

Visados consulares, entrevistas personales, recursos legales, y mediación

Consular visas, personal interviews, legal resources, and mediation

Resulta evidente que la *pandemia* nos debe llevar a desarrollar, como sucede en otros países, todas las vías que permitan evitar el conflicto ante los tribunales. Y para ello es indispensable conocer lo mejor posible la posición del administrado y su capacidad de defensa de los derechos que le reconocen las leyes. Con este propósito, es obligación de todos los funcionarios consulares evitar errores de juicio, recurriendo para ello a las vías informativas disponibles, ordinarias o extraordinarias. El autor de este artículo, entusiasta converso en favor de los medios alternativos o extrajudiciales para la solución de conflictos, considera que la mediación permite no solo superar un conflicto concreto sino mejorar las relaciones entre las partes de cara a la futura convivencia en los distintos campos del Derecho, lo que incluye ciertamente a la Administración consular.

Funciones consulares, Visados, Entrevista personal, Utilidad de la mediación.

It is clear that the pandemic must lead us to develop, as is the case in other countries, all avenues to avoid conflict in the courts. And to do so, it is essential to have the best possible knowledge of the position of the administered person and his or her capacity to defend the rights recognised by the law. To this end, it is the obligation of all consular officials to avoid errors of judgment, using the available information channels, ordinary or extraordinary. The author of this article, an enthusiastic convert in favour of alternative or extra-judicial means of conflict resolution, considers that mediation allows not only to overcome a specific conflict but also to improve relations between the parties with a view to future coexistence in the different fields of law, which certainly includes the consular administration.

Consular functions, Visas, Personal interview, Usefulness of mediation.



Javier Jiménez-Ugarte

Embajador de España (ret.)

Consejero «López Rodó & Cruz Ferrer»

Ha llegado el momento de compartir como útil *caso práctico* lo vivido en mi deseo de *mediar en favor de una abogada en ejercicio*, contratada por una empleadora madrileña, que vio denegado el visado solicitado en el *Consulado de España en Lima*, por injustificadas sospechas de existir «fraude de ley». El caso parecía sencillo, pues se había obtenido ya la autorización de residencia y trabajo de la

Delegación de Gobierno competente, en favor de un ciudadano peruano dispuesto a trabajar como «cuidador» del progenitor de la empleadora.

Me tocó recuperar recuerdos profesionales de mis años vividos como *Cónsul General de España en Nador* (2005), y en *Tetuán y Larache* (2006-2010), que me había ocupado de recoger en una pequeña obra (1), y acompañar a la entregada abogada en su lucha por ver enmendada lo que parecía un claro error de la administración consular competente para la concesión o denegación de los muy cotizados visados para entrar y trabajar legalmente en España. Utilizamos pues las distintas vías legales disponibles, empezando por la solicitud de que se entrevistase al interesado para la eventual revisión de la denegación impuesta.

I. ENTREVISTA PERSONAL

Esta figura ocupa, sin duda, lugar preeminente en la gestión de los *visados de residencia y trabajo*, que tanta importancia tienen no solo en el país que los concede sino en los otros miembros de la Unión Europea que forman parte del «espacio Schengen». Ciertamente, las *entrevistas personales con el solicitante* acarrearán mayores esfuerzos al titular, pero responden a precisas instrucciones. La nueva *Guía del Ministerio de Exteriores*, invita a «celebrar la entrevista personal cuando sea necesario comprobar la veracidad del motivo de solicitud de visado; 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 copia al interesado» (2). Conlleva, como vemos, la *redacción de un Acta* lo que obliga a un pronunciamiento por escrito, objetivo y fiel a lo declarado.

Había sido mi arma preferida para intentar ser lo más justo posible en mis años de Cónsul, por lo que había escrito en mi citado Manual que «desde enero de 2006 hasta la fecha en que escribo estas líneas puedo haber entrevistado a unas mil personas. No puedo negar que lo digo con emoción y satisfacción ya que la reacción de nuestros entrevistados fue siempre de agradecimiento por la cercanía que este comportamiento mostraba hacia los solicitantes marroquíes».

Desgraciadamente, ni el *Cónsul General* ni el *Cónsul adjunto*, actualmente destinados en Lima, aceptaron convocar al solicitante, y siguieron rechazando la concesión del visado, reiterado, sin mayores pruebas, la existencia de un «fraude de ley», lo que llevó al primer *recurso administrativo*.

