

Roj: STS 1771/2011
 Id Cendoj: 28079130032011100135
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 5409/2007
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Denegación de Visado.- Art.33.2 de la Ley de la Jurisdicción; art.27.4 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social; L.O. 8/2000, de 22 de diciembre; y L.O.14/2003, de 20 de noviembre; arts.16.4 y 19.1 del Reglamento de ejecución la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.- DªMARCELINA CUEVAS RUBIO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación número **5409/2007** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de 31 de julio de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo 3378/04 , sobre concesión de visado. Se ha personado como recurrido Alejandra , representada por el Procurador D.Alfonso Maria Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso administrativo interpuesto por Alejandra , contra la resolución de 25 de agosto de 2004, dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo. La expresada Sala dictó Sentencia de fecha 31 de julio de 2007 , cuyo fallo es el siguiente:

<< Que estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Alejandra contra la Resolución del Consulado General de España en Santo Domingo, de fecha 25 de agosto de 2004, a que este proceso se refiere, la cual anulamos, y declaramos el derecho de don Feliciano , a que se conceda visado de residencia para reagrupación familiar con su madre, en régimen comunitario, sin formular condena en costas.>>

SEGUNDO .- Contra la mencionada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que se tuvo por preparado al tiempo que se remitían las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Presentado ante esta Sala recurso de casación por escrito de 20 de diciembre de 2007, la Administración del Estado, lo hace con base en los dos motivos de casación siguientes:

Primero.- Al amparo del *art.88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso -administrativa*, por infracción del *art.33.2* del mismo texto legal.

Segundo.- Al amparo del *art.88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* , por "infracción del *art.27.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero* , por la que se regulan los derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social, y por la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* , y por la *Ley Orgánica*

14/2003, de 20 de noviembre ; y del artículo 16.4 y 19.1 del Reglamento de ejecución la Ley Orgánica 4/2000 , aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio ."

Terminando por suplicar, "estime dicho recurso, casando y anulando la recurrida, y ordenando la devolución de los Autos al Tribunal de Instancia para que por el mismo se dicte nueva resolución una vez subsanado el defecto de forma cometido; o subsidiariamente, case la Sentencia impugnada y, desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la actuación administrativa, confirme ésta por ser conforme a Derecho."

CUARTO.- Evacuada oposición por D^a Alejandra , por providencia de 8 de febrero de 2011, se nombró ponente y se señaló para votación y fallo del recurso el día 30 de marzo de 2011, fecha en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima el recurso contencioso administrativo formulado por Doña Alejandra , contra la resolución de fecha 25 de Agosto de 2004 del Consulado General de España en Santo Domingo por la que se deniega a su hijo, Feliciano , el visado ordinario de corta duración para viajar a España.

Las consideraciones jurídicas por las que se desestima el recurso contencioso administrativo se expresan en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la Sentencia, en los términos siguientes:

<<SEGUNDO.- Para resolver la cuestión litigiosa es preciso calificar previamente el visado solicitado. Estimamos que lo pedido ha sido un visado de residencia para reagrupación familiar en régimen comunitario, porque, aunque el impreso utilizado ha sido el del visado Schengen y en el mismo se indicó que su finalidad era la de visita a familiares, lo cierto es que en dicho impreso se señaló la modalidad de larga duración y se identificó a la ahora recurrente como el familiar de la UE. del que depende el solicitante, el cual aportó al expediente administrativo un acta notarial otorgada por doña Alejandra en la que ésta expresó su intención de reagrupar en España a su hijo Feliciano , así como el documento justificativo de la autorización del padre de éste para que residiera en España junto a su madre, cuya nacionalidad española se ha acreditado mediante la aportación de copia de su Documento Nacional de Identidad, habiéndose justificado la relación materno-filial y la edad del solicitante mediante certificación de nacimiento. Es cierto que la declaración de nacimiento del solicitante, en fecha de 25.7.1988, tuvo lugar en el año 2004, pero también lo es que la misma ha sido ratificada en sentencia de 22.4.2004 y que el Consulado General de España en Santo Domingo no ha discutido la autenticidad ni la eficacia formal del documento aportado.

