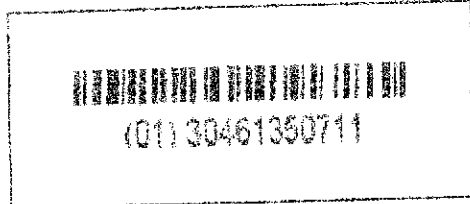


Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1, Planta 2 - 28004
0069700
NIG: 28.079.00.3-2014/0015578



Procedimiento Ordinario 1043/2014

Demandante: D/Dña. R.N.
PROCURADOR D/Dña. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~
Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 1217/2015

Presidente:
D. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~
Magistrados:
D. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~
D. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~
Dña. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~

En la Villa de Madrid, a veintiuno de diciembre 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 1043/2014 promovido por la procuradora de los tribunales doña ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, en nombre y representación de DOÑA I .R. contra la resolución, de 21 de abril de 2014, dictada por la Embajada de España en Nueva Delhi (La India), que desestima el recurso de reposición formulado contra resolución de ese mismo órgano de 12 de febrero de 2014, que deniega el visado de reagrupación familiar solicitado por don L. , jh, en cuanto marido de la recurrente, el 10 de diciembre de 2013 ; habiendo sido parte demandada la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE DERECHO

PRIMERO: La recurrente arriba expresada 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 acordando la revocación de las resoluciones recurridas y la concesión del visado solicitado.

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 interuesto y confirmando la legalidad del acto impugnado.

CUARTO: Se ha fijado la cuantía del procedimiento en indeterminada y no se recibió el juicio a prueba. Sustanciado el trámite de conclusiones por escrito, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se verificó para el día 17 de diciembre de 2015, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. D^o ~~Manuel Antonio Rodríguez López~~, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La esposa recurrente, nacional de la India y residente en España, impugna por medio del presente recurso contencioso administrativo las resoluciones descritas en el encabezamiento de esta sentencia que deniegan a su marido, D. [Nombre], nacional y residente en la India, su solicitud de visado de reagrupación familiar de carácter general con relación a la misma.

Las causas de la inculpada denegación, según se expresa en la resolución originaria recurrida, son:

“Durante la investigación se pone de manifiesto que la reagrupante obtiene el divorcio de su primera boda con el solicitante únicamente para contraer matrimonio con el hermano menor de éste, el Sr. Singh, el cual ya estaba establecido en España. Posteriormente se divorció de su segundo marido y se volvió a casar con

En la sentencia de divorcio de la reagrupante con el hermano menor del solicitante consta como dirección de ésta la casa de la Sr. Kaur, dato incorrecto pues esta pertenece a la Sr. Kaur en el distrito de Valencia.

También cabe señalar que el certificado de matrimonio aportado por el solicitante al expediente no es válido puesto que como él mismo admite no tuvo lugar ninguna ceremonia religiosa entre él y la reagrupante el día 24 de diciembre de 2008, fecha que consta en el certificado. Asimismo, el Sr. Singh sólo le pudo mostrar al investigador fotografías de él y de la Sr. Kaur tomadas cuando éstos se casaron por primera vez en 1986 y que probablemente se han utilizado para registrar su segundo matrimonio en el año 2012.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que el segundo divorcio de la reagrupante, la previa boda de ésta con el hermano menor del solicitante y el subsiguiente matrimonio de éste con la Sr. Singh, son parte de un plan premeditado para conseguir que la familia de la reagrupante se establezca en el extranjero”.

La resolución dictada en vía de recurso de reposición no añade nuevos argumentos a los ya expuestos de la resolución originaria.

Con fecha 27 de septiembre de 2013 la Subdelegación del Gobierno en Gerona, y a instancia de la esposa reagrupante, concedió al esposo solicitante autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega, en primer lugar, la falta de motivación del acto recurrido. En segundo lugar señala que en este caso no se ha practicado la entrevista que la normativa existente sobre matrimonios fraudulentos exige como imprescindible para poder concluir con los indicios que racionalmente lleve a determinar con la existencia de un matrimonio de mera conveniencia y no real.

Además, inicialmente la subdelegación del gobierno autorizó la reagrupación, por lo que ahora no puede la Administración ir contra sus propios actos. Por otro lado, los

razonamientos de la Administración sobre que existe un matrimonio fraudulento no se fundamentan en indicios objetivos, más cuando existe acta matrimonial legal que no se invalida por el hecho de que no haya existido un matrimonio religioso.

TERCERO.- En el presente caso ha de resaltarse, en primer lugar, que los actos administrativos, tal se desprende de sus razonamientos esenciales arriba expuestos, están debidamente motivados a efecto de que las partes y este Tribunal puedan conocer y examinar las razones fácticas y legales que han conducido a esa decisión final. La propia parte recurrente, en su demanda, alega como segundo motivo de impugnación que existe en autos documentación acreditativa de la existencia real del matrimonio, y que no se ha podido desvirtuar con indicios al no practicarse entrevista al marido reagrupado. Ello evidencia ese conocimiento por parte de quien invoca la falta de motivación