II. RECURSO DE REPOSICIÓN

Es el recurso más sencillo y frecuente, aunque casi nunca resuelto en favor del recurrente. Se mantiene afortunadamente para distintos tipos de *visados de residencia* la exigencia de una personalizada *motivación de la denegación*. El art. 27.6º de la Ley Orgánica 4/2000 declara con rotundidad que «la denegación del visado deberá ser motivada cuando se trate de visados para el trabajo por cuenta ajena».

Este primer recurso debería, pues, llevar a la administración consular a *desarrollar al máximo* la motivación, procurando concretarla para evitar así eventuales derrotas por vía contenciosa ante los

Tribunales, lo que siempre daña la imagen de nuestros Consulados y, en última instancia, del propio Ministerio, del que dependen. Desgraciadamente, una buena motivación *ad hoc* no suele ser la regla general en los momentos actuales con Consulados saturados ante la fuerte presión migratoria, por lo que, al término de mis cuarenta y cinco años de actividad, tengo que reconocer que los párrafos firmados por el Cónsul o por el Canciller siguen generando duras y justificadas críticas por parte de los abogados y particulares afectados.

Como escribí en mi citado Manual, «la complejidad de la política de visados consulares, su carácter burocrático y casuístico, su falta de todo *glamour*, sus agobiantes exigencias cotidianas nada tienen que ver con lo que muchos jóvenes buscan cuando optan por la mucho más atractiva función diplomática» (3).

En nuestro caso, el recurso de reposición se desestimó con la habitual fórmula estereotipada, indicándose a continuación que *contra la decisión denegatoria cabría interponer un recurso contencioso-administrativo*, vía que, por su complejidad, gran duración y coste, sirve de cómoda salvaguardia de la Administración consular, y, en este caso, de los dos Cónsules que se negaron a hacer la solicitada entrevista personal.

Y sin embargo el conflicto se hubiese podido evita atendiendo la *petición del «mediador»* de proceder a una entrevista con el demandante para saber con certeza si existía o no el pretendido «fraude de Ley». Es indudable que en los momentos actuales cuando nuestros Tribunales sufren un nuevo y monumental atasco es especialmente importante que la administración consular cumpla con su deber y que recurra a las citadas entrevistas para encontrar una *solución alternativa*, evitando así el nacimiento de un contencioso legal más. Desgraciadamente, por razones que se me escapan, —quizás el mero instinto burocrático de sostenella y no enmendalla— los Cónsules en Lima optaron por la confrontación, convencidos, sin duda, de que poco puede hacer un particular frente a una denegación arbitraria de un visado de trabajo.

III. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN (2007)

Recordé entonces viejas experiencias profesionales vividas en mis reiterados años consulares. En efecto, el administrado puede acudir previamente, en determinadas y tasadas circunstancias, al *recurso extraordinario de revisión*.

Me tocó hacer frente a este *segundo recurso administrativo* en más de una ocasión cuando estaba al frente del *Consulado de España en Tetuán*. Reconozco que constituyó una sorpresa, pero también agradezco que ello me permitiese subsanar un error cometido, que quedó en evidencia ante los *nuevos documentos aportados*, y pudo ser debidamente subsanado en base a lo dispuesto en el *art.108.1. 2ª de la Ley 30/1992*. El *acta de la entrevista personal*, recomendada para los casos de visados de residencia por el art. 51.8º del Reglamento de Extranjería 2393/2004, entonces en vigor, contribuyó también grandemente a garantizar que no había fraude de ley.

Se trataba de una denegación de visado de trabajo solicitado por un empleador marroquí en favor de su hermano. En el recurso se aportó una comunicación oficial de la *Tesorería General de la Seguridad*

Social recordando que la prohibición de contratación laboral entre consanguíneos, prevista en el artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, permite «prueba en contrario». Y a dichos efectos el recurrente incorporó *informe de vida laboral* de su empresa acreditativo del alta en la misma de otros trabajadores marroquíes, bien contratados en Marruecos, bien en España, con los consiguientes *formularios de cotización*.

Ello me llevó a conceder finalmente el visado requerido en una larga y razonada *Resolución estimatoria* del citado recurso, que figura como *Anejo* en mi citado Manual. Es cierto que otros dos recursos similares, que se elevaron al Consulado, fueron prontamente rechazados por no cumplir con las exigencias legales.

IV. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN (2019) Y DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

La normativa en vigor mantiene en su totalidad el citado recurso administrativo, hoy recogido en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 39/2015. Esta posibilidad figuraba en viejos formularios consulares, y sigue apareciendo en las Resoluciones desestimatoria de la Administración central, tras el ya analizado recurso de reposición.

Pudo pues mi amiga abogada, con renovadas esperanzas, reunir nuevos escritos y testimonios capaces de garantizar que no había riesgo alguno de «fraude de ley», y presentar debidamente el recurso extraordinario de revisión previsto en nuestro ordenamiento.

