



Roj: **STS 1859/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1859**

Id Cendoj: **28079130032012100146**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/03/2012**

Nº de Recurso: **299/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13092/2009,**
STS 1859/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil doce.

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número 299/2010, interpuesto por el Procurador Don Eduardo Codes Feijoo, en representación de Don Camilo , con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 711/2008 , seguido contra la resolución del Consulado General de España en Moscú de 30 de julio de 2008, que denegó la solicitud de visado de estancia. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 711/2008, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009 , cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por el Procurador Sr. Codes Feijoo, en representación de D. Camilo , sin costas .».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Don Camilo recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante providencia de 28 de diciembre de 2009 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Don Camilo recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 24 de febrero de 2010, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« que habiéndose presentado el presente escrito en forma y plazo correspondiente, se le tenga a esta parte por comparecida en el procedimiento de referencia y se tenga por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN, y previos los trámites legalmente establecidos procedentes se dicte Sentencia mediante la que se declare haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por esta parte y, previos los trámites oportunos, se anule la Sentencia recurrida y, por ello, el acto administrativo impugnado, ordenándose al Consulado de España en Moscú (Rusia) que proceda a conceder el visado solicitado para mi representado. ».

CUARTO.- La Sala, por providencia de 9 de abril de 2010, admitió el recurso de casación.



QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 5 de mayo de 2010, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse a los recursos, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 14 de junio de 2010, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito y por evacuado el trámite de oposición, dicte sentencia por la que declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente. ».

SEXTO.- Por providencia de fecha 11 de febrero de 2011, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, acordó, de conformidad con las normas de reparto que operan en la Sala, remitir las actuaciones a la Sección Tercera.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Tercera, por providencia de fecha 20 de septiembre de 2011, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. **Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat**, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 23 de noviembre de 2011, suspendiéndose dicho señalamiento por providencia de 21 de marzo de 2011 por necesidades del servicio, y señalándose nuevamente para su deliberación conjunta con el recurso de casación número 2266/2010 el día 21 de marzo de 2012, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2009, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Camilo contra la resolución del Cónsul General de España en Moscú de 30 de julio de 2008, que denegó la solicitud de visado de residencia sin realizar actividades lucrativas.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones:

« [...] La modalidad de visado pedida es la prevista en el art. 25 bis-c de la L.O. 4/00, de residencia sin ejercer actividad laboral o profesional y se desarrolla en los art. 35 y siguientes del R.D. 2393/04. Por interpretación de contrario del art. 27-6 de la Ley Orgánica, la concesión de estos visados está sujeta, como la propia demanda admite, a un criterio de discrecionalidad fuerte y claramente dice el Reglamento en el art. 35-3, párrafo tercero, que si la Administración llegara al convencimiento de que existan indicios "suficientes" de inveracidad se denegará el visado.

[...] Expuesta así la filosofía de la institución, y oído el parecer del Consulado, hemos de valorar las circunstancias concurrentes situando a las personas en su total entorno. Así tras el desmembramiento de la URSS, en las orillas del Báltico y aprisionada entre las fronteras de Polonia, Lituania y Bielorrusia, a cientos de kilómetros de sus propias fronteras, queda en manos rusas la ciudad de Kaliningrad, sin lo que pudiera decirse "espacio vital", sin agricultura, solo industrias y servicios en un verdadero régimen de insularidad y, por ello, con especial sistema fiscal y administrativo. Pues bien, en esta ciudad tiene establecido el matrimonio (la esposa también ha pedido el visado y se sigue el recurso 712/08) su centro de actividades a través de la sociedad Intsentir, de responsabilidad limitada y cuyo objeto social es "obtener ganancias y lograr otros objetivos que no estén en contradicción con la Ley, en las esferas del comercio, la producción y otros tipos de actividad", siendo sus únicos socios el matrimonio y ocupando los cargos de Director y Subdirectora, con un capital social de 10.000 rublos (unos 3.500 euros). Pues bien, con tan modesto capital social la sociedad declara ingresos de 508.361 euros y el matrimonio se adjudica un sueldo de más de 6.000 euros al mes entre los dos, casi el doble del capital social. Además tienen declarados unos ingresos atípicos anuales por un total de más de 725.000 euros. » .

