por la ausencia de la total exigencia de motivación — fue discutida desde distintas perspectiva; sin embargo el Tribunal Constitucional, en la STC 236/2007, de 11 de noviembre — y las demás que le han seguido, SSTC 259/2007, de 19 de diciembre, 260, 261, 260, 263, 264 y 267/2007, todas ellas de 20 de diciembre — ha descartado tal planteamiento. Concretamente, y por lo que aquí nos afecta, la STC 236/2007 ha señalado en su Fundamento Jurídico 12 que:

"La pretensión de inconstitucionalidad del precepto aquí examinado se basa en la exoneración del deber de motivación referido, no a una resolución judicial, sino a una resolución administrativa denegatoria de un visado, con las excepciones mencionadas. Al respecto, ya señalamos en su día que "frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones" (STC 7/1998, de 13 de febrero, FJ 6).



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 (STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 8). Por otra parte, en este proceso se enjuicia la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, pero no se fiscaliza un acto administrativo mediante un recurso de amparo.

Por ello nuestro juicio debe centrarse en la pretendida inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, ya identificados previamente, por estimarse contrarios al art. 24.1 CE en relación con los arts. 9.3 y 106.1 CE. Pues bien, la exoneración del deber de motivación de los actos administrativos denegatorios del visado establecida en aquellos preceptos no debe reputarse contraria al art. 24.1 CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental, como ha quedado expuesto. Por otra parte, aquella exoneración tampoco debe considerarse incompatible con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y con el obligado control de la actuación administrativa por parte de los Tribunales (art. 106.1 CE), que la Ley aquí enjuiciada garantiza "en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España" (art. 65.2).

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.

En consecuencia, debemos declarar que no es inconstitucional el apartado 5 del art. 27 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que le da el art. 1, punto 20 de la Ley Orgánica 8/2000, ni la remisión que a tal precepto se hace en el apartado 2 del nuevo art. 20 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que le ha dado el art. 1, punto 14 de la Ley Orgánica 8/2000".

Sucede que dicha doctrina se refería a una normativa en la que los visados de estudios se regulaban fuera de los de estancia (art. 85 del RD 2393/2004) actualmente el visado de estudios ha pasado a ser una modalidad del visado de estancia y, en su consecuencia, resulta exigible una motivación concreta basada en el artículo 39.5 del Reglamento y entendemos que la expresada es notoriamente insuficiente dado que en ella no consta la razón que sirve de invocación a la denegación pues, ni siquiera, existe un análisis de la documentación aportada con la solicitud a través de la cual se procedería llegar a conclusión alguna que determine las razones para poder denegar el visado solicitado.

En consecuencia, se produce una clara indefensión en el recurrente que desconoce las verdaderas razones por las que se deniega su visado lo que determina que deba estimarse parcialmente el recurso con retroacción de las actuaciones administrativas a fin de que por el Consulado se motive la resolución de la solicitud presentada.

CUARTO.- 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 habida cuenta que dicha falta de motivación ha generado un ejercicio de acción necesario para la defensa de su derecho.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de trescientos euros (300 €) por los honorarios de Letrado y Procurador, más el IVA correspondiente a dichas cantidades, y ello en función de la índole del litigio y la actividad desplegada por las partes.

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

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don Diego contra la resolución dictada por la Embajada de España en Kuwait de fecha 13 de diciembre de 2018 que, en reposición, confirma la de fecha 24 de octubre de 2018 que anulamos ordenando retrotraer el expediente a fin de que por el Consulado se motive adecuadamente su resolución.



Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la Administración en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía y conceptos expresados.

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 2414-0000-93-0194-19 (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 2414-0000-93-0194-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Francisco Javier Canabal Conejos D. José Arturo Fernández García

D. José Damián Iranzo Cerezo