TERCERO.- La decisión administrativa fue adoptada sin tener en cuenta otros hechos, alegaciones y pruebas que los aportados por el interesado al expediente administrativo, lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, excusa la obligatoriedad del trámite de audiencia cuya omisión se denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior es procedente estimar el recurso y declarar el derecho de Feliciano a la concesión del visado realmente pedido, dado que, conforme a los artículos 2, 3, 4 y del precitado Real Decreto , las personas a que el mismo se refiere, entre las que se encuentran los descendientes de españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad pero vivan a sus expensas, tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas y sin perjuicio de los límites establecidos en la citada norma que, en lo que interesa al supuesto litigioso, impone el visado para la entrada en territorio español a los familiares que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, debiendo ser motivada la resolución que lo deniegue, con indicación de las razones de orden público, seguridad o salud públicas en que se base.

Conforme a las normas citadas, la inscripción de nacimiento fuera de plazo no constituye causa de denegación de visado, sin que en el supuesto de autos existan razones para presumir la falsedad de los datos manifestados en la declaración de nacimiento o un propósito defraudatorio del Ordenamiento Jurídico español. En todo caso, y como la Administración no ha cuestionado la autenticidad y eficacia formal de los documentos aportados al expediente, hemos de afirmar que del único hecho base de la tardía declaración

de nacimiento del hijo de la recurrente no puede inferirse racionalmente, y en condiciones que excluyan las demás posibilidades razonables, que el solicitante del visado no nació en la fecha que consta en el correspondiente certificado y que no es hijo de la ciudadana española doña Alejandra . Por tanto, concurriendo en el solicitante los requisitos exigidos en el Real Decreto 178/2003 para la concesión del visado de residencia para la reagrupación familiar en régimen comunitario y al no constar que existan otras razones de fondo para su denegación, es procedente declarar el derecho de Feliciano a su obtención, al haberse desvirtuado en este proceso los fundamentos de la decisión administrativa impugnada.>>

SEGUNDO .- El recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado se articula en dos motivos. En el primero formulado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional se reprocha a la Sentencia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con vulneración de los artículos 65.2 y 33.2 de la Ley Jurisdiccional .

En el segundo motivo, bajo el amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , se aduce la infracción de los artículos 27.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre en relación con los artículos 16.4 y 19.1 del reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 , aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio .

En el desarrollo del primer motivo se sostiene que la resolución impugnada en el recurso contencioso administrativo era la denegación de un visado de corta duración, sobre el que precisamente versaron las alegaciones de las partes procesales; no obstante -se afirma- el pronunciamiento judicial se sustenta en una cuestión nueva, pues la Sala de instancia considera el visado "de residencia para la reagrupación familiar en régimen comunitario". A partir de esta nueva calificación, no sometida a debate de las partes procesales, el Tribunal emite su pronunciamiento estimatorio, siendo, pues, ésta nueva calificación del visado la única relevante para el fallo sobre la que ni la entonces recurrente ni la Abogacía del Estado pudieron formular las alegaciones que estimaron convenientes, razón por la que debió hacerse aplicación de lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LJCA .

Pues bien, desde la STC 20/1982, de 5 de mayo , el Tribunal Constitucional ha declarado que si se produce una completa modificación de los términos del debate procesal puede darse una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa, pues la Sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae (Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo). En la STC 177/1985, de 18 de diciembre , el Tribunal Constitucional precisó que se debe atender a los términos en que las partes han formulado sus pretensiones en la demanda y en los escritos esenciales del proceso, configurando las acciones y excepciones ejercitadas, constituyendo la desviación que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal que represente por su contenido una vulneración del principio de contradicción y, por lo tanto, del fundamental derecho de defensa, una lesión del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión (Fundamento Jurídico Cuarto).

No quiere ello decir que el Juez o Tribunal tenga vedado utilizar su potestad, expresada tradicionalmente en los axiomas *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius* , que le permiten no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las sentencias, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, y que el principio procesal plasmado en los indicados aforismos permite al Juez fundar el fallo en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por ellos, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados (por todas, STC 44/2008, de 10 de marzo , Fundamento Jurídico Segundo).

Como indicamos en la Sentencia de 16 de junio de 2009, dictada en el recurso de casación 296/2007 , en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, es la propia Ley de la Jurisdicción la que ordena a los Tribunales que fallen dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición, como se expresa en el artículo 33 LJCA , al disponer que el enjuiciamiento se produzca "dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición". Como consecuencia de tal previsión, el artículo citado, establece seguidamente que ante la apreciación por el Juez o Tribunal, al dictar Sentencia, de la existencia de posibles motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, debe someterlos a la consideración de las partes a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, restableciendo así el debate procesal en salvaguarda de la necesaria contradicción. Ya que la resolución del proceso, con fundamento en motivos no invocados por las partes, sin someterlos previamente a la

consideración de las mismas, constituye una infracción procesal cuya apreciación en casación supone la retroacción de actuaciones para su subsanación.

TERCERO.- A la luz de la anterior jurisprudencia resulta conveniente referirnos a las circunstancias que han concurrido en el proceso del que trae causa el recurso de casación.

El debate procesal desarrollado en la instancia con ocasión de la demanda deducida giró en torno a la corrección de la denegación del visado de corta duración interesado por Doña Alejandra para que su hijo Feliciano pudiera viajar a España, afirmando la demanda que concurrían los requisitos previstos en el *artículo 26 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería*, aplicada. Se planteaban en dicho escrito diversos motivos determinantes de la nulidad de la resolución impugnada, a saber: que la Administración prescindió del trámite de audiencia previsto en el *artículo 105 c) CE y 84 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, la falta de motivación de la resolución recurrida y la arbitrariedad de la decisión. Esas alegaciones fueron contestadas por la Abogacía del Estado que rebatió cada uno de los argumentos esgrimidos por la parte entonces actora para sostener la corrección de la decisión impugnada. En el trámite de conclusiones las partes reiteraron sus respectivas posiciones sin aportar ningún nuevo elemento sustancial. En fin, se debatió la corrección formal y sustantiva de la resolución denegatoria del visado "de corta duración" en atención a la legislación reguladora de estos visados.

La Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia comienza su análisis en el fundamento jurídico segundo de la sentencia y como cuestión previa procede a examinar el tipo de visado solicitado, para lo cual valora una serie de aspectos de la solicitud de los que deduce que, lo pedido era en realidad, un visado de "residencia para la reagrupación familiar en régimen comunitario". A partir de dicha premisa considera las consecuencias derivadas de la aplicación del *Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero*, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados.

La Sala concluye estimando el recurso, al entender observados los requisitos exigidos en el citado Real Decreto para la concesión del permiso de reagrupación familiar. Con arreglo a lo razonado, anula la resolución impugnada y declara el derecho de Don Feliciano a que se le conceda el visado de residencia para la reagrupación familiar con su madre, en régimen comunitario.

CUARTO.- Como se desprende de lo expuesto a pesar de que no se introdujo en el debate procesal la cuestión de la calificación del visado, la Sala de instancia procedió a modificar su consideración inicial como un visado de corta duración por la modalidad de reagrupación familiar. Y esta actuación de la Sala sentenciadora que declinó acudir a las facultades del *artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción* implicó una merma del derecho de defensa de la Administración recurrente por cuanto, en vez de requerir a las partes para que alegaran sobre el particular se limitó a emprender de oficio una operación de calificación jurídica del permiso solicitado sin la correspondiente audiencia de las partes interesadas. Esta nueva operación jurídica resulta, sin duda, relevante porque altera el sentido y finalidad del visado y las normas de aplicación al caso; por ello no podía acometerse sin contar con las partes procesales que gozaban con la garantía de audiencia y contradicción. Su quiebra presenta trascendencia en la medida que se ha realizado la nueva valoración jurídica del visado sin que la Administración haya podido intervenir formulando alegaciones en defensa de su posición contraria a la concesión.

En suma, la Sala de instancia fundamentó el pronunciamiento del fallo alterando los términos del litigio, impidiendo que la controversia se desarrollara con intervención de las partes enfrentadas con evidente omisión del trámite del *art. 33 de la Ley Jurisdiccional*.

En consecuencia, procede estimar el motivo de casación y la reposición de las actuaciones al momento anterior al de dictar Sentencia para que la Sala de instancia someta a las partes la cuestión de la calificación del visado según lo previsto en el *artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción* y resuelva en consecuencia.

QUINTO.- No se dan circunstancias de costas en la primera instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en esta casación, de conformidad con el *art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional*.

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

FALLAMOS

Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de 31 de julio de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo 3378/04 , Sentencia que casamos y ordenamos la retroacción de las actuaciones según lo razonado en el Fundamento Jurídico Cuarto. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del 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.-Rubricado.-**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.