ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

RECURSO CASACION Num.: 4136/2014

Votación: 09/12/2015

Ponente Excma. Sra. Dª.: María Isabel Perelló Doménech

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
Dª. María Isabel Perelló Doménech
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil quince.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 4136/14, interpuesto por Dª. representado por la Procuradora Dª. Mónica Pucci Rey, y defensa de LETRADO D. PEDRO FERNANDEZ BERNAL, contra la sentencia de fecha 3

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

de noviembre de 2014 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 299/14, sobre denegación de Visado de estancia temporal. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 299/2014, fue interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra resolución de 13 de febrero de 2014 dictada por el Consulado General de España en La Habana, por la que se denegó a **Dª. ANGELA** (de nacionalidad cubana) su solicitud de visado de estancia por 30 días para visitar a su madre Dª **LISETT**, porque no se ha podido establecer su intención de abandonar el territorio de las Estados miembros antes de que expire su visado.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 3 de noviembre de 2014, en cuya parte dispositiva dice textualmente:

> *<<FALLAMOS.- Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña* **Angela** *y doña* **Lisset** *, representadas por el Procurador de los Tribunales y asistido por el* ***Letrado don Pedro Fernández Bernal,*** *contra la resolución de 13 de febrero de 2014 dictada por el Consulado General de España en La Habana.*
>
> *Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.>>*

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, la representación procesal de Dª. Anelis , preparó recurso de casación que fue admitido por el tribunal de instancia, al tiempo que se emplazaba a las partes ante el Tribunal Supremo.

Dentro del plazo conferido, el recurrente mediante escrito de 22 de junio de 2015 interpuso recurso de casación, articulado en los dos motivos siguientes al amparo del art. 88.1 LJCA:

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

Primero.- por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, por vulneración de los preceptos legales sobre Normativa de Extranjería RD 557/2011, desarrollo de la Ley de extranjería, requisitos visado de estancia, y art. 30 de la Ley Orgánica 4/2000, Ley de Extranjería, requisitos visado de estancia. La sentencia no analiza los requisitos del visado de corta estancia, desestimando el recurso por la razón de que no se aplica el régimen comunitario, cuando se está ventilando en el fondo del asunto un visado de corta duración C, causando indefensión sobrevenida e incongruencia omisiva, del art. 24 CE en relación con el art. 33 y 67 LRJCA.

Segundo.- por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, por vulneración de la Ley de Extranjería y RD 557/2011, en cuanto a no tener en cuenta los requisitos presentados para la obtención de visado, que los cumple, en sentencia se ignora. Artículos 33 y 67 LRJCA, en relación con los artículos 24 y 120 CE, en cuanto a Incongruencia Omisiva, recogido entre otras en SSTS Recs. 156/2005 y 7854/2004, y STC 47/1997. SSTS de 24 de junio de 2008 RC 11565/2004, de 14 de junio de 2011, y de 28 de julio de 2009 RC 4399/2006.

Terminando por suplicar, dicte sentencia casando y anulando la recurrida por no ajustarse a derecho la resolución denegatoria de visado de estancia a Dª Rosa, se estime el recurso de casación, y se reconozca el derecho de Dª Rosa a la extensión del correspondiente Visado de Estancia de corta duración.

TERCERO.- Admitido el recurso de casación, y dado traslado para oposición, el Abogado del Estado presentó su escrito en fecha 30 de septiembre de 2015, en el que suplica dicte sentencia por la que se inadmita el presente recurso o subsidiariamente se desestime el mismo y se impongan las costas al recurrente.

CUARTO.- Se señaló para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2015 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excma. Sra. Dª. **MARÍA ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

PRIMERO.- Doña Anelis interpone el presente recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, el 3 de noviembre de 2014 que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por aquella contra la resolución dictada por el Consulado de España en La Habana el 13 de febrero de 2014, que denegó la solicitud de visado de estancia de corta duración para viajar a España por 30 días.

