



Roj: **STS 2366/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2366**

Id Cendoj: **28079130032011100171**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/05/2011**

Nº de Recurso: **4933/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8057/2007,**  
**STS 2366/2011**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4933/2007 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 13 de junio de 2007 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso número 2676/2004 , sobre denegación de visado; es parte recurrida D<sup>a</sup>. Fermina , representada por la Procurador D<sup>a</sup>. María del Pilar Vived de la Vega.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** D<sup>a</sup>. Fermina interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el recurso contencioso-administrativo número 2676/2004 contra la resolución del Consulado de España en Tánger de fecha 30 de abril de 2004 que le comunicó que "la solicitud de visado ha sido denegada de conformidad con el artículo 15 y en relación con el artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 , por no reunir las condiciones enunciadas en las letras c,e del apartado 1 de dicho artículo 5 y en particular las relacionadas con: Falta garantías de retorno".

**Segundo.-** En su escrito de demanda, de 14 de noviembre de 2005, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos. Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

**Tercero.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 20 de diciembre de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se declare la inadmisibilidad del recurso ex art. 69.c) de la LJCA o, subsidiariamente, lo desestime íntegramente, con expresa imposición de costas al recurrente ex artículo 139 de la LJCA ". Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba.

**Cuarto.-** Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 22 de diciembre de 2005 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Estimar el recurso contencioso-administrativo 2676/04, interpuesto por D. Fermina contra la Resolución de 30-4-04 del Consulado de España en Tánger (Marruecos), por la que se acuerda denegar la solicitud de visado de estancia por 90 días, formulada en fecha 27-4-04 ante dicho Consulado, por la recurrente, nacional marroquí, por causa de 'falta de garantías de retorno', actuación administrativa que se anula y revoca en cuanto que no resulta ajustada a Derecho, debiendo la demandada estar y pasar por ello. No procede pronunciamiento alguno en las costas del presente recurso."



**Quinto.-** Con fecha 10 de diciembre de 2007 el Abogado del Estado interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 4933/2007 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo: Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por vulnerar la sentencia recurrida los arts. 25 y 27 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LO 4/2000), reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Ello en relación con el art. 11.1 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, de desarrollo de aquélla (RD 864/01) [...]. También por infracción, dada su extemporánea aplicación, del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, de **Extranjería**, en concreto de sus Disposiciones Transitorias Segunda y Final Cuarta sobre su entrada en vigor".

**Sexto.-** El Letrado de D<sup>a</sup>. Fermina presentó escrito con fecha 2 de julio de 2008 en el que dijo habersele "notificado diligencia por la que se me concedía plazo según el artículo 882.2 de la LECR [...] y [...] manifestar su oposición a los (sic) manifestado por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición (sic)".

**Séptimo.-** Por providencia de 22 de febrero de 2011 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 26 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 13 de junio de 2007, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup>. Fermina, nacional de Marruecos, contra la resolución administrativa antes reseñada, de 30 de abril de 2004, que le denegó su "solicitud de visado Schengen". El visado de entrada en España que había instado dicha señora lo fue bajo la modalidad "turística" para un período de "corta duración" (treinta días).

La resolución desfavorable, emitida por el Consulado de España en Tánger, se basaba en que la solicitud no ofrecía garantías de retorno al país de procedencia (Marruecos) y no venía acompañada de una carta de invitación de un ciudadano español que garantizase el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 11 del Reglamento de **extranjería** vigente en abril de 2004.

**Segundo.-** La Sala de instancia transcribió en el fundamento jurídico tercero de su sentencia las normas legales y reglamentarias que consideró aplicables al caso, esto es, el artículo 27 de la Ley Orgánica 4/2000 (tras su reforma por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003) y el artículo 11.1 del Reglamento que la desarrollaba, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. En el sexto fundamento jurídico consideró suficientemente motivada la resolución denegatoria objeto de recurso, rechazando la correlativa alegación de la demanda.

En el cuarto fundamento de derecho el tribunal expuso las razones por las que consideraba indebidamente denegado el visado de entrada en España, en los siguientes términos:

"[...] Pues bien, en el presente caso, conforme al expediente tramitado, tenemos que la recurrente acompaña a su solicitud de visado la documentación pertinente, así como compromiso de invitación, formalizado notarialmente por hija de la actora, residente legal en España (Almería), que cumple los requisitos de contenido exigibles a tal documento, conforme a la normativa transcrita.

