

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2013/0021424



(01) 30168762971

Procedimiento Ordinario

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

Demandado: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA NUMERO 385/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Francisco Javier Canabal Conejos

Magistrados:

D. Arturo Fernández García

D. Fausto Garrido González

En la Villa de Madrid, a seis de junio de dos mil catorce.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1624/13, interpuesto por doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes Caro Bonilla y defendida por el **Letrado don Secundino Vega Cubillas**, contra la resolución de fecha 16 de septiembre de 2013 dictada por el **Consulado General de España en Nador** que, en reposición, confirma la de 27 de mayo de 2013. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente indicada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 10 de octubre de 2013 contra los actos antes mencionado, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazada para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación del acto recurrido reclamando se acuerde la concesión del visado de reagrupación en régimen general solicitado.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración General del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones con fecha 5 de junio de 2014 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente, natural de Marruecos, impugna la resolución de 16 de septiembre de 2013 dictada por el **Consulado General de España en Nador** que, en reposición, confirma la de 27 de mayo de 2013 por la que se **denegaba su solicitud de visado por reagrupación familiar**.

La citada resolución deniega el visado al quedar acreditado òDe los Hechos Probados Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto ha quedado acreditado que la reagrupada y el reagrupante son primos hermanos y que la primera es menor de edad y que ha estado tutelada por el padre en el proceso de matrimonio, incluida la firma del Acta de Matrimonio.

Por otra parte, hay que añadir que desde que comenzaron la relación sentimental en agosto de 2011, el reagrupado sólo ha venido a verla 3 veces, y una para firmar el acta de matrimonio, por lo que se puede afirmar que prácticamente no han convivido nunca, lo que evidencia el vicio en el consentimiento matrimonial con un acuerdo para emigrar y no para formar familia, según la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (97/C 382/01), donde, entre otros, los factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento son el no mantenimiento de la vida en común.

Todos estos hechos son, a nuestro entender, indicios suficientes para suponer que el matrimonio ante el que nos encontramos no es un auténtico matrimonio, sino un matrimonio simulado cuyo único objetivo su burlar a la ley para así obtener un visado que permita a la reagrupada migrar a España.

Por lo que la solicitud del visado efectuada por la reagrupada no pretende reagruparse con el reagrupante y unificar la familia, sino migrar a España.

En base a ello el Consulado considera que no se acredita indubitadamente la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado.

La parte recurrente ataca las resoluciones combatidas señalando que la documentación que acredita la celebración del matrimonio es legal y está debidamente legalizada, no se acreditan alegaciones inexactas o mala fe careciendo el motivo de denegación de apoyo legal excediéndose de su competencia habida cuenta la autorización concedida por la Subdelegación del Gobierno en Alicante.

Se opone la Administración demandada señalando que la falta de conocimiento y relaciones entre los esposos conlleva la consecuencia determinada por la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Según consta en las actuaciones doña xxxxxxxxxxxx, nacida el de agosto de 199, natural de Marruecos, contrajo matrimonio el 27 de agosto de 2012 con don xxxxxxxxxxxx, nacido el 26 de julio 1984, presentó el 16 de abril de 2013 solicitud de visado de reagrupación con su esposo, residente en España, que fue denegado por la resolución de 27 de mayo de 2013 de 2013 dictada por el Consulado General de España en Nador en base a la inexistencia de relación entre reagrupado y reagrupante por lo que dudaba de la veracidad de los motivos alegados.

TERCERO.- En materia de protección de la familia, el Tribunal de Justicia se ha guiado por la interpretación del artículo 8 del CEDH que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»). Sobre esa base el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 8 del CEDH no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Tal injerencia infringe dicho Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «prevista por la ley» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática, sea necesaria», es decir, que esté «justificada por una necesidad social imperiosa» y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida (Sentencias de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, apartado 42, y de 23 de septiembre de 2003, Akrich, C-109/01, apartado 59).

Según dichas sentencias negarse a permitir la reagrupación familiar no es, en principio, una injerencia en el sentido del artículo 8 del CEDH que requiera una justificación. En materia de reagrupación familiar no interpreta el artículo 8 del CEDH como un derecho que resulte afectado, sino como un fundamento jurídico que eventualmente puede servir de base a una pretensión.

