

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 . Planta 2 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2014/0016969



Procedimiento Ordinario 1153/2014

Demandante: D./Dña. MOHAMMED [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. MONICA OCA DE ZAYAS
Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 493/2015

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

En la Villa de Madrid, a once de mayo de dos mil quince.

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 1153/2014 promovido por la procuradora de los tribunales doña Mónica Oca de Zayas, en nombre y representación de **DON MOHAMMED [REDACTED]** contra resolución, de 26 de mayo de 2014, dictada por el Consulado General de España en Nador (Marruecos) que desestima el recurso de reposición interpuesto contra resolución de ese mismo órgano, de 3 de marzo de 2014, que deniega el visado de reagrupación familiar solicitado, el 5 de febrero de 2014, por su esposa doña **[REDACTED]**; habiendo sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurrente arriba expresado interpuso recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones antes mencionadas, acordándose su admisión a trámite.

SEGUNDO: En el momento procesal oportuno se emplazó 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 dictara sentencia por la que estimando el recurso se declare no conforme a derecho la resolución recurrida y se reconozca el derecho de la doña ~~María Teresa~~ a obtener el visado de reagrupación familiar.

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, terminó suplicando que se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmando la legalidad del acto impugnado.

CUARTO: Se ha fijado la cuantía del procedimiento en indeterminada y no se ha recibido el juicio a prueba. Finalmente quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se verificó para el día 30 de abril de 2015, 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.- El actor, nacional de Marruecos y residente en territorio español, impugna por medio del presente recurso contencioso administrativo las resoluciones descritas en el encabezamiento de esta sentencia que deniegan a su esposa arriba reseñada, nacional de Marruecos y residente en dicho país de origen, solicitud de visado de reagrupación familiar de carácter general.

Las causas de dicha denegación, según expresa la resolución originaria, son, esencialmente y tras hacerse una mención a los preceptos legales aplicables, que el actor, reagrupante, y la reagrupada firmaron el acta de matrimonio el 21 de octubre de 2010. En fecha 22/01/2014, durante la entrevista a la reagrupada, efectuada con el objeto de aclarar los motivos de solicitar el visado de reagrupación familiar, ha quedado acreditado que reagrupada y reagrupante, pese a firmar el Acta de Matrimonio el 21/10/2010 celebraron la boda el 18/01/2014, más de tres años después, por lo que se deduce que prácticamente no han convivido nunca, y no existe el vínculo de un matrimonio real. Además, se indica que el reagrupante es 15 años mayor que la reagrupada y que *“de la documentación aportada, y de la entrevista a la reagrupada, no quedan debidamente acreditados los motivos alegados para solicitar el tipo de visado de Reagrupación Familiar”*

En la resolución dictada en vía de recurso de reposición se insiste en el argumento de que no se haya celebrado la boda hasta tres años después, pues sin dicha celebración el matrimonio no es socialmente admitido en Marruecos; y no obstante, se celebra la boda el 14 de enero, y el 5 de febrero posterior a dicha celebración, se insta la solicitud del visado.

Con fecha 3 de diciembre de 2013 la Subdelegación del Gobierno en Valencia, y a instancia del esposo reagrupante, concedió por medio de resolución, a la esposa autorización de residencia inicial por reagrupación familiar.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega, esencialmente, que de la documentación obrante en autos se acredita que el matrimonio existente entre el actor y su esposa es el único posible en una pareja que vive necesariamente separada por razones de la emigración y cuyo contacto físico sólo puede darse cuando el cónyuge emigrado vuelva a su país de origen; y la finalidad de la reagrupación es obviamente que ambos puedan definitivamente vivir juntos. Todo ello se prueba en autos y los razonamientos de los actos recurridos para poder deducir que nos encontramos en un matrimonio en fraude de ley no son lógicos ni racionales a criterio de esa parte.

La defensa del Estado se opone a la demanda y solicita la confirmación de los actos recurridos por considerar que se ajustan plenamente a derecho.

TERCERO.- Ha de tenerse en cuenta que 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. 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.

A este procedimiento le es de aplicación el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.

El apartado 3 del artículo 57 de dicho reglamento vigente dispone que “La misión diplomática u oficina consular denegará el visado en los siguientes supuestos:

a) Cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos para su obtención, tras la valoración de la documentación acreditativa de éstos, prevista en el apartado anterior.

b) Cuando, para fundamentar la petición de visado, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe.

c) Cuando concorra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud”

La disposición adicional décima de dicho Real Decreto 557/2011 establece las siguientes premisas respecto a la tramitación de los visados como el de autos:

“3. La misión diplomática u oficina consular ante la que se presente la solicitud de visado, si mediara una causa que lo justifique, además de la documentación que sea preceptiva, podrá requerir los informes que resulten necesarios para resolver dicha solicitud.

4. 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.

Cuando se determine la celebración de la entrevista dentro de procedimientos regulados en el título IV de este Reglamento, 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 no se acredita indubitadamente la identidad de las personas, la validez de los documentos, o 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 órgano administrativo que, en su caso, hubiera otorgado inicialmente la autorización”.

La Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General del Registro y del Notariado, sobre matrimonios de complacencia (2.7.2), contiene en su apartado IX una serie de presunciones como medio para acreditar la existencia de un matrimonio simulado. Así, señala que los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos cónyuges de los datos personales y/o familiares básicos del otro; y b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes.