Del expediente remitido, cuya Resolución aquí impugnada se limita escuetamente a citar la causa de denegación apreciada, sin mayor fundamentación, tenemos que únicamente una información, suscrita a 27-4-04 (página 5 del mismo) por el Jefe de Visados y un empleado consular, hace referencia a tal causa de denegación, detallando circunstancias personales (estado civil, edad y alguna otra de carácter económico o similar) que no justifican con suficiencia en modo alguno la citada causa de denegación (añadiendo además que la documentación que presenta la hija invitante está completa), cuanto más si estamos ante un visado de corta duración de carácter turístico, no pudiendo razonablemente denegarse de la forma realizada tal visado impidiendo con ello la visita de tal cercano familiar a su hija legalmente establecida en España, con domicilio fijo y medios económicos para atenderla en su estancia prevista.

Repárese en que el compromiso de invitación cubre, cual exige la norma transcrita, la garantía de retorno, aunque no haya aquí sido suscrito por nacional español, lo que no exige ya el nuevo Reglamento de **Extranjería**, aprobado por RD 2393/04, de 30-12 (artº 28.3)".

**Tercero.-** El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado consta de un solo motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, en el que se citan como infringidas las disposiciones legales y reglamentarias que han sido transcritas en el antecedente de hecho quinto.



En el desarrollo del motivo, sin embargo, el Abogado del Estado se limita a argumentar sobre la concurrencia de uno de los requisitos que figuran en el tan citado artículo 11.1 del Reglamento de **extranjería** aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio . A su juicio, la sentencia recurrida "infringe el ordenamiento jurídico porque [...] de una parte, basa su decisión estimatoria en un Reglamento de **Extranjería**, aprobado por RD 2393/04, de 30 de diciembre, en vigor, según su Disposición final cuarta, desde el 7 de febrero de 2005 que, dada la fecha de solicitud de visado, no era de aplicación al caso". Añade además el Abogado del Estado que "[...] la sentencia asume que el compromiso de retorno incluido en la carta de invitación de un familiar debe ser necesariamente aceptado por la Administración como garantía suficiente en tal sentido, lo que no resulta en absoluto del tenor literal del RD 864/01, ni tampoco del RD 2393/04 que lo sustituye".

**Cuarto.-** Formulado en estos términos, el motivo debe ser desestimado. Todo el debate gira, en realidad, en torno a una cuestión de mero hecho y de apreciación de las pruebas relativas a la garantía de que la solicitante de visado regresaría a su país de origen tras la estancia de corta duración en España para visitar a su hija, residente en Almería.

La garantía de retorno o regreso al país de origen, una vez finalizada la estancia temporal en el de destino, es una exigencia derivada de la aplicación de las normas reguladoras de la concesión de visados como el de autos. El juego combinado de los artículos 5.1 y 15 del Convenio de Aplicación del Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, permite concluir que, para estancias de corta duración que no excedan de tres meses "[...] se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan las condiciones siguientes: [...] en su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios".

Por su parte el ya citado artículo 11 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio , que era el aplicable *ratione temporis* a la solicitud de autos, disponía que entre la documentación requerida para los visados de corta estancia había de figurar la que acredite, entre otras, "las garantías de retorno al país de procedencia".

La Sala de instancia puede apreciar los documentos incorporados al expediente en un sentido diferente del que la Administración ha adoptado y estimar que existen en aquél los elementos de juicio suficientes como para entender cumplida la garantía de retorno en un supuesto determinado. Ello no es sino consecuencia del deber jurisdiccional de controlar que la actuación administrativa se ajuste a las normas que ha de aplicar, incluyendo en dicho control el relativo a la apreciación de los hechos sobre los que descansa la decisión impugnada (en este mismo sentido, y referida a otra denegación de visado de corta duración, nos pronunciamos en la sentencia de 24 de junio de 2008 al resolver el recurso de casación número 11565/2004 ). Y la apreciación de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, según tantas veces hemos repetido, no es en principio susceptible de ser reexaminada en casación.

La apreciación *ad casum* que haga en un determinado recurso el tribunal de instancia no equivale, como parece deducir el Abogado del Estado, a establecer con carácter general que cualquier carta de invitación de un extranjero familiar residente en España deba "ser necesariamente aceptada por la Administración como garantía suficiente en tal sentido". Por el contrario, habrá que ponderar todos los factores objetivos que el conjunto de documentos aportados por cada solicitante ponga de relieve. Lo cual determinará que en ciertos casos quepa dudar "del compromiso recogido en la carta de invitación", según bien sostiene el representante de la Administración General del Estado, pero en otros, por el contrario, el órgano jurisdiccional pueda considerar garantizados los medios para el regreso del solicitante a su país de origen, pese al criterio adverso del Consulado de España en Tánger, como en este proceso ha sucedido.