En concreto, el TEDH rechaza expresamente deducir del artículo 8 del CEDH una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado. Considera que la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar como a la inmigración. El alcance de la obligación de un Estado de permitir la entrada de familiares del inmigrante establecido en su territorio depende de las circunstancias particulares de los afectados y del interés general. Conforme a las normas ciertas de Derecho internacional y sin perjuicio a las obligaciones que se deriven de convenios internacionales, los Estados tienen derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio. Al hacerlo dispone de una amplia facultad discrecional.

CUARTO.- En relación con los efectos de la previa concesión de la autorización de residencia por la Subdelegación del Gobierno de Alicante, según recientes sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 20 de octubre de 2011 y 27 de enero de 2012 la conclusión sería la alcanzada por el recurrente salvo que concurriera el supuesto de que " Si con

ocasión de la tramitación del expediente para la obtención del visado surgen o se aprecian datos o elementos de juicio novedosos, esto es, no tenidos en cuenta al tiempo de resolver sobre la autorización de residencia temporal para la reagrupación familiar, que pongan de manifiesto una circunstancia que justifique la denegación del visado pretendido (una vez más, en la medida que esa circunstancia novedosa pudiera dar lugar a reconsiderar la propia validez de la precedente resolución de concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, habrá de valorarse su revisión de oficio)".

Independientemente de que no corresponde a la Sala determinar, en su caso, la posible valoración de la administración en relación con una posible revisión de la autorización en su día concedida, lo cierto es que, tal y como se desprende de la resolución impugnada, la decisión no nace de un mero cotejo de copias y originales de documentos aportados en una y otra sede sino de la circunstancias derivadas de la valoración conjunta de toda la documentación aportada y que, en ningún caso, pudieron ser analizadas por la Subdelegación del Gobierno por cuestiones obvias ya que la esposa no se encontraba en nuestro país ni se realizó ninguna actividad de investigación respecto a la concurrencia de la voluntad de los contrayentes que es lo que resulta fundamental para determinar el motivo de denegación del visado tal y como posteriormente analizaremos siendo que este criterio ha sido confirmado por el propio Tribunal Supremo en sentencia de 25 de abril de 2014 (recurso 10/2013).

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, los extranjeros residentes pueden reagrupar con ellos en España a su cónyuge no separado de hecho o de derecho, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley, o dicho en otras palabras, que se trata de un matrimonio de conveniencia o simulado, con fines migratorios.

La figura jurídica del fraude de ley, que nuestro derecho positivo plasma, entre otros, en el artículo 6.4 del Código Civil, supone un acto humano por el que, utilizando medios suficientes, se trata de conseguir un concreto fin amparándose en la tutela de una norma jurídica que está dada para una finalidad distinta y contrapuesta a la perseguida.

Antes de abordar la cuestión litigiosa, conviene recordar que no resulta ajena a algunos de los matrimonios celebrados en el extranjero según la *lex loci* la eventualidad

de que lo hayan sido con el designio de aprovechar las ventajas de una apariencia matrimonial creada ad hoc para orillar o paliar los obstáculos derivados de la normativa sobre extranjería; sin embargo, en los supuestos de matrimonios de complacencia, la inexistencia de prueba directa de la simulación y de la verdadera voluntad encubierta de las partes, obliga a que la prueba de presunciones conduzca a un alto grado de convicción racional pues, dada la presunción general de buena fe y el carácter fundamental del ius nubendi, la existencia de fraude de ley solo podrá apreciarse cuando éste conste de manera inequívoca por existir entre los hechos-base demostrados y aquel que se trata de deducir un enlace preciso, directo y unívoco según las reglas del criterio humano, que excluya cualquier duda razonable.

En el caso litigioso, aunque la resolución se refiere inicialmente, como causa de denegación, a la falta de acreditación del vínculo matrimonial, en realidad no se trata de la falta de demostración documental, pues constan en el expediente las certificaciones correspondientes, que no han sido cuestionadas por el Consulado, se trataría de un supuesto de apariencia matrimonial, con el designio de aprovechar sus ventajas en orden a la aplicación de la ley de extranjería. Dicho con otras palabras, la resolución administrativa impugnada consideraría que el matrimonio es de conveniencia, lo que se inferiría por el desconocimiento por la recurrente de su esposo. Ese desconocimiento lógicamente habría de ser el resultado del análisis crítico del resultado de la entrevista o comparecencia a que se refieren el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO8/00 y por LO 14/03 y la Disposición Adicional Décima, apartado cuarto, del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 y que resulta aplicable habida cuenta la fecha de inicio del procedimiento ante la Subdelegación del Gobierno. Como se recordará, la Disposición Adicional Décima, apartado cuarto del Reglamento establece que "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 causa fundada debidamente acreditada ante el órgano competente, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento.

