



Roj: **STSJ M 12570/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:12570**

Id Cendoj: **28079330012019100657**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2019**

Nº de Recurso: **505/2019**

Nº de Resolución: **685/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA**

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: 28.079.00.3-2019/0010853

Procedimiento Ordinario 505/2019

Demandante: D./Dña. Carlos Daniel

PROCURADOR D./Dña. VIRGILIO JOSE NAVARRO CERRILLO

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 685/2019

Presidente:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

Magistrados:

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve.

VISTOS por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo 505/2019 promovidos por el procurador de los tribunales don Virgilio Navarro Cerrillo, en nombre y representación de **DON Carlos Daniel**, contra la resolución dictada, el 6 de marzo de 2019, por la Embajada de España en Islamabad (Pakistán) que deniega la solicitud de visado de residencia temporal no lucrativa presentada el 23 de enero de 2019 por dicho recurrente; habiendo sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte recurrente arriba expresada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución ante mencionada, acordándose su admisión a trámite.



SEGUNDO: En el momento procesal oportuno se requirió a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando, en esencia, que se revoque la resolución recurrida y se conceda al actor el visado solicitado.

TERCERO: A continuación se confirió traslado a la Abogacía del Estado, en la representación que ostentaba de la Administración General del Estado para que contestara a la demanda, lo que se verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmando la legalidad del acto impugnado.

CUARTO: Se ha fijado la cuantía del procedimiento en indeterminada. Recibido el juicio a prueba se practicaron aquellos medios de prueba que admitidos su resultado obra en autos. Finalmente quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que se verificó para el día 30 de octubre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. D^o José Arturo Fernández García, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, nacional de Pakistán y residente en dicho país, impugna por medio de este recurso contencioso administrativo la resolución administrativa reseñada en el encabezamiento que deniega su solicitud de visado de residencia temporal no lucrativa.

La resolución deniega el visado por lo establecido en el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertad de los extranjeros en España y su integración social, por no contar el interesado con medios económicos suficientes o no acreditar una fuente de percepción periódica de ingresos para atender sus gastos de manutención y estancia por el período de tiempo que residiría en España, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional.

SEGUNDO.- En la demanda se impugna la mencionada resolución alegándose, esencialmente, que el solicitante ha acreditado tener los medios económicos exigidos por el artículo 47.3 del RD 557/2011. Previamente alega la falta de motivación de la resolución recurrida.

La defensa del Estado se opone a la demanda y argumenta que la resolución impugnada se ajusta a derecho.

TERCERO.- Con relación a la causa de impugnación de falta de motivación del acto recurrido, se ha de señalar que 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. En el artículo 27.6 de dicha ley se dispone que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, de estancia o de tránsito.

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 lo tanto, 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 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.-, 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.



Desde un punto de vista constitucional (artículo 24 de la CE) la indefensión tiene un carácter material más que formal, de forma que únicamente concurre cuando el interesado se ve, de forma injustificada, imposibilitado para instar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos o cuando la vulneración de las normas procesales o procedimentales supone el cercenamiento del derecho a la defensa, siempre con la consecuencia del daño real y efectivo para los intereses del afectado al quedar privado de su derecho a alegar, probar y, en su caso, para replicar las argumentaciones contrarias (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1984, 48/1984, 70/1984, 48/1986, 155/1988 y 58/1989, entre otras muchas).

En el presente caso, no obstante que la normativa de extranjería no exige estrictamente ese requisito de motivación en un caso como el presente, de residencia temporal no lucrativa, como arriba, sin embargo, ya se ha expuesto, el acto recurrido deniega el visado solicitado por no acreditarse que el solicitante tenga medios económicos suficientes para poder residir en España durante el tiempo del visado sin realizar actividades no lucrativas. En la demanda la parte combate esos razonamientos (que, en principio, dan cumplimiento al requisito de motivación del art. 35 de la Ley 39/2015) argumentando que el interesado posee una cuenta corriente con un saldo superior al exigido legalmente en estos casos, además de cumplir el resto de requisitos. Ello supone que la parte ha podido defenderse con alegaciones y articular medios de prueba en tal sentido (documental, esencialmente), por lo que no existe la efectiva indefensión en tanto requisito legal para poder anular una resolución por falta de motivación. Otra cuestión es si el acto impugnado se ajusta o no a derecho, pero ello se examinará con la cuestión de fondo.