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de Don Camilo, se articula en la formulación de un único motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los artículos 25 bis.2 c) y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como de los artículos 35 y siguientes del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el



Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el desarrollo argumental del motivo de casación, que se desarrolla en forma de alegaciones, se aduce que la sentencia recurrida infringe estas disposiciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al entender, aceptando la tesis del Consulado, que el recurrente pretende obtener una situación privilegiada que le permita el libre tránsito por toda la Unión Europea sin necesidad de obtener sucesivos visados.

Se arguye que la sentencia recurrida confunde la discrecionalidad de la que goza la Administración en este tipo de procedimientos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.3 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, con la arbitrariedad, teniendo en cuenta que en el presente caso no se realizó una entrevista con el solicitante del visado que permitiera conocer las verdaderas intenciones para su expedición. En último término, se razona acerca de la función de la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de actos administrativos que, como en este concreto caso, están exonerados del deber de motivación.

CUARTO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El recurso de casación, fundamentado, sustancialmente, en la infracción del artículo 25 bis.2 c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y del artículo 35 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, debe prosperar, siguiendo los mismos criterios expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que resuelve el recurso de casación 2260/2010, interpuesto por la esposa del recurrente Doña Joaquina contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 2010, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Cónsul General de España en Moscú de 30 de julio de 2008, por la que se denegó el visado de residencia sin actividad lucrativa solicitado.

Con carácter previo al examen del motivo de casación, procede exponer el marco normativo relevante para la resolución del presente recurso de casación.

El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción vigente al tiempo de la solicitud de visado (28 de junio de 2008), establece que el extranjero que pretenda entrar en España deberá obtener un visado; refiriendo el artículo 25 bis.2, apartado c), del referido texto legal, que el visado de residencia es el que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.

El artículo 35 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, establece el procedimiento y requisitos para la obtención de la autorización de residencia temporal, en los siguientes términos:

« 1. "El extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales, deberá solicitar el correspondiente visado, según el modelo oficial, personalmente 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 la misión diplomática u oficina consular en la que corresponda presentar la solicitud de visado.

Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la misión diplomática u oficina consular aceptará la presentación de la solicitud mediante representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad.

2. A la solicitud de visado 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, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.*
- c) Certificado médico, para acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.*



d) Los documentos que acrediten medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que se desee residir en España, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral.

3. Durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, para comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado. La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento.

Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario, y deberá quedar constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado.

Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión. En caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá una copia del acta al organismo que hubiera otorgado inicialmente la autorización.

4. Presentada en forma la solicitud de visado o, en su caso subsanada, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la misión diplomática u oficina consular, siempre que no hubiera resuelto la inadmisión o denegación del visado o el archivo del procedimiento, circunstancias que habrán de ser notificadas en los términos previstos en este Reglamento, dará traslado de la solicitud, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero para que resuelva lo que proceda sobre la autorización de residencia.

5. 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 de forma motivada, previo informe de los servicios policiales relativo a la existencia de razones que pudieran impedirlo.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno comunicará dicha resolución, por medios telemáticos y de manera simultánea, cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la oficina consular o misión diplomática correspondiente, y 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.

6. 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 resolverá la denegación del visado.

7. Si la resolución es favorable, la misión diplomática u oficina consular, en atención al cumplimiento del resto de los requisitos exigidos, resolverá y expedirá, en su caso, el visado.

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

9. 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, y, una vez efectuada la entrada, deberá solicitar personalmente en el plazo de un mes, ante la oficina correspondiente, 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". » .

De la redacción de este precepto reglamentario se desprende que el Consulado puede denegar o inadmitir por sí mismo la solicitud de visado, pues así se dispone expresamente en los apartados 3º y 4º. Ahora bien, esta posibilidad de inadmisión o denegación por el Consulado, en la primera fase del procedimiento, no es absoluta ni omnicomprendiva. La inadmisión sólo procede en esta fase inicial del expediente en los supuestos que contempla la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, singularmente su artículo 71 (cuando no se haya atendido el requerimiento de subsanación); y la denegación puede acordarse por el propio Cónsul únicamente en los supuestos a que se refiere el apartado 3º "in fine", esto es, cuando no haya quedado suficientemente acreditada la identidad de las personas, la validez de los documentos, o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado. Fuera de estos supuestos, el Consulado no puede denegar el visado pretendido poniendo así fin al expediente, sino que ha de dar traslado del mismo al órgano competente para resolver sobre la autorización de