Afirma el Abogado del Estado que en el supuesto que nos ocupa "[...] la Administración tuvo en cuenta datos como la edad de la solicitante del visado y demás circunstancias personales y profesionales". Lo cierto es, sin embargo, que a ninguna de ellas se refiere la resolución denegatoria. La Sala de instancia, por el contrario, con cita de la "información de régimen interior" que consta en el folio 5 del expediente, sí hace alusión a las circunstancias personales detalladas en aquella nota y ulteriormente subraya cómo la hija de la solicitante tenía medios económicos para atenderla en su estancia. Hace alusión igualmente a la escritura notarial (de 16 de marzo de 2004) en la que la hija formula el "compromiso de invitación" que incluye, entre otros extremos, el de asumir la obligación de costear los gastos de su madre para regresar al país de procedencia.

A partir de estas premisas la apreciación de hechos (esto es, de la suficiencia de la garantía de retorno ofrecida) que realiza el tribunal de instancia, a la vista de todo el conjunto documental incorporado al expediente, podrá



no ser compartida por el Abogado del Estado pero no incurre en error patente o irracionalidad de modo que pueda ser revisada en casación.

**Quinto.-** Tampoco es posible acoger la alegación del Abogado del Estado sobre la supuesta "anticipación" de la Sala de instancia al aplicar un Reglamento de **extranjería** (el aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre ) a hechos sucedidos antes de su entrada en vigor. Ciertamente dicho Real Decreto no era aplicable a una solicitud de visado que había sido presentada el 15 de abril de 2004 y denegada el día 30 de ese mismo mes y año.

Ocurre, sin embargo, que el tribunal en ningún momento aplica el Real Decreto 2393/2004 sino que se limita a citar una de sus novedades reglamentarias como argumento adicional para corroborar la tesis a la que previamente había llegado en su interpretación del citado artículo 11.1 del Reglamento de **extranjería** aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio , una vez admitida ya la existencia de suficiente garantía de retorno. La letra e) de aquel artículo y apartado contemplaba una hipótesis ("cuando el solicitante de visado de estancia aporte en apoyo de su solicitud una carta de invitación de un ciudadano español") que no era necesaria para la obtención del visado de estancia de corta duración. Se trataba, en efecto, de un mero documento adicional, y eventual, "en apoyo" de la solicitud. Con o sin carta de invitación por un ciudadano español, este tipo de visados también podían concederse, en el régimen reglamentario previo al Real Decreto 2393/2004 , si se cumplían los requisitos establecidos en los párrafos a), b), c) y d) del mismo apartado primero.

La presentación de una carta de compromiso -en este caso, una escritura otorgada ante notario- suscrita por un extranjero residente en España podía, pues, ser tomada en consideración como un elemento accesorio más (aunque de valor inferior al asumido por un ciudadano español, en el régimen reglamentario precedente) para evaluar el cumplimiento de los requisitos exigibles según el artículo 11 del Reglamento del año 2001, incluido el regreso del solicitante a su país de origen. La novedad que introdujo el Real Decreto 2393/2004 en su artículo 28.3 consistió en parificar las cartas de invitación formuladas por los españoles y por los extranjeros residentes legales en España como "apoyo" de la solicitud de visado, subrayando no obstante el nuevo precepto que tales cartas sólo garantizan la disposición de alojamiento pero no suplen la acreditación por el extranjero de los demás requisitos.

La consideración -antes transcrita- del tribunal de instancia sobre la novedad reglamentaria del año 2004 no tiene, pues, el sentido que a ella pretende darle el Abogado del Estado por lo que esta alegación, y con ella el motivo en su integridad así como el recurso de casación, deben ser desestimados.

**Sexto.-** La desestimación del recurso lleva aparejada la condena en costas a la parte que lo ha interpuesto, conforme dispone el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional , salvo que concurren circunstancias que justifiquen su no imposición. A juicio de la Sala y visto el tenor del escrito de oposición (su contenido ha sido transcrito en el antecedente de hecho sexto de esta sentencia) que presentó el Letrado de Doña Fermina , designado del turno de oficio, la condena en costas no ha de incluir en este caso la partida correspondiente a los honorarios de dicho Letrado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 4933/2007, interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 13 de junio de 2007 en el recurso número 2676 de 2004 . Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso, con exclusión de las correspondientes a los honorarios del Letrado de la parte recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.