La Sala de instancia, después de delimitar el objeto del recurso y tras exponer los antecedentes fácticos de la solicitud, expone el marco normativo que considera aplicable y concluye que no se acredita que la solicitante del visado de estancia <<esté a cargo de su madre>>. La fundamentación jurídica de la sentencia es del siguiente tenor literal:

> *<< [...] Estos ciudadanos, según el artículo 3.1, tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por dicho Real Decreto de 2007, que, en lo que concierne a este caso, comporta la necesidad de visado de entrada para los familiares no comunitarios.*
>
> *Pero lo cierto es que doña Rosa Margarita reconoce, indirectamente, no estar a cargo de su madre dado que trabaja y tiene su propia familia de ahí que el Consulado acertadamente tramitara su solicitud por el régimen general.*
>
> *A estos efectos debe recordarse que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europa (vid. sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85 , Rec. p. 2811, apartados 20 a 22), la circunstancia de que un ciudadano comunitario cubra las necesidades de un miembro de su familia es decisiva para probar que se encuentra a cargo, sin que sea necesario determinar las razones de ese mantenimiento. Como dice la STJCE Tribunal de Justicia (CE) Pleno, S 9-1-2007, nº C-1/2005 es obligado suponer dicha situación cuando el miembro de la familia del ciudadano comunitario necesita el apoyo económico de éste para alcanzar o mantener el nivel de vida que desea, o bien considerar que la situación de dependencia tiene su origen en el hecho de que, sin dicho apoyo económico, el miembro de la familia sería incapaz de lograr un nivel de vida digno en su país de origen o en aquél en el que reside habitualmente.*
>
> *También el propio TJCE ha indicado que la calidad de miembro de la familia «a cargo» resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia [véase, a propósito del artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 y del artículo 1 de la Directiva*

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26) respectivamente, las sentencias Lebon, antes citada, apartado 22, así como de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C 200/02, Rec. p. I 9925, apartado 43].

El TJCE también declaró que la calidad de miembro de la familia a cargo no supone un derecho a alimentos, porque de ser éste el caso dicha calidad dependería de las legislaciones nacionales que varían de un Estado a otro (sentencia Lebon, antes citada, apartado 21). Según el Tribunal de Justicia no es necesario determinar las razones del recurso a ese mantenimiento ni preguntarse si el interesado está en condiciones de subvenir a sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad remunerada.

La solicitante, nacida el 18 de diciembre de 1977, contaba con 36 años a la fecha de su solicitud y como señalamos más arriba reconoce en demanda tener trabajo por lo que no puede aplicársele dicha legislación ya que no está a cargo de su madre lo que conlleva que no se familiar comunitario a los efectos buscados y que no podamos estimar su pretensión.>>

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos, en los que se mezclan cuestiones formales con la alegación de la infracción de la normativa de extranjería.

El primero de ellos, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, con vulneración de la normativa de Extranjería, en concreto, el artículo 30 del Real Decreto 557/2011 y 27 de la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería, que establecen los requisitos para el visado de estancia. **En el desarrollo del motivo se incluyen una serie de consideraciones sobre la sentencia que se tilda de incongruente y de falta de motivación, al desestimar el recurso en virtud de un régimen comunitario que no es el aplicable a los supuestos de visados de corta estancia, cuya regulación y requisitos se ignoran por completo. Se citan en el motivo los artículos 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional y los artículos 24 y 120 de la Constitución, con producción de indefensión prohibida por el artículo 24.1 también de la Constitución.**

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

En este motivo, confusamente desarrollado, en definitiva sostiene la recurrente que el Tribunal de instancia ha omitido pronunciarse sobre la cuestión central sobre la que versaba el recurso, relativa a la solicitud de un visado de corta estancia, al adentrarse la Sala a resolver una cuestión diferente considerando una normativa que no era de aplicación al caso, en

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

concreto, sí la solicitante del visado estaba o no <<a cargo>> de su madre, siendo este un requisito no contemplado ni exigible para los visados de corta duración.

El segundo motivo de casación, se sustenta en la infracción de la normativa de extranjeria, con cita de la Ley Orgánica de Extranjeria y del Real Decreto 557/2011, en cuanto la Sala no tiene en cuenta el cumplimiento de los requisitos para la obtención del visado, que –se afirma- se observan en este caso y la Sala los ignora totalmente, a lo que añade la existencia de incongruencia omisiva con nueva cita de los artículos 33, 67 LJCA y 24 y 120 CE y las Sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011 y 28 de julio de 2009. Se apoya el motivo en que la Sala de instancia debió declarar el derecho a la expedición del visado en aplicación de los mencionados preceptos sustantivos.