residencia, que resolverá en definitiva sobre la autorización "previo informe de los servicios policiales relativo a la existencia de razones que pudieran impedir la" (apartado 5º). Si la autorización de residencia se deniega, el Consulado denegará correlativamente el visado (apartado 6º), mientras que si la autorización se concede, el Consulado verificará el cumplimiento del resto de los requisitos exigidos, resolverá y expedirá, en su caso, el visado (apartado 7º).

Por ello, la facultad del Consulado de inadmitir o denegar la solicitud de visado directamente -y sin necesidad de elevar el expediente al órgano competente para resolver sobre la autorización de residencia- no puede ser aplicada ni interpretada de forma extensiva o exorbitante, justamente por el momento liminar del procedimiento en que se acuerda, sino que ha de hacerse uso de ella únicamente cuando resulte evidente la concurrencia de las circunstancias que lo permiten.

Interesa también resaltar que el propio Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, contempla en su artículo 4 los requisitos para la entrada en territorio nacional, refiriéndose en concreto a los siguientes: justificar el objeto y las condiciones de la estancia; acreditar, en su caso, los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el período de permanencia en España, o estar en condiciones de obtenerlos; no estar sujeto a una prohibición de entrada, y 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. A su vez, el artículo 10 especifica que se considerará prohibida la entrada de los extranjeros, y se les impedirá el acceso al territorio español, entre otros supuestos, y dicho sea en síntesis, cuando se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países; hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del Ministro del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida, sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda; o cuando tengan prohibida la entrada en virtud de convenios internacionales en los que España sea parte.

Expuesto el marco normativo aplicable para la resolución del recurso de casación, y procediendo al examen de la sentencia de instancia, hemos de señalar, en primer término, que no compartimos la afirmación de la Sala territorial de que la concesión de los visados de residencia no lucrativa se rige por un criterio de «discrecionalidad fuerte».

Tal afirmación se quiere sostener en el artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000, que, en la redacción aplicable a este litigio, establece una distinción entre las resoluciones denegatorias de visado que deben ser motivadas y las que no precisan de motivación (como la aquí concernida), de manera que si la denegación de algunas clases de visado no requiere motivación -se viene a afirmar- es porque la concesión o denegación del visado correspondiente es "fuertemente" discrecional.

Ahora bien, de tal precepto, y del contexto normativo en que se inserta, no cabe inferir tal consecuencia, menos aún si con esa adjetivación de la discrecionalidad como «fuerte» se pretende caracterizar el ejercicio de la potestad administrativa como un ámbito de libre disposición no sujeto a límites predeterminados y reconocibles.

Cabe significar que el artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000, fue objeto, desde la promulgación de la norma, de controversia, en cuanto liberaba de las exigencias de motivación a una categoría de actos administrativos desfavorables para los interesados. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, de 11 de noviembre, declaró la constitucionalidad de dicha disposición legal señalando que "*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*".

Quedó, así evidenciado, que la atribución a la Administración de un margen de discrecionalidad en este ámbito no puede implicar en modo alguno que la decisión devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de ulterior control jurisdiccional. Ciertamente, que un acto administrativo esté exceptuado de la exigencia de motivación expresa no implica necesariamente que -por tal motivo- sea discrecional. Más aún, partiendo de la base de que ninguna potestad administrativa es totalmente discrecional, pues en todas ellas (incluso en las más rotundamente afirmadas como discrecionales) conviven, en mayor o menor medida, los elementos discrecionales con los reglados (como, por ejemplo, los hechos determinantes, la competencia o el procedimiento), ocurre además que en casos que ahora nos ocupa, la norma atributiva de



