

D. JAVIER GALPARSORO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2012/0002970


(01) 30041110466**Procedimiento Ordinario**

Demandante: D./Dña.
PROCURADOR D./Dña. SANTIAGO TESORERO DIAZ
Demandado: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

JAVIER GALPARSORO
ABOGADO

Hurtado de Amézaga, 27-7º Dpto. 5
Tel. 94 424 46 56 - Fax 94 423 75 07
48008 BILBAO

SENTENCIA Nº 12/2013

Presidente:
D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS
Magistrados:
D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA
D. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ
D. ALFREDO ROLDÁN HERRERO

En la Villa de Madrid, a once de enero de dos mil trece.

VISTOS por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo nº 455 /2012 promovido por el procurador de los tribunales don Santiago Tesorero Díaz, en nombre y representación de _____, contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto el 8 de abril de 2010 contra resolución de 28 de enero de 2010 de la Embajada de España en Islamabad(Pakistán) que denegó al actor su solicitud de visado de residencia para trabajo por cuenta ajena en España presentada el 13 de enero de 2009; habiendo sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente arriba expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno se requirió a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando, en esencia, que se dicte sentencia declarando la no conformidad a derecho de la resolución recurrida y se reconozca el derecho del actor a la concesión de visado para residencia y trabajo con la empresa [REDACTED], visado que deberá ser expedido por parte de la Embajada de España en Islamabad.

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

CUARTO.- Mediante auto se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada. Al no recibirse el juicio a prueba, quedaron los autos pendientes de votación y fallo, que se verificó para el día 13 de enero de 2013, fecha en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso contencioso la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto el 8 de abril de 2010 contra resolución, de 28 de enero de 2010, de la Embajada de España en Islamabad(Pakistán) que denegó al actor arriba

reseñado, nacional y residente en Pakistán, su solicitud de visado de residencia para trabajo por cuenta ajena en España, presentada el 13 de enero de 2009.

La resolución originaria recurrida motiva la citada denegación al constatar que concurren las causas previstas para ello en los artículos 51.8 y 51.9 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y más concretamente:

“1º.- El interesado compareció el día 21 de diciembre de 2009 en esta Representación para una entrevista personal.

2º.- Desconoce el nombre de la empresa y la ciudad donde va a realizar la actividad laboral.

3º.- De la entrevista se desprende un desconocimiento de las condiciones de la oferta y del contrato de trabajo, como las vacaciones o el horario de trabajo. Existen contradicciones en cuanto al salario a percibir y admite que va a realizar el pago de las tasas efectuadas hasta el momento para conseguir la oferta de trabajo, las cuales han sido pagadas por su primo, no por el empleador, y que ascienden a 300 euros.

4º.- Posible existencia de irregularidades e indefensión en el pacto de las condiciones laborales, con abuso por parte de la parte contratante.

5º.- Señala que sus primos le han conseguido la oferta de trabajo y que su objetivo es instalarse en España y reagrupar a su familia”.

Con fecha 24 de octubre 2008 la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya concedió al solicitante autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial, para la actividad de producción agrícola.

SEGUNDO.- La parte recurrente impugna dicha resolución originaria recurrida alegando, en primer lugar, que la entrevista realizada al interesado se hizo casi un año después de la solicitud del visado, en la que debió estar presente dos funcionarios de la Embajada, pero no se indica quién fue el intérprete del idioma urdu. Además, es un documento redactado en castellano, idioma que desconoce dicho recurrente. Por otro lado, considera dicha parte que la Embajada de España en Islamabad se ha arrogado un criterio subjetivo en unas competencias de las que carecía para cuestionar la bondad de la resolución dictada en su día por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya. Por ello, entiende dicha parte que ya no cabía valorar algo ya resuelto por la propia Administración, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012 (recurso 2842/2012). Finalmente, alega la irregularidad que se desprende en el expediente, de que supuestamente a un abogado pakistaní se le notificó la inicial resolución, interponiendo

un recurso de reposición que supuestamente se notificó al interesado, sin que conste en ningún caso diligencia de a quién se le notifico, cuando lo cierto es que dicha parte interpuso recurso de reposición a través del letrado que firma la demanda, sin que a la fecha se le hubiera notificado resolución alguna.

La defensa del Estado se opone a la demanda y solicita la desestimación del recurso.