TERCERO.- Para resolver ambos motivos de casación en los que se plantean idénticas cuestiones, hemos de partir del hecho de que la recurrente en la instancia solicitaba en el suplico de la demanda la anulación de la resolución del Consulado de España en La Habana que denegó el visado de corta duración instado únicamente por no haberse podido <<establecer su intención de que abandone el territorio de los Estados Schengen antes de que expire el visado>>, cuya disconformidad a Derecho se fundaba en varias alegaciones referidas al singular aspecto del retorno a La Habana; y la acción se dirigía, lógicamente, a obtener de la Sala una declaración favorable a la obtención del visado de corta duración, por considerar que se acreditaba de forma suficiente la vuelta a Cuba a través de la documentación aportada al expediente administrativo, como es el pasaje de avión de vuelta de Madrid a La Habana.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

Ahora bien, la desestimación del recurso no se fundamentó en la inobservancia de este requisito, que era el único que el Consulado de La Habana considero incumplido, sino que el razonamiento jurídico de la Sala, tras citar el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se basó en que la solicitante del visado <<reconoce en demanda tener trabajo por lo que no puede aplicársele dicha legislación ya que no está a cargo de su madre>>. Sobre este

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

presupuesto se acordó la desestimación del recurso, sin que la Sala razonara sobre la razón del rechazo de la concesión del visado que era de <<corta duración>>.

Pues bien, la desestimación del recurso por la aludida razón constituye como apunta la parte recurrente un vicio de incongruencia y demás vulneraciones que se achacan a la resolución judicial de instancia. Existe una reiterada doctrina acerca de esta cuestión contenida en muchas resoluciones de los diferentes Tribunales, como son las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 441/1993, de 9 diciembre 1994 (HiroBalani contra España), del Tribunal Constitucional 33/2001, de 12 febrero, 205/2001, de 15 octubre, 92/2003, de 19 mayo, 269/2006, de 11 septiembre, 44/2008, de 10 marzo, 141/2009, de 15 junio, y 24/2010, de 27 abril, y de esta Sala del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009 (RC 5616/2007), 11 y 16 de diciembre de 2009 (RC 3666/2005 y 3967/2005), 19 de enero de 2010 (RC 2797/2007), 16 y 25 de febrero de 2010 (RC 5356/2008 y 2089/2009), 18 de marzo de 2010 (RC 3566/2007), 26 de abril de 2010 (RC 4392/2009) y 20 de octubre de 2011 (RC 6120/2007). La sentencia del Tribunal Constitucional 73/2009, de 23 de marzo, insistiendo en esta amplia y consolidada doctrina, declaró que «el vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales» (por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre, F. 4 b)».

ICIO DE ABOGADOS DE MADRID
Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

En lo que ahora interesa, es indiscutible que el rechazo de la pretensión encaminada al reconocimiento del visado de corta estancia no ha quedado

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

debidamente resuelta en cuanto la sala de instancia acude a un régimen jurídico que no es el que se refiere a este tipo de visados, y elude el examen de la controversia tal y como fué planteada en la instancia, que versaba, únicamente, sobre la garantía de retorno. No obstante, y a pesar de que se advierte el incumplimiento del deber de resolver de forma coherente y dado que ambos motivos de casación se encauzan por la vía del apartado d) del artículo 88.1 LJCA, con independencia de la corrección procesal del criterio de la Sala de instancia, cabe examinar la cuestión jurídica desde la perspectiva de su planteamiento y considerar que hubo una manifiesta infracción de la normativa sustantiva aplicable.

CUARTO.- Entrando en el examen del fondo del asunto, lo que solicitó la interesada fue un visado Schengen de "corta duración" para una estancia en España de 30 días, con una finalidad de visitar a su madre residente en España

Estos visados de corta duración se contemplan en los artículos 9 y ss. del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, definiéndose como aquellos que pueden ser expedidos "para una estancia de tres meses como máximo" (art. 10.1), distinguiéndose a esos efectos dos clases de visados (art. 11.1):

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

a) Un visado de viaje válido para una o varias entradas, sin que la duración de una estancia ininterrumpida o la duración total de estancias sucesivas puedan ser superiores a tres meses por semestre, a partir de la fecha de la primera entrada.

b) Un visado de tránsito que permita a su titular transitar una, dos o excepcionalmente varias veces por los territorios de las Partes contratantes para dirigirse al territorio de un tercer Estado, sin que la duración del tránsito pueda ser superior a cinco días.