la potestad administrativa se nutre mayoritariamente no de elementos discrecionales sino reglados, que no dejan de serlo por el hecho de que a la hora de caracterizarlos se acuda a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Concretamente, la acreditación sobre la disponibilidad, por el solicitante del visado, de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, y los de su familia, durante el período de tiempo por el que se desee residir en España, es un elemento reglado y no discrecional, pues el concepto "disponibilidad de medios de vida suficientes", aún cuando pueda ser no siempre de fácil concreción apriorística en el plano abstracto, puede ser concretizado desde la perspectiva de su aplicación al caso concreto. En el mismo sentido, el juicio sobre la eventual peligrosidad del solicitante del visado para la salud pública, el orden público o la seguridad nacional tampoco es el resultado de una potestad discrecional, pues nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados cuya plasmación en cada caso no es resultado de una apreciación discrecional entre alternativas igualmente justas o indiferentes jurídicos, sino la consecuencia de una valoración racional e inteligible de las circunstancias concurrentes, que ha de conducir de forma casuística a la solución justa.

Aún admitiendo que la concretización de estos conceptos no es rígida y automática sino que, como resulta usual en numerosos conceptos jurídicos indeterminados, conlleva un legítimo margen de apreciación por la Administración ("discrecionalidad débil" se le ha llamado por algún sector doctrinal a ese margen de apreciación propio de ciertos conceptos indeterminados), tal margen siempre ha de responder a un canon de racionalidad y por ende tiene los límites que marcan los principios generales del Derecho Público (singularmente el de interdicción de la arbitrariedad y la adecuación al fin para el que la potestad se ha creado); de manera que no puede definirse como un ámbito de indiferencia jurídica en el que quepa sostener cualquier decisión y ninguna pueda ser jurídicamente discutida.

Así pues, afirmada la posibilidad de un pleno control jurisdiccional de la adecuación a Derecho de la decisión de la Administración (confirmada por la Sala de instancia) denegatoria del visado de residencia, hemos de examinar las circunstancias del caso, a fin de contrastar la solidez o debilidad de las razones que la Sala de instancia esgrimió para desestimar el recurso contencioso-administrativo.

En esencia, el criterio que subyace a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida es una sospecha sobre la licitud de los ingresos que refieren el aquí recurrente y su esposa para acreditar su solvencia económica, y sobre la rectitud de sus intenciones. Así, la sentencia comienza haciendo unas valoraciones sobre la realidad socioeconómica de Kaliningrado (FJ 5º), cuya fuente de conocimiento se desconoce (pues nada hay en el expediente ni en los autos que las sostenga) y que aun cuando parecen presentarse de forma objetiva y aséptica, encierran, sobre todo si se ponen en relación con los fundamentos de Derecho siguientes, una evidente carga peyorativa, en la medida que vienen a apuntar que se trata de una ciudad desprovista de actividad económica real. En el mismo fundamento de Derecho la Sala manifiesta su extrañeza por los ingresos que declara la empresa de propiedad de la actora y su cónyuge, de los que se viene a decir que carecen de justificación y no responden a la realidad de las dimensiones de su empresa. A continuación, esa situación económica de la demandante se califica de "sorprendente" (FJ 6º), y se añade que no es creíble que su empresa pueda funcionar sin la presencia del matrimonio. Finalmente, la sentencia pone de manifiesto la conclusión que se ha venido preparando dialécticamente en los párrafos precedentes, a saber: lo que pasa, dicho sea "llanamente" (en expresión literal de la sentencia, FJ 7º) es que el recurrente y su esposa forman parte de -sic- "*la nueva oligarquía rusa nacida tras el desmembramiento de la URSS*" (esto es, aunque no se diga de forma expresa, se alude de manera implícita pero obvia a la coloquialmente llamada "mafia rusa"). Más aún, la Sala apunta que cuando el recurrente y su esposa piden el visado de residencia no lucrativa en España lo hacen porque quieren una situación de privilegio para transitar por el espacio de la Unión Europea sin necesidad de obtener sucesivos visados (conclusión esta que ha de ponerse en relación dialéctica con el reproche que en algún momento se ha hecho al matrimonio de que si eligen viajar a España en coche es porque trasladan en este vehículo sumas de dinero).