Los artículos 46, 47, 48 y 49 del Real Decreto 445/2011 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, disponen:

" Residencia temporal no lucrativa

Artículo 46 Requisitos

Para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal sin realizar actividades laborales o profesionales, así como del correspondiente visado, el extranjero solicitante deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) No encontrarse irregularmente en territorio español.*
- b) En el caso de que el solicitante sea mayor de edad penal, carecer de antecedentes penales en España y en los países anteriores donde haya residido durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español.*
- c) No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.*
- d) Contar con medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se desee residir en España, y sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional, de conformidad con lo dispuesto en esta sección.*
- e) Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.*
- f) No encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen.*
- g) No padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.*
- h) Haber abonado la tasa por tramitación de los procedimientos.*

Artículo 47 Medios económicos a acreditar para la obtención de una autorización de residencia temporal

1. Los extranjeros que deseen residir en España sin realizar una actividad laboral o lucrativa deberán contar con medios económicos suficientes para el periodo de residencia que solicitan, o acreditar una fuente de percepción periódica de ingresos, para sí mismo y, en su caso, su familia, en las siguientes cuantías, que se establecen con carácter de mínimas y referidas al momento de solicitud del visado o de renovación de la autorización:

- a) Para su sostenimiento, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 400% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera.*



b) Para el sostenimiento de cada uno de los familiares a su cargo, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 100% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera, cantidad a acreditar de forma adicional a la referida en el apartado a) anterior.

2. En ambos casos, la cuantía global de medios económicos habrá de suponer la disposición de la cuantía mensual calculada con base a lo establecido en el apartado anterior, en relación con el tiempo de vigencia de la autorización solicitada.

3. La disponibilidad de medios económicos suficientes se acreditará mediante la presentación de la documentación que permita verificar la percepción de ingresos periódicos y suficientes o la tenencia de un patrimonio que garantice dicha percepción de ingresos.

La disponibilidad se podrá acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluyendo la aportación de títulos de propiedad, cheques certificados o tarjetas de crédito, que deberán ir acompañados de una certificación bancaria que acredite la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta.

Si los medios económicos proceden de acciones o participaciones en empresas españolas, mixtas o extranjeras radicadas en España, el interesado acreditará, mediante certificación de las mismas, que no ejerce actividad laboral alguna en dichas empresas, y presentará declaración jurada en tal sentido.

Artículo 48 Procedimiento

1. El extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales o profesionales deberá solicitar, personalmente, el correspondiente visado, según el modelo oficial, en la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar otra misión diplomática u oficina consular en la que corresponda presentar la solicitud.

La solicitud del visado conllevará la de la autorización de residencia temporal no lucrativa.

2. A la solicitud deberá acompañar:

- a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año.
- b) Certificado de antecedentes penales, o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que acredite el cumplimiento del requisito previsto en el apartado b) del artículo 46.
- c) Los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en los apartados d) y e) del artículo 46.
- d) Certificado médico que acredite el cumplimiento del requisito previsto en el apartado g) del artículo 46.

3. Presentada la solicitud, será grabada en el sistema de visados de la aplicación correspondiente, de forma que la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero tenga constancia de la solicitud presentada, así como de la documentación que la acompaña en lo relativo a los requisitos que le corresponde valorar.

4. La Delegación o Subdelegación del Gobierno, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, resolverá la concesión o denegación de la autorización de residencia, previa valoración del cumplimiento del requisito previsto en el apartado f) del artículo 46, así como del previsto en su apartado b) en lo que respecta a la carencia de antecedentes penales en España.

A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno grabará la resolución en la aplicación correspondiente, para su conocimiento por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y por la oficina consular o misión diplomática correspondiente. La eficacia de la autorización quedará supeditada a la expedición, en su caso, del visado y a la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional.

5. Si la resolución es desfavorable, y así se entenderá si en el plazo de un mes no se comunica, la misión diplomática u oficina consular notificará al interesado la resolución. Igualmente, la misión diplomática u oficina consular resolverá el archivo del procedimiento relativo al visado.

6. Concedida, en su caso, la autorización, la misión diplomática u oficina consular resolverá y expedirá el visado, previa valoración del cumplimiento de los requisitos previstos en los apartados a), c), d), e) y g) del artículo 46, así como del previsto en su apartado b) en lo que respecta a la carencia de antecedentes penales en anteriores



países de residencia del extranjero y el contemplado en el apartado h) respecto a la tasas por tramitación del procedimiento sobre la autorización.

El visado será denegado:

a) Cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 46 cuya valoración corresponda a la misión diplomática u oficina consular.

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

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

7. Notificada, en su caso, la concesión del visado, el solicitante deberá recogerlo personalmente en el plazo de un mes. En caso de no hacerlo así, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento.

8. Asimismo, una vez recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español, de conformidad con lo establecido en el título I, en el plazo de vigencia del visado, que en ningún caso será superior a tres meses.

Una vez efectuada la entrada, deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes, ante la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía correspondientes, la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización de residencia temporal y será retirada por el extranjero".

Artículo 49 Efectos del visado y duración de la autorización inicial de residencia

1. vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que efectúe la entrada en España, la cual deberá hacerse constar obligatoriamente en el pasaporte a o título de viaje.