Las categorías así definidas en el Acuerdo de aplicación del Convenio de Schengen se recogieron en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que en la redacción vigente al tiempo de los hechos aquí concernidos (tras las

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

modificaciones operadas por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003), establece en su artículo 25 bis que:

> *<< Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de alguno de los siguientes tipos de visados, válidamente expedidos y en vigor [...]:*
>
> *a) Visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español.*
>
> *b) Visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.*
>
> *c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.*
>
> *d) Visado de trabajo y residencia, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir.*
>
> *e) Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación>>.*

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

Pues bien, la resolución administrativa denegatoria del visado identificó la clase de visado solicitada como de "estancia", es evidente que lo que la recurrente pretendía era un visado de estancia previsto en el artículo 25 bis b) precitado, que concuerda con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la misma ley Orgánica, a cuyo tenor "los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia", caracterizándose la estancia como "la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días " (art. 30).

Por su parte, el Real Decreto 557/2011, de 20 de Abril, Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regula esta materia en los artículos 4 y ss que dispone:

> *<< Artículo 4. Requisitos.*
>
> *1. La entrada de un extranjero en territorio español estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:*
>
> *a) Titularidad del pasaporte o documentos de viaje a los que se refiere el artículo siguiente.*

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

b) Titularidad del correspondiente visado en los términos establecidos en el artículo 7.

c) Justificación del objeto y las condiciones de la entrada y estancia en los términos establecidos en el artículo 8.

d) Acreditación, en su caso, de los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el período de permanencia en España, o de estar en condiciones de obtenerlos, así como para el traslado a otro país o el retorno al de procedencia, en los términos establecidos en el artículo 9.

e) Presentación, en su caso, de los certificados sanitarios a los que se refiere el artículo 10.

f) No estar sujeto a una prohibición de entrada, en los términos del artículo 11.

g) No suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

2. La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la resolución acreditativa de la autorización de entrada por cualquiera de estas causas.

Sin perjuicio de la posible consideración de las causas que motivaron su concesión en el marco del procedimiento relativo a la residencia por circunstancias excepcionales, la autorización de la entrada en España en base a lo dispuesto en el párrafo anterior no supondrá, por sí misma y de forma aislada a otras circunstancias que pudieran ser alegadas, el cumplimiento de los requisitos a acreditar de cara a la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

(...)

Artículo 6. Documentación para la entrada.

1. Para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de uno de los siguientes documentos:

a) Pasaporte, individual, familiar o colectivo, válidamente expedido y en vigor. Los menores de 16 años podrán figurar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor cuando tengan la misma nacionalidad del titular del pasaporte y viajen con éste.

b) Título de viaje, válidamente expedido y en vigor.

c) Documento nacional de identidad, cédula de identificación o cualquier otro documento en vigor que acredite su identidad, que hayan sido considerados válidos para la entrada en territorio español, en virtud de compromisos internacionales asumidos por España.

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

2. Tanto los pasaportes como los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deberán estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares. Los pasaportes deberán permitir el retorno al país que los haya expedido.

3. Las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas, previa autorización expresa de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, podrán expedir documentos de viaje y salvoconductos a extranjeros cuya protección internacional haya sido determinada por España en aplicación de la legislación española sobre protección internacional o para proceder a su evacuación hacia países con los que existan acuerdos de cooperación a tal efecto.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

4. La admisión de pasaportes colectivos se ajustará a los convenios internacionales que sobre ellos existan o se concierten por España. En ambos casos será preciso contar con el informe previo del Ministerio del Interior.

(...)

Artículo 8. Justificación del motivo y condiciones de la entrada y estancia.

1. Los extranjeros deberán, si así se les requiere, especificar el motivo de su solicitud de entrada y estancia en España.

Los funcionarios responsables del control de entrada en función, entre otras circunstancias, del motivo y duración del viaje podrán exigirles la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud de la razón de entrada invocada.