En orden al problema sobre la existencia de un verdadero matrimonio, debemos apuntar los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial y que esta Sala ya ha venido estructurando en dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los «datos personales y/o familiares básicos» del otro; y, b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. Y entre los criterios para valorar esos elementos, debe considerarse y presumirse que existe auténtico «consentimiento matrimonial» cuando un contrayente conoce los «datos personales y familiares básicos» del otro contrayente.

Los datos personales básicos, según la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997), son los relativos a la fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes.

La solicitante, que es ama de casa, manifestó que vivía con la abuela de su esposo en casa propiedad de ellos. Conocía los datos personales de su esposo así como los nombres de sus suegros y cuñados. Indicó que es prima carnal de su esposo y que sus suegros vivían en Elche. Señaló que su esposo fue reagrupado por su padre en el año 1999 y que trabaja como mecánico de coches para la empresa xxxxxxxx ganando unos 1.500 euros al mes.

Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, éstas pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio y pueden ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet.

En nuestro caso en la entrevista manifestó que su esposo la enviaba unos 2.000 Dirhams todos los meses. Iniciaron la relación en agosto de 2011 y pidió su mano. En el año 2013 su esposo pasó con ella una semana en el mes de abril. En el año 2012 estuvo todo el mes de agosto al igual que en el año 2011.

En orden a la convivencia, siguiendo los criterios muy elaborados de la Dirección General de los Registro y del Notariado, que tiene en cuenta la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado.

Entre los hechos por sí solos no relevantes para alcanzar que se trata de un matrimonio simulado, se encuentra precisamente el hecho de que los contrayentes no convivan juntos o, incluso, que nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas (vid. Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia).

Al respecto lo expresado con ocasión del análisis de los apartados anteriores constando que el reagrupante cuenta con trabajo y las visitas son en el mes de vacaciones.

No debe perderse en esta perspectiva de examen un elemento muy especial y es que la existencia de hijos comunes es un indicio suficiente para acreditar la existencia de «relaciones personales». No existen hijos en común.

A dichos datos debemos añadir que en la entrevista indicó que el hecho de ser menor no le supuso un impedimento para casarse ya que fue acompañada de su marido y de los padres de ambos. La boda se celebró el 27 y 28 de agosto de 2012, el 27 el día de la henna y el 28 la boda. Las fotos que aportó fueron del día de la henna y la boda la celebraron, al ser primos, juntos en la casa de sus padres ya que sus suegros vivían en España y no podían preparar la misma. La dote fue de 15.000 Dirhams.

A la hora de establecer la posible simulación del consentimiento en la celebración de un matrimonio se han de ponderar todos los elementos puestos en juicio sin que quepa elevar a elemento decisivo la existencia de pequeñas contradicciones en las contestaciones efectuadas con ocasión de la entrevista celebrada. Los errores en cuestiones puntuales no pueden oscurecer datos esenciales que tiene relación con el

conocimiento mutuo de los cónyuges o con la existencia de relaciones entre ellos y son estas dos circunstancias las que delimitan, a nivel inferencial, la existencia de la simulación en la prestación del consentimiento y sobre ello incurre en error la resolución recurrida dado que la existencia de relaciones se demuestra a través de la propia documental aportada y el conocimiento que la esposa tiene de su marido, según se ha relatado, y a través de ella no podemos dudar de la realidad de sus manifestaciones ni dar justificación al proceso inferencial establecido por el Consulado por lo que el recurso será estimado.

SIXTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la parte demandada que ha visto rechazada sus pretensiones sin que concurra motivo para su no imposición.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de trescientos euros por los honorarios de Letrado y Procurador, cuantía a la que se añadirá la suma abonada por la parte recurrente en concepto de tasas judiciales.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes Caro Bonilla y defendida por el Letrado don Secundino Vega Cubillas, contra la resolución de fecha 16 de septiembre de 2013 dictada por el Consulado General de España en Nador que, en reposición, confirma la de 27 de mayo de 2013 las cuales anulamos declarando el derecho de la recurrente al visado solicitado.

Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte demandada en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

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.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.