Una vez expuesto lo anterior, se ha de destacar, en primer lugar, que como esta Sección ha señalado en distintas sentencias la doctrina jurisprudencial iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2011 no establece que la correspondiente delegación diplomática no pueda revisar una solicitud de visado como la presente en la que previamente se ha concedido a la reagrupada por parte de la subdelegación de gobierno competente una autorización de residencia temporal inicial conforme a lo dispuesto en el artículo 56, en relación con el 57, ambos del RD 557/2011, de 20 de abril. Ello porque en dicha doctrina no se niega esa posibilidad cuando aparezcan nuevos hechos que no ha podido valorar ese órgano de la Administración residenciado en territorio español, y sí el de la Administración exterior, que lo puede hacer dando cumplimiento, además, a lo dispuesto en la legislación de extranjería expuesta. Como ya se ha dicho en sentencias dictadas en caso similares, las delegaciones diplomáticas, al estar ubicadas o muy cercanas al país de origen de ambos interesados, conocen mejor su realidad y tienen más elementos de convicción para poder aplicar la referida normativa de extranjería, pudiendo además cotejar los documentos presentados en su momento ante la subdelegación del gobierno con los presentados en ese momento ante dicha delegación a fin de determinar su autenticidad y la veracidad de su contenido. Asimismo, con la citada entrevista podrán resolver si el matrimonio celebrado y motivo de la reagrupación es real o por el contrario tiene una mera finalidad migratoria. En cualquier caso esa nueva valoración ha de estar debidamente motivada. En la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 de abril de 2014, recurso de casación nº 10/2013, se reconoce esa actividad instructora de la delegación diplomática a través de la entrevista con el solicitante del visado.

En el caso que se está enjuiciando se ha realizado la citada entrevista a la esposa solicitante. La misma se produjo el 22 de mayo de 2014, y según el acta obrante en el expediente administrativo, la solicitante, tras indicar su edad, que no tiene hijos, que su marido se fue a España en 2008 con un contrato de trabajo y que no son familia, efectúa una descripción física de dicha pareja. Igualmente manifiesta que lo que más le gusta de él son los regalos que le hace. Describe minuciosamente cómo se conocieron, afirma que ella no trabaja, que su relación se inicia en julio de 2008, antes de que su pareja fuera a España, el acta de matrimonio se firma el 14 de septiembre de 2010 y se celebra el 18 de enero de 2014; su pareja viaja una vez al año a Martuecos, en el año 2012 dos veces, la última el 14 de enero de 2014, en que se quedó 13 días. Asimismo, señala que ella vive con sus suegros, su marido le envía entre 100 y 150 euros al mes, trabaja en un restaurante de cocinero, en Ajucema, Valencia, desde hace un año y seis meses, su salario es de 1000 euros, vive de alquiler solo en una vivienda por la que paga 200 euros, antes no tenía trabajo y ella sí querría trabajar en España. Finalmente, da el teléfono y la dirección en España de su esposo.

Para esta Sala, las citadas contestaciones de la esposa del actor evidencian el conocimiento por parte de la misma de datos personales de dicho cónyuge reveladores del mantenimiento de unas relaciones fluidas no obstante vivir ambos, por razones obvias, en países alejados en la distancia.

Ni el consulado ni antes la subdelegación del gobierno competente han dudado de la autenticidad y veracidad del contenido de esa acta de matrimonio. Esos documentos reflejan la realidad de un hecho, la existencia de un matrimonio, que no se desvirtúa por el simple argumento de que los esposos no han convivido nunca. Obviamente, si ambos viven en países distintos, su relación no puede ser igual que la de los matrimonios que habitan en el mismo domicilio, pero ello no impide que tengan esa relación limitada por esa separación y que en este caso se ha acreditado por el contenido referido de la entrevista.

Pero es que, además, el hecho de que la celebración de la boda se haya producido tres años después de la firma del acta matrimonial, por sí mismo no es indicio suficiente como para deducir la existencia de un matrimonio de conveniencia. En este caso, por otro lado y al hilo de lo arriba expuesto, el consulado no ha puesto en ningún momento en evidencia la veracidad de los abundantes datos de carácter personal que la esposa ha aportado de su marido y que revelan que han mantenido una estrecha relación en esos años transcurridos desde que se casaron, no obstante la obligada separación por motivo de que él se fue a la emigración a ganarse la vida.

Con la documentación consistente en el pasaporte del esposo se prueba la veracidad de las visitas que el mismo ha realizado a su mujer antes y después del matrimonio, no debiéndose olvidar que el hecho, por un lado, de que ambos cónyuges viven en países distintos y alejados, con el gasto que suponen los desplazamientos, y, por otro, de que el esposo trabaja por cuenta ajena con un régimen de vacaciones, constituyen una limitación a las visitas por parte de aquél, pero sin embargo éstas se han producido todos los años. Todo lo cual corrobora que la relación entre los cónyuges y el deber de ayuda mutua, como lo prueba que el esposo envía dinero a la esposa (dato que esta afirma en la entrevista y no los desmiente el consulado.) se ha mantenido en el tiempo a pesar, se reitera, de esa separación forzosa, confirmando aún más la realidad de ese matrimonio.

En definitiva, a criterio de esta Sala no existen datos nuevos que apoyen la adopción por la delegación diplomática de una decisión distinta a la dictada en primer lugar por la subdelegación del gobierno. Por todo lo cual, los actos recurridos no se ajustan a derecho y por ello se han de anular, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción dada por la Ley 37/2011, las costas de este recurso se han de imponer a la parte demandada en cuantía máxima de 300 €, a la vista de la complejidad del asunto y escritos de la contraparte, más las tasas judiciales ingresadas por la parte actora.

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 de **DON [REDACTED]**, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** las resoluciones recurridas y declarar el derecho de su esposa, doña **[REDACTED]**, a obtener el visado de reagrupación familiar solicitado; con imposición de las costas de este recurso a la parte demandada en los términos recogidos en el fundamento de derecho cuarto, más las tasas judiciales ingresadas por la parte actora.

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.