Los extranjeros que soliciten la entrada, para justificar la verosimilitud del motivo invocado, podrán presentar cualquier documento o medio de prueba que, a su juicio, justifique los motivos de entrada manifestados.

2. A estos efectos, podrá exigirse la presentación, entre otros, de los siguientes documentos:

En relación con cualquiera de los motivos de solicitud de entrada y estancia previstos en este apartado, billete de vuelta o de circuito turístico.

a) Además, para los viajes de carácter profesional, alternativamente:

1.º La invitación de una empresa o de una autoridad expedida, en los términos fijados mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo e Inmigración, para participar en reuniones de carácter comercial, industrial o vinculadas a la actividad.

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

2.º Documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o vinculadas a la actividad.

3.º Tarjetas de acceso a ferias y congresos.

b) Además, para los viajes de carácter turístico o privado, alternativamente:

1.º Documento justificativo de la existencia de lugar de hospedaje a disposición del extranjero: bien emitido por el establecimiento de hospedaje o bien consistente en carta de invitación de un particular, expedida en los términos fijados mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo e Inmigración, cuyo contenido habrá de responder exclusivamente a que quede constancia de la existencia de hospedaje cierto a disposición del extranjero.

En ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, el documento justificativo de la existencia de lugar de hospedaje a disposición del extranjero contendrá la información relativa a si el alojamiento supone o no la cobertura de toda o parte de su manutención.

2.º Confirmación de la reserva de un viaje organizado.

c) Además, para los viajes por motivos de estudios o formación: matrícula o la documentación acreditativa de la admisión en un centro de enseñanza.

d) Además, para los viajes por otros motivos, alternativamente:

1.º Invitaciones, reservas o programas.

2.º Certificados de participación en eventos relacionados con el viaje, tarjetas de entrada o recibos.>>

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

Y en su artículo 30 dispone:

<< Artículo 30. Solicitud de visados de estancia de corta duración.

(...)

2. En la tramitación del procedimiento, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal para comprobar su identidad, la validez de su documentación personal o de la documentación aportada, la regularidad de la estancia o residencia en el país de solicitud, el motivo, itinerario, duración del viaje y las garantías de que el solicitante tiene intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado solicitado. En todo caso, si transcurridos quince días desde el requerimiento el solicitante no comparece personalmente, se le tendrá por desistido de su solicitud y se producirá el archivo del procedimiento.

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

3. Presentada en forma o subsanada la solicitud de visado y una vez instruido el procedimiento, la misión diplomática u oficina consular ante la que se presente la solicitud resolverá motivadamente y expedirá, en su caso, el visado.

4. En el supuesto de resolución denegatoria por incumplimiento de algunos de los requisitos, ésta se notificará mediante el impreso normalizado previsto por la normativa de la Unión Europea y expresará el recurso que contra ella proceda, el órgano ante el que hubiese de plantearse y el plazo para la interposición.

(...)>>

QUINTO.- Pues bien, como hemos expuesto la sentencia de instancia a la vista de la documentación obrante en el expediente administrativo concluyó acerca de la carencia de los requisitos reglamentariamente exigidos para este tipo de visados por no estar la solicitante <<a cargo de su madre>> y, en fin, sin comprobar realmente la observancia de los requisitos exigibles con arreglo a la normativa aplicable, la Ley Orgánica. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, Reglamento de Extranjería, y sin comprobar si la Administración Consular ejerció sus potestades de forma arbitraria. Ello determina, pues, la casación de la sentencia impugnada.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

Casada la sentencia, hemos de actuar como tribunal de instancia *ex* artículo 95,2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Y, en efecto, la apreciación pormenorizada de los documentos incorporados al expediente administrativo permiten concluir que lleva razón la parte recurrente al mantener que la decisión que la Administración se ha adoptado sin justificación suficiente, pues dicha documentación aportada evidencia que concurren los requisitos exigidos para la concesión del visado interesado, incluida la garantía de retorno una vez transcurrido el término del visado.