Con arreglo a estos criterios procede casar la sentencia de instancia por los siguientes razonamientos jurídicos:

En primer lugar, advertimos que la sentencia recurrida basa la desestimación del recurso contencioso-administrativo en una argumentación justificativa que la propia Administración había descartado en la resolución administrativa. Como hemos señalado *supra*, el recurrente había presentado en 2007 una primera solicitud de visado que fue denegada por la Administración, entre otras razones, "*por no acreditar medios de vida fijos en su cuantía y periódicos en su devengo*" y "*por no acreditar el origen ni la licitud de sus ingresos*". Ahora bien, el interesado pidió nuevamente dicho visado el 28 de junio de 2008, y al resolver la Administración sobre esa segunda solicitud, mediante la resolución del Cónsul de Moscú de 30 de julio de 2008, confirmada por la Sala de instancia, reprodujo sustancialmente las mismas razones que había esgrimido en 2007 -falta



de arraigo en España, desarrollar en la Federación Rusa actividades laborales, no existir la certeza de que en España no vayan a realizar actividades laborales y no quedar claro el propósito de por qué desean pasar más de 180 días al año en España-, salvo -y esto es lo importante- precisamente las que acabamos de transcribir. De este modo, si en 2007 se denegó el visado razonando que el solicitante carecía de ingresos estables y además no constaba la licitud de los mostrados, en cambio, en 2008 nada se reprochó en ese sentido por la misma Administración al denegar el mismo tipo de visado. Así las cosas, si la propia Administración consular, en la resolución contra la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo, abandonó el reproche que antes había esgrimido sobre el origen y licitud de los ingresos económicos invocados en la petición de visado, lo que no podía la Sala de instancia era fundamentar su decisión en argumentos que la Administración había descartado, y basar en ellos la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

En este sentido, resulta contradictorio e incoherente reprochar al recurrente, como hace la sentencia de instancia, que no consta la licitud de sus medios de vida, cuando lo cierto es que la propia Administración ha expedido a lo largo de los años anteriores distintos visados al recurrente y a su cónyuge sin cuestionar nada desde la perspectiva de su buena conducta o su peligrosidad real o potencial para la seguridad y el orden público español. Al recordar *supra* el marco normativo aplicable, ya expusimos que el Ordenamiento prevé expresamente la posibilidad de impedir el acceso a España cuando dadas las circunstancias de quien pretende entrar en territorio nacional, se aprecie un peligro para el orden público o cuando se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países; hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del Ministro del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida. Pues bien, lo cierto es que al recurrente y su esposa no se les han opuesto en ningún momento (nada se ha alegado, menos aún probado, en tal sentido) tales reparos sobre su trayectoria vital cuando se les ha concedido sucesivos visados para entrar en España, del mismo modo que no consta ni se ha alegado que se hayan declarado extinguidas las autorizaciones administrativas correspondientes, ni consta ni se ha alegado que hayan sido sancionados por ninguna clase de conducta antijurídica, por lo que carece de justificación que ahora se les pretenda reprochar eso mismo.

En segundo lugar, estimamos que la denegación del visado por el Consulado de Moscú refleja una forma de proceder que no resulta justificable desde el punto de vista de la normativa aplicable. Como también expusimos, la denegación del visado por el Consulado de forma directa y en la primera fase del expediente no procede en cualesquiera casos y/o por cualesquiera razones, sino que puede adoptarse únicamente en los limitados supuestos que se refieren al apartado 3º "in fine" del artículo 35 del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, esto es, cuando no haya quedado suficientemente acreditada la identidad de las personas, la validez de los documentos, o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado; pues fuera de estos casos lo que debe hacer el Consulado es dar traslado del mismo al órgano competente para resolver sobre la autorización de residencia, que resolverá en definitiva sobre la autorización "previo informe de los servicios policiales relativo a la existencia de razones que pudieran impedirlo". En este caso que ahora nos ocupa, sin embargo, no se opusieron dudas de ninguna clase sobre la identidad de la compareciente ni sobre la veracidad de los documentos aportados, sino que se denegó el visado únicamente sobre la base de las dudas sobre la veracidad de los motivos invocados para pedir el visado. Ahora bien, esas dudas no se sustentaron en hechos claramente acreditados sino en conjeturas del funcionario consular actuante o en afirmaciones carentes de sustento real. Así, los recelos expresados en su día sobre el hecho de que la solicitante viaje usualmente a España en coche no dejan de ser meras elucubraciones de dicho funcionario, que incluso reconoce expresamente que "al parecer" -sic- esos viajes son en coche y no en otro medio (por cierto, en 2007 el mismo funcionario había apuntado, también de forma conjeturada, que la razón de ser de esos viajes en coche era que se hacía así para trasladar importantes cantidades de dinero a España de forma subrepticia, pero en el informe previo a la resolución de 2008 se abandonó esta acusación). Más aún, el informe en el que se basa la denegación del visado dice que la solicitante apenas tiene arraigo en España, pero a la vez reconoce que se le han expedido visados anuales en 2006 y 2007 como propietaria de vivienda en España, por lo que no resulta tan clara esa falta de arraigo que se reprocha; y más todavía, se dice de nuevo que "no parece" -sic- que disponga de medios suficientes para residir en España sin trabajar, situando de nuevo la afirmación en un plano meramente hipotético. Pues bien, si ya de por sí estas afirmaciones resultan endeble en los propios términos en que se formulan, ocurre además que, de forma sorprendente, en ningún momento el aquí recurrente y su esposa fueron citados por el Consulado a la entrevista que prevé el precitado artículo 35.3, en la que se podrían haber esclarecido todas estas cuestiones. Sorprende, verdaderamente, que se proponga la denegación del visado sobre la base de impresiones subjetivas y sospechas, sin ni siquiera citar a la solicitante para verificar los datos controvertidos.