También nos pareció oportuno estudiar la rica doctrina del Consejo de Estado sobre los recursos extraordinarios de revisión, en base a lo dispuesto en el artículo 22, apartado nueve, de su Ley Orgánica 3/1980, que indica que La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada al efecto. Conté para ello con el generoso apoyo de la Letrada de esa digna Institución, Rosa Collado.

En su *Memoria del año 2017*, segunda parte, Capítulo VI y Capítulo VII, encuentra el lector una exposición exhaustiva sobre todo lo hecho y dicho por el Alto Órgano Consultivo en esta interesante materia de la revisión, bien *a instancia de parte* bien como *revocación de oficio*, bien en los casos de *falta de legalidad* bien en los de *debida oportunidad*. Se refiere la Memoria a distintos Dictámenes, desde los años noventa, solicitados por los Ministerios o Comunidades Autónomas concernidos, sobre muy variados casos (4).

Por no salirme del entorno de los visados, mencionaré solo tres recursos extraordinarios de revisión, planteados ante el Ministerio de Interior (Dictámenes nºs 4.547/1997, 2.475/1998 y 1.034/1999) y remitidos por éste para dictamen. Eran supuestos de denegación del permiso de trabajo, de renovación del permiso de trabajo, y de no reconocimiento de la exención de visado para ascendiente de menor español. Las opiniones consultivas emitidas dejan clara la alta calidad jurídica de los razonamientos manejados por el Consejo de Estado, enormemente respetuoso con la normativa en vigor sobre los derechos de recurrente y recurrido. Lo mismo cabría decir sobre la desestimación de otro recurso extraordinario planteado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores por denegación del recurso de alzada contra nombramiento de intérprete jurado (Dictamen n.º

251/2006).

Desgraciadamente, el Consulado en Lima pareció optar por el tradicional principio de que *la Administración no puede ir contra sus propios actos*, frente al igualmente válido de que, para su mejor funcionamiento, *la Administración debe estar abierta a la revisión y revocación de oficio* en los casos previstos en nuestro ordenamiento. Y, tras declarar inadmisibile el recurso de revisión, se limitó a abrir la vía para un contencioso-administrativo, en el que finalmente tocaría a los sufridos Abogados del Estado defender a unos Cónsules que no quisieron acceder a la veracidad de la solicitud del visado a través de una sencilla entrevista con el interesado.

V. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Es evidente que este último tipo de recurso no es idóneo para los supuestos de visados consulares para residencia y trabajo. Exige un largo tiempo para su tramitación y no frena los males generados por la denegación, que pueden llegar a la pérdida del puesto de trabajo ofrecido al solicitante, salvo a través de la casi siempre inaccesible condena a *abonar daños y perjuicios*.

Ello se ha visto demostrado especialmente en este caso dado el ulterior *fallecimiento de la persona dependiente* que, gracias a la disponibilidad de su hija en condición de empleadora, esperaba poder contar con un cuidador peruano especialmente interesado en esta opción laboral.

El inexorable paso del tiempo, —la solicitud inicial de visado en Lima tuvo lugar hace ya más de un año—, y la muerte del solicitante, harán que no podamos ver enmendada por vía contenciosa la errónea decisión tomada por los citados Cónsules. Es fácil imaginar que la empleadora, abogada penalista, tras perder a su padre no puede tener interés alguno en pleitear contra la administración consular, aunque por otro lado siempre recordará el despectivo trato que recibió el empleado por ella elegido.

Lo sucedido impedirá también la siempre benéfica intervención del Consejo de Estado ante un eventual requerimiento del Juez competente en la vía contenciosa para conocer su opinión no vinculante sobre la revisión solicitada. Ciertamente, a pesar del pronunciamiento desfavorable del Consulado en Lima se habría podido llegar, como en otros recursos de revisión desestimados, a una posible *revisión de oficio* por la propia Administración. Así sucedió con el Dictamen 1440/2012 sobre la solicitud de *admitir a trámite el recurso de revisión interpuesto y, previo dictamen del Consejo de Estado, resolver sobre el mismo*», en la que el *Alto Órgano Consultivo terminó recomendando una revocación del acto desfavorable o de gravamen en cuestión*.

Termino reiterando lo que escribí el 12 de enero de 2020 en la revista *Otrosí digital* del Colegio de Abogados de Madrid: «Estoy seguro de que estos recursos extraordinarios de revisión o de revocación de oficio, y la eventual intervención del Alto Órgano Consultivo, redundarían en un mejor servicio consular al permitir subsanar errores flagrantes a través de vías que acercan a un mayor diálogo con la Administración, en búsqueda de soluciones que eviten cargar más a nuestros saturados Tribunales».