2. La autorización inicial de residencia temporal tendrá la duración de un año".

La disposición adicional décima de dicho reglamento prescribe en su punto 3 que "la misión diplomática u oficina consular ante la que presente la solicitud de visado, si mediara una causa que los justifique, además de la documentación que sea preceptiva, podrá requerir los informes que resulten necesarios para resolver dicha solicitud".

CUARTO.- Con carácter previo se ha de indicar que la normativa expuesta atribuye la valoración de los requisitos de capacidad económica de los solicitantes exclusivamente a la delegación diplomática competente así como los otros previstos legalmente. En este caso, sólo cuestiona dicha Administración ese requisito económico y por ello deniega el visado al actor .

Como esta Sala ya ha establecido de forma reiterada y uniforme en distintas sentencias, el literal del artículo 47 del mencionado RD 557/2011 exige al interesado, a fin de poder obtener un visado como el presente, cumplir uno de los dos requisitos recogidos en el mismo: contar con medios económicos suficientes en los términos igualmente definidos en dicha norma (letras a) y b) del primer apartado), o (se utiliza esa partícula disyuntiva después de una coma) acreditar una fuente periódica de ingresos en la misma forma regulada en tal precepto (apartado 3).

En el expediente administrativo, al folio 5-4, obra certificación emitida por la entidad Habib Bank indicando que el recurrente es titular de una cuenta en esa entidad que a fecha 25 de febrero de 2019 tiene un saldo de 5.114.880 rupias pakistaníes o 32.787 euros.

El citado saldo arriba reflejado de la cuenta bancaria supone en principio que el recurrente que solicita el visado cuenta con los medios económicos suficientes exigidos por el artículo 47 del RD 557/2011 para la obtención de una autorización como la presente en tanto requisito primero, y sin necesidad por tanto ya de acreditar el segundo. Así se deduce, como ya se ha dicho, del literal de los dos primeros párrafos del apartado 1 de dicho precepto arriba expuesto. Reiterar, pues, que la prueba de una fuente de percepción periódica de ingresos es una condición que se exige también, pero de forma disyuntiva y no de forma cumulativa junto con aquella primera, dado que se utiliza la partícula "o": o una, u otra.

A todo lo cual se ha de añadir que la valoración que se han de hacer de esos medios, según los criterios del apartado 1 de dicho precepto, ha de ser partiendo de que de conformidad con el artículo 49 del reglamento la autorización de residencia temporal tendrá una duración de un año (STS de 5 de mayo de 2014, rec. casación. 3450/2013).

Efectivamente, el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) para el año 2019 es de las siguientes cuantías en vigor:



IPREM diario: 17,93 euros por día

IPREM mensual: 537,84 euros por mes

IPREM anual: 6.454,03 euros por año

IPREM anual incluyendo pagas extraordinarias prorrateadas: 7.519,59 euros

En este caso los medios económicos acreditados que posee el recurrente, según la documentación contenida en el expediente, dado, se reitera, que la residencia temporal no lucrativa a conceder es de un año, supera el límite del 400 % exigido por la normativa arriba reseñada en el caso de una persona; el límite de dicho IPREM ascendería a 25.812,12 € (anual sin pagas extraordinarias prorrateadas) o 30.078,36 € (anual con pagas extraordinarias prorrateadas).

Esta Sala mantiene el criterio de que el límite que se ha de tomar en estos casos es el de dicho marcador oficial del anual con pagas extraordinarias prorrateadas, porque el IPREM, en función de su naturaleza, a los efectos de la pretensión deducida se tiene que entender en relación directa con el SMI para el que se computan 14 pagas (sentencias de 30 de noviembre de 2018, recurso 579/2018 y de 21 de diciembre de 2018, recurso 522/2018).

En definitiva, partiendo de lo expuesto y del resto de la documentación presentada, se concluye que el interesado cumple con todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable al caso, y por ello se ha de estimar el recurso presentado y anular la resolución recurrida por no ser conforme a derecho. Ello con la consecuencia, dado que se trata de solicitud denegada, de reconocer al solicitante, el demandante, su derecho a obtener el visado de residencia temporal no lucrativa solicitado.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en este caso serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, de los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de 300 € más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

A la vista de los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

ESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por la representación de **DON Carlos Daniel**, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** la resolución recurrida y reseñada en el encabezamiento de esta sentencia por no ser conforme a derecho, y declarar el derecho de dicho recurrente a obtener su visado de residencia temporal no lucrativa solicitado; con imposición de las costas de este recurso a la Administración demandada en cuantía y en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

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 2414-0000-93-0505-19 (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 2414-0000-93-0505-19 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, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

D. José Damián Iranzo Cerezo