En tercer lugar, estimamos que cuando se opone al recurrente que no tiene arraigo en España, se está exigiendo el cumplimiento de un requisito que no requiere el tipo de visado solicitado. En este sentido, cabe referir que una persona puede pedir el visado de residencia no lucrativa no porque ya tenga arraigo en España, sino porque quiere arraigarse en España. El visado de residencia no lucrativa se pide porque el peticionario desea instalarse en España, no porque ya lo esté. De cualquier modo, el recurrente ha demostrado un arraigo en España más que suficiente para obtener el visado pretendido. Tiene junto con su mujer una vivienda en propiedad en España que, por cierto, ya estaba terminada cuando pidió el visado, según ha demostrado en el proceso (y podría haberse verificado si la Administración se hubiera molestado en citarla a una entrevista para comprobarlo), ha permanecido en España previamente durante meses, tiene cuentas bancarias en España donde ha domiciliado el pago de los servicios y suministros usuales en una persona que reside en nuestro país, y ha adquirido un automóvil también en España. Estos datos demuestran un asentamiento que impide al Consulado denegar directamente el visado concernido so pretexto de que no se tiene arraigo.

En cuarto lugar, estimamos que carece de sentido reprochar al recurrente que no queda claro el propósito de por qué desea pasar más de 180 días al año en España. Tal reproche implica un juicio de intenciones desprovisto de apoyo, y, además, supone imponer a aquél la carga de acreditar el cumplimiento de un requisito que la norma no exige, desde el momento que ni la Ley Orgánica 4/2000 ni su reglamento de desarrollo requieren que el solicitante de la autorización de residencia no lucrativa exteriorice, razone y justifique las motivaciones íntimas que le llevan a querer vivir en España y no en otro lugar, razones que pertenecen al fuero interno de la persona y que pueden responder a las más variadas circunstancias. Lo único que se exige al solicitante es que, además de manifestar que aspira a residir establemente en España en régimen no laboral (lo que va de suyo dada la índole de la autorización solicitada) justifique que dispone de medios de vida para permanecer en España sin necesidad de desempeñar una actividad laboral en nuestro país. Cuestión distinta es, dicho sea en términos dialécticos, que si se comprueba que realmente el interesado no reside en España o no dispone de solvencia económica para residir aquí sin trabajar, se pueda denegar la autorización y el correspondiente visado (o incluso se declare de oficio la nulidad de la ya concedida en aplicación del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992) o se declare directamente (previo el expediente oportuno) la extinción de la autorización de acuerdo con el artículo 75 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004 , que contempla la posibilidad de declarar tal extinción, entre otros supuestos, cuando el extranjero deje de disponer de recursos económicos o medios de vida suficientes, cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener dicha autorización de residencia, o cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un período de un año.