VI. EN FAVOR DE LA MEDIACIÓN

Narrado todo lo anterior, con el triste final del fallecimiento del empleador al que quería atender el emigrante peruano que frenó la posibilidad de llevar lo sucedido a la vía contencioso-administrativa, quisiera aprovechar para decir algo más sobre la Mediación, en sentido amplio, que ha ganado creciente importancia tras la pandemia. El ex Ministro de Justicia, Rafael Catalá, escribía que: «la mediación es una herramienta que permite controlar la incertidumbre aparejada a toda disputa a través de un proceso en el que la solución no viene impuesta por un tercero (el juez o el árbitro) sino que se construye de mutuo acuerdo por las partes asistidas por un mediador profesional» (5).

Reconozco mi fuerte frustración personal por no haber logrado, a pesar de haberme especializado como *Mediador*, y figurar inscrito como tal en el listado de oficial del Ministerio de Justicia, que compañeros diplomáticos más jóvenes entendiesen que es nuestra obligación, en casos como éste, fácilmente ganables para el administrado, evitar conflictos judiciales a nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores y a sus Abogados del Estado, y recurrir para ello a todas las vías existentes para no agravar el colapso creciente de nuestros Tribunales.

La reciente pandemia que aún sufre España ha dado la razón a estos viejos planteamientos que defendí en todas mis múltiples comunicaciones, verbales y por escrito, con los dos Cónsules de España en Lima, y que logré reiterar a sus jefes en la Dirección General de Asuntos Consulares y en la propia Subsecretaría en Madrid, defensoras, una y otra, de la *total autonomía de los Cónsules de España en temas de visados*, lo que resulta, en mi opinión, discutible.

Por citar un supuesto legal contrario, recordaré que el art. 50 del Real Decreto 557/2011 que regula los «Visados y autorizaciones de residencia de carácter extraordinario», en su apartado primero, prevé que *el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación puede ordenar a una misión diplomática u oficina consular la expedición de un visado de residencia*. Ello me llevó a preguntarme si no sería preferible para el Estado, en supuestos como éste, una intervención directa de la Superioridad para evitar un nuevo contencioso que perdería la Administración consular, posiblemente con «condena en costas», e incluso «daños y perjuicios» en supuestos de probada negligencia.

Pero volvamos a la mediación en momentos de pandemia. Sin utilizar específicamente este término, el Real Decreto Ley n.º 15/2020, tras imponer la interrupción de los plazos judiciales, se pronunciaba ya en favor de *la negociación entre las partes*. El propio Consejo General del Poder Judicial, en su «Plan de Choque 2020» para la modernización de la Justicia, que fue actualizado y enriquecido durante la trágica situación generada por el COVID, bajo el *objetivo de reducir la litigiosidad*, declaraba —Medida 2.2— como *esencial en estos momentos buscar fórmulas que incentiven la solución extrajudicial de conflictos*. Y, por último, en el Primer Documento de Trabajo del CGPJ, tras el Estado de alarma declarado en el RD 463/220, de 14 de marzo, «se propone una *regulación específica de la condena al pago de las costas procesales, ampliando el margen de valoración sobre circunstancias tales como la formulación de planteamientos insostenibles*».

En nuestro caso consular no debería darse una actitud negativa hacia

la mediación

El tema, como ha demostrado el prestigioso magistrado Pascual Sala Sánchez, da para profundos análisis con visión de futuro, y así lo demuestra en su muy reciente estudio. En el mismo, analiza *la Mediación no ya como sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos sino como sistema complementario del mismo e integrado en él por decisión de los propios tribunales*. Recuerda cómo el Preámbulo de la famosa Directiva de la UE sobre Mediación recomendaba *extenderla al ámbito de las relaciones de la Administración y los poderes públicos con los ciudadanos dentro de los conflictos en que las partes tuvieran facultades de disposición*. En su trabajo, Pascual Sala estudia en detalle tanto la «Mediación Administrativa antejudicial» como la «Mediación intrajudicial» en la vía contenciosa-administrativa, muy bien reglamentada —afirma— en la «Guía» elaborada al efecto por el propio CGPJ, añadiendo un ilustrativo apartado sobre la, ya de moda en el mundo urbanístico, «Mediación en ejecución de sentencia». Me limitaré a citar su conclusión en favor de *la necesidad de una vía administrativa previa a la derivación judicial del problema, vía en que la Administración se pronuncie, en su condición de representante del interés público y de su vinculación positiva a la Ley, sin dejar de reconocer que la citada Administración, que ostenta las facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, resulta poco proclive a acudir a medios alternativos al judicial para la solución del conflicto en dicha fase* (6).