Como decíamos, el conjunto de documentos aportados por la solicitante ponen de relieve que, efectivamente, ha resultado acreditado el objeto y las condiciones de la estancia prevista, incluido el regreso al país de procedencia. Figura en el expediente administrativo que la solicitante tiene arraigo en Cuba, donde vive con tres hijos menores y donde reside su padre aquejado de una enfermedad, y que pretendía viajar a España para visitar a su

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

madre, residente y empadronada en Palma de Mallorca. Contaba la solicitante con el pasaporte en regla, un seguro de viaje de Asistur válido para los países Schengen y otros entre el 8 de febrero al 6 de marzo de 2014, que incluía los gastos médicos y de repatriación, así como la correspondiente carta de invitación. También se acreditó en el expediente que la solicitante era titular de una cuenta bancaria con saldo positivo en la fecha de la solicitud, que tenía un trabajo estable como profesora de informática en un colegio de La Habana, que había obtenido un permiso laboral de un mes sin sueldo para visitar a sus familiares en España así como un pasaje de avión de Air Europa de Madrid-La Habana con fecha de salida de 8 de febrero de 2014 y regreso el 6 de marzo siguiente.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

Se ha cumplimentado, pues, la aportación de datos relevantes para la obtención del visado, que son exigidos por la normativa mencionada. Así, el artículo 8 del RD 577/2011, establece que las solicitudes de visado de estancia deberán acompañarse de los documentos que allí se relacionen, y en el presente caso se adjunta el seguro médico de la madre, y se han ofrecido las garantías de retorno al país de origen por parte de la interesada, que acompaña un billete de viaje de regreso a Cuba que no sobrepasa el periodo de estancia solicitado. La documentación aportada es coherente y suficiente respecto a quién se haría cargo de los gastos de estancia y viaje de la solicitante, la madre, residente en España, siendo lógica y creíble la finalidad del viaje la de visitar a la madre y acreditada la existencia de una vinculación familiar y laboral de la solicitante con su país de residencia.

Todo el debate en la instancia giraba, 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 madre, en Palma de Mallorca.

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 y ha de realizarse la correspondiente apreciación *ad casum* ponderando todos los factores objetivos que el conjunto de documentos aportados por cada solicitante ponga de relieve. En este caso el representante de la

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

Administración General del Estado, sospecha y duda de la garantía de retorno dada la actuación de otros familiares de la solicitante, lo cual en sí mismo no es un dato suficiente para concluir sobre el no retorno.

La lógica finalidad del viaje, de visita a la madre en España y el conjunto de los elementos familiares de la interesada que demuestran su arraigo en Cuba, donde residen sus tres hijos menores y su padre enfermo, la situación laboral estable y demás datos expuestos, que incluyen la garantía de los medios para el regreso de la solicitante a su país de origen, incluido el billete de vuelta a Cuba, permiten considerar en este singular caso, que el criterio adverso del Consulado de España en La Habana no resulta fundado.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

En definitiva, la aportación de los documentos válidos acreditativos del objeto y las condiciones de la estancia prevista, en los términos en que el Convenio para la Aplicación del Acuerdo Schengen y la normativa vigente exige, el Real Decreto 557/2011 ya citado, determina que el recurso haya de ser estimado y en consecuencia, proceda anular la resolución del Consulado de España en La Habana y reconocer el derecho a Doña **LISSET** a la obtención del correspondiente visado interesado, de corta duración, para entrar en España.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia, ni de las originadas en el presente recurso de casación.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

F A L L A M O S

Primero.- HA LUGAR al recurso de casación 4136/2014 interpuesto por la representación procesal de Dª. **LISSET**, con la defensa de letrado D. PEDRO FERNANDEZ BERNAL, contra la sentencia de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia

F Bernal Abogados Tf 9 13063105

de Madrid, dictada en el recurso contencioso-administrativo 299/14, que casamos.

Segundo.-Estimamos el recurso contencioso-administrativo 299/14, y anulamos la resolución dictada por el Consulado de España en La Habana, reconociendo el derecho de Doña **LISSET**a la obtención del correspondiente visado interesado, de corta duración, para entrar en España.

Tercero.- No efectuamos expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Pedro Fernández Bernal
Abogado
Coleg. Nº 68283
Telf.: 649 117 806

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro José Yagüe Gil.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Isabel Perelló Doménech.- José María del Riego Valledor.- Diego Córdoba Castroverde.- Rubricado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. Dª. Mª ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.