En quinto lugar, sostenemos que, en cuanto concierne al reproche de que no existe la certeza de que no vaya a realizar actividades laborales en España, tal reproche se sustenta en meras conjeturas, pues lo que dice el informe desfavorable en que se basa la denegación del visado es que "no parece" que el solicitante disponga de medios suficientes para residir en España, sin que esta apreciación se verificase mediante la oportuna entrevista del solicitante. Siendo, pues, una conjetura, ocurre que la misma queda desmentida por el hecho acreditado de que el ahora recurrente dispone de cuentas bancarias en España con holgados saldos positivos, y la empresa de la que es titular con su esposa tiene igualmente resultados positivos no menos holgados.

Por lo demás, lo que la legislación española, en materia de regulación de los derechos y libertades de los extranjeros exige, no es que el solicitante de este tipo de visados no realice trabajo alguno, sino que no lo realice en España. No es cierto que la residencia temporal en España sea una situación prevista "en esencia" para pensionistas acaudalados que buscan un clima templado para apurar cómodamente su vejez, tal y como de forma reduccionista y sin apoyo normativo alguno apunta la sentencia de instancia. Por el contrario, cabe pensar en la posibilidad de que una persona no necesariamente jubilada fije su residencia en España porque dispone de negocios en su país de procedencia que le proporcionan ingresos y rentas suficientes para vivir de ellos sin necesidad de trabajar en nuestro país y sin necesidad de una presencia continuada en su país de origen para atender la marcha de esos negocios (lo que es cada vez más posible y viable en la economía globalizada de la era digital). El hecho de que esa persona se desplace con alguna periodicidad a ese país de origen para atender su negocio carece de trascendencia siempre y cuando se mantenga lo que de verdad importa, la residencia efectiva en España, como corresponde a la autorización solicitada. Sin olvidar, de todos modos, la ya apuntada posibilidad de declarar extinguida la autorización si se verifica que la persona titular de la autorización de residencia carece de medios económicos, ha faltado a la verdad a la hora de aportar los datos necesarios para obtener tal autorización, o permanece fuera de España más de seis meses en el periodo de un año; y sin olvidar asimismo que si se detecta que realiza actividades laborales en España sin estar autorizada para ello, tal comportamiento pueda ser impedido y sancionado por aplicación de la propia Ley Orgánica 4/2000 (art. 53).

Desde esta perspectiva, puede valorarse la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia de que el caso del recurrente es " *un ejemplo más de esa diáspora de la nueva oligarquía rusa nacida tras el desmembramiento*



de la URSS y la privatización de la vieja economía socialista", y que, más aún, "lo que en el fondo subyace es, sin abandonar en modo alguno los negocios, obtener una situación privilegiada que permita el libre tránsito por todo el ámbito de la U.E. sin necesidad de obtener sucesivos visados". La alusión a la oligarquía rusa, puesta en relación con las consideraciones que la preceden, es cuanto menos (y prescindiendo de otras valoraciones) infundada en cuanto basada en meras conjeturas; y si con la siguiente consideración se pretende recuperar la acusación de que a través de la autorización pretendida se busca mover capitales de manera fraudulenta, es una imputación no menos conjeturada y además responde a una visión de las cosas que la misma Administración abandonó y descartó en 2008 cuando denegó el visado mediante la resolución impugnada en este litigio.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse íntegramente el único motivo de casación articulado, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Camilo contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 711/2008, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo y anular la resolución del Cónsul General de España en Moscú de 30 de julio de 2009, que denegó la solicitud de visado de residencia sin finalidad laboral, por no ser conforme a Derecho.

La decisión de estimación del recurso contencioso-administrativo se justifica en que el reconocimiento del derecho a la obtención del visado queda condicionado, en cuanto a su expedición, a la obtención de la autorización de residencia, debiendo, a estos efectos, proseguirse los trámites procedimentales establecidos en el artículo 35 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Camilo contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 711/2008, que casamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Camilo contra la resolución del Cónsul General de España en Moscú de 30 de julio de 2008, que denegó la solicitud de visado de residencia sin finalidad laboral, que anulamos por no ser conforme a Derecho, ordenando que el expediente prosiga su tramitación administrativa con el objeto de obtener la autorización de residencia en los términos fundamentados.

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

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 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, en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Fernando Canillas Carnicero.- Firmado.