TERCERO.- En primer lugar, se ha de indicar, tal como se deduce de lo expuesto en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, que el objeto del presente recurso es la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por el recurrente arriba reseñado, a través del escrito presentado en su nombre el 8 de abril de 2010 ante la Embajada de España en Islamabad(folios 34 y ss. del expediente) por el letrado que suscribe la presente demanda, contra la resolución originaria de esa misma Embajada de 28 de enero de 2010. Dicha conclusión viene motivada porque, como bien señala el recurrente, en el expediente no consta la supuesta notificación que da lugar a la interposición de un recurso de reposición de un letrado pakistaní del que tampoco obra que actuara en nombre del recurrente. Igualmente, no consta en el expediente que se notificara la supuesta resolución de ese recurso de reposición, de fecha 18 de febrero de 2010, al interesado. La propia Abogacía del Estado centra su recurso únicamente en la citada resolución originaria, por lo que los términos de este recurso son los recogidos en el citado primer fundamento de derecho de esta sentencia.

CUARTO.- Con relación a la cuestión de fondo objeto de este recurso, se ha de señalar que la resolución de la cuestión litigiosa suscitada en este proceso pasa por aclarar que, conforme al artículo 51 del Real Decreto 2393/2004, aplicable al presente caso puesto que la solicitud inicial del empleador es anterior a su derogación por el RD 557/2011, en el plazo de un mes desde la notificación al empleador o empresario interesado de la resolución la Delegación del Gobierno competente concediendo al trabajador autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, éste deberá solicitar personalmente el visado, durante cuya tramitación 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.

El apartado 8 de dicho artículo 51 dispone en su último párrafo : *"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 quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará una copia al interesado”.

En el apartado 9 del precepto citado se dispone también que 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 de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización.

A la vista de dicha normativa, se ha de resaltar, en primer lugar, que la sentencia del Tribunal Supremo invocada por la parte actora, que se refiere a un caso de reagrupación familiar, no es aplicable al supuesto de autos, por cuanto que los preceptos invocados refiere de forma clara y especial la posibilidad de que la delegación diplomática competente pueda realizar esa entrevista con el interesado y denegar el visado por las causas recogidas en dicha normativa.

Con relación a la citada entrevista, se ha de indicar que la misma se practicó por dos funcionarios de la embajada, sin que interviniera un intérprete, pues del literal de su acta se desprende que hablaron en urdu, idioma del interesado y por lo tanto uno de esos funcionarios conocía dicho idioma, por lo que no era necesario, a tenor de la normativa arriba reseñada, la intervención de aquel. El acta se recogió en castellano, que es la lengua en que se han de redactar los expedientes administrativos de la Administración General del Estado(artículo de la Ley 3071992, de 26 de noviembre). En consecuencia, esos aspectos formales de la entrevista se ajustaron a derecho, otra cuestión, que posteriormente se examinará y se resolverá, es determinar si la valoración que de esa entrevista hace el acto recurrido, y en lo que se refiere a la consecuencia de la denegación del visado conforme a la normativa expuesta, se ajusta o no a derecho.

El acta de la entrevista citada es del siguiente literal (folio 16)l:

- “ 1. ¿Qué edad tiene?: Tengo 26 años
2. ¿Sabe inglés o español?¿Qué nivel de estudios ha realizado ?Sólo hablo urdu y panyabi. Tengo un nivel de estudios (EGB). No sabe leer ni escribir.
3. ¿Está casado y con hijos?¿Con quién vive en Pakistán? Estoy casado, vivo con mi mujer y mi dos hijos, con mi hermana, mi tía y mi madre.
4. ¿A qué se dedica en Pakistán?¿Cuánto tiempo lleva trabajando para esa empresa? Trabajo en las tierras desde hace unos 13 o 14 años?.