Pienso que en nuestro caso consular tampoco debería darse una actitud negativa hacia la Mediación pues toda nuestra normativa en tema de visados, y en general de extranjería, se inspira desde la «Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España» y, sobre todo, a partir de su Reforma de 2009, en *principios de creciente igualdad entre extranjeros y nacionales* (7), algo que debe beneficiar también a quienes son candidatos a una inmigración legal a través de la obtención del correspondiente visado de trabajo y residencia.

Sin duda, similares planeamientos inspiran a la Unión Europea. El profesor Jose Carlos Fernández Rozas destacaba en un reciente trabajo, la existencia de «un cierto fortalecimiento del papel de la Unión tras el Tratado de Lisboa, sin dejar de ser "competencia compartida", en favor de normas específicas en el ámbito de las condiciones de entrada y residencia, así como en la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar», que ciertamente en mi práctica consular y en la absoluta mayoría de los países europeos, han ido siempre acompañados de la entrevista previa (8).

Pasando al presente, resulta evidente que la *pandemia* nos debe llevar a desarrollar, como sucede en otros países, todas las vías que permitan evitar el conflicto ante los tribunales. Y para ello es indispensable conocer lo mejor posible la posición del administrado y su capacidad de defensa de los derechos que le reconocen las leyes. Es obligación de todos los funcionarios consulares evitar errores de juicio como sucedió en el caso hasta aquí comentado, recurriendo para ello a las vías informativas disponibles, ordinarias o extraordinarias.

Volviendo a mi caso práctico de confrontación con el Consulado de España en Lima, llegué a escribir

en que «estoy seguro de que estos recursos extraordinarios de revisión y la eventual intervención del Alto Órgano consultivo redundarían en un *mayor diálogo con la Administración*, siempre en búsqueda de soluciones que eviten cargar más a nuestros saturados Tribunales» (9) . Quería con esta frase acentuar la necesidad que tiene el Administrado de encontrar a interlocutores capaces de escuchar los planteamientos del solicitante, para lo que a menudo no basta con la fría lectura de los formularios exigidos.

Como entusiasta converso en favor de los *medios alternativos o extrajudiciales para la solución de conflictos*, opto por citar una *Tercera de ABC*, de 27 septiembre 2018, «*De la Mediación a una Cultura para la Paz*», donde escribí que *la mediación permite no solo superar un conflicto concreto sino mejorar las relaciones entre las partes de cara a la futura convivencia en los distintos campos del Derecho*, algo que aprendí leyendo una obra muy recomendable del magistrado Pascual Ortuño, en el que invita a comunicar, «negociar, y mediar en todos los campos de Derecho, con un capítulo especialmente dedicado a la Mediación entre los ciudadanos y la Administración pública» (10) , lo que incluye ciertamente a la Administración consular.

(1)

J. Jiménez-Ugarte, *Práctica consular e inmigración*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008.

[Ver Texto](#)

(2) Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Los Visado en el Derecho Español y de la Unión Europea*, Madrid, 2019, p. 311.

[Ver Texto](#)

(3) J. Jiménez-Ugarte, *Práctica consular...*, *op. cit.*, p. 21.

[Ver Texto](#)

(4) Consejo de Estado, *Memoria del Año 2017*, Madrid, 2018

[Ver Texto](#)

(5) R. Catalá, «La mediación brinda a las empresas un instrumento eficaz de competitividad y sostenibilidad en la resolución de sus conflictos», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 3, 2020

[Ver Texto](#)

(6) P. Sala Sánchez, da para profundos análisis con visión de futuro, y así lo demuestra en su muy reciente estudio, «La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo», *Diario LA LEY*, 6 mayo 2020.

[Ver Texto](#)

(7) *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería, LO 2/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

[Ver Texto](#)

(8) J.C. Fernández Rozas, «Luces y sombras de veinte años de política común en materia de control de fronteras, asilo e inmigración», *LA LEY, Unión Europea*, n.º 76, diciembre 2019.,

[Ver Texto](#)

(9) Revista digital *Otrosí* del ICAM, 12 enero 2020.

[Ver Texto](#)

(10) P. Ortuño, *Justicia sin Jueces*, Ed. Ariel, 2018.

[Ver Texto](#)



LA LEY Mediación y Arbitraje

Octubre-Diciembre 2020 | **04**



Arbitraje y mediación en el Texto Refundido de la Ley Concursal

El secretario del tribunal arbitral

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



Wolters Kluwer