5. ¿Qué hace exactamente como agricultor? Planto tomates, arroz, guisantes, cebollas.
6. ¿Cuánto terreno cultiva? Son mis tierras y tengo unos 1500 metros cuadrados.
7. ¿En qué época cultiva el arroz? Lo siembro en verano y lo recojo después de 3 o 4 meses.
8. ¿Y los tomates? Desde abril hasta septiembre.
9. ¿Y las cebollas? Desde abril hasta septiembre, al igual que los guisantes.
10. ¿Qué tipo de abono utiliza? La caca de vaca, agua.
11. ¿Tiene familiares o amigos en España? Tengo dos primos y un tío en España en Bilbao.
12. ¿Son los que han conseguido la oferta de trabajo? Uno de mis primos trabaja con este señor y él le había dicho que necesitaba a alguien.
13. ¿Cómo se llama la empresa? Follera... y el jefe se llama Yusu y es español.
Se hace constar que la oferta de trabajo es para una empresa que se llama
14. ¿Cuál va a ser su horario de trabajo y su remuneración? Voy a cobrar 1200 euros al mes pero también me van a pagar por horas. Voy a trabajar como 12 horas al día. ¿Cuánto le van a pagar por horas? No lo sé.
15. ¿Cuánto tiempo va a tener de vacaciones y cuántos días libres a la semana? El domingo voy a librar y el sábado hasta el mediodía. Al año no sé cuántas vacaciones voy a tener.
16. ¿Cuántos meses va a trabajar gratis? No voy a trabajar gratis
17. ¿Quién va a pagar el seguro social agrario? Voy a pagar todas las tasas que mis primos han pagado por la oferta de trabajo como unos 300 euros. Y la seguridad social la va a pagar el señor de la empresa.
18. ¿Sabe dónde está Vizcaya? Es una ensalada
19. ¿Qué va a cultivar exactamente en Bilbao? Ensaladas y tomates. Está todo el año, se siembra y después de 4 meses se recogen.
20. ¿Cuánto tiempo va a durar el trabajo? Para un año.
21. ¿Piensa reagrupar a su familia? ¿Ahora no, luego más tarde que sí
22. ¿Dónde piensa vivir y con quién? Voy a vivir con mi primo en Bilbao, trabaja en un pueblo pero no sé el nombre del pueblo".

Lo primero que se aprecia en la valoración que del contenido de la citada acta hace la resolución originaria recurrida, es que no se cuestionan los datos que da el interesado sobre el trabajo de agricultor que realiza, actividad para la que ha sido contratado por la empresa

empleadora.

Asimismo, ha de resaltarse que el solicitante sí contesta a datos fundamentales sobre el trabajo para el que se contrata, como el salario y los días de descanso semanales. Ciertamente da unos datos de horas diarios(12) que puede tener su explicación en que pueden ser las mismas que emplea en su trabajo de agricultor en su país. Respecto a que no sabe el número exacto de las vacaciones anuales, ello no significa que no vaya a realizar dicho trabajo. Además, se ha de tener en cuenta que nos encontramos con una persona de escasa formación que vive en un país lejano, por lo que tampoco se le puede exigir que la misma sepa dónde está Vizcaya. El hecho de que el citado interesado vaya a vivir con su primo, que es el que le ha buscado el trabajo, y que luego quiera reagrupar a su familia, son datos que no crean dudas razonables sobre el verdadero motivo del visado. Es normal que los trabajos sean buscados por allegados. También es normal que nada más llegar a territorio español, el extranjero viva en principio en el domicilio de ese familiar que le ha facilitado el acceso al trabajo y que una vez instalado y obtenido el visado de residencia, quiera el mismo reagrupar a su familia.

En consecuencia, teniendo en cuenta, además, la oferta de trabajo existente a favor del recurrente, la autorización también a su favor de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial, que el trabajo a realizar por el mismo en España de agricultor tiene relación directa con el objeto social de la empresa empleadora, que no se ha concluido en ningún momento, ni siquiera por indicios, la existencia de dudas razonables sobre que ese trabajo por cuenta ajena no sea el motivo del visado, y que además dicho interesado ejerce en su país de origen la actividad de agricultor, procede anular, por no ser conforme a derecho, el acto recurrido, reconociendo el derecho del actor a obtener el visado de residencia y trabajo por él solicitado.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tras la redacción dada por la Ley 37/2011, las costas del recurso se han de imponer a la parte actora en cuantía máxima de 300 €.

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

FALLAMOS

ESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por la representación del recurrente _____, contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto el 8 de abril de 2010 contra resolución de 28 de enero de 2010 de la Embajada de España en Islamabad(Pakistán) que denegó al actor su solicitud de visado de residencia para trabajo por cuenta ajena en España presentada el 13 de enero de 2009, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** dichos actos recurrido por no ser conformes a derecho y declaramos el derecho del citado recurrente a obtener el referido visado ; con imposición de las costas de este recurso a la Administración demandada en cuantía máxima de 300 €.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días, contados desde el siguiente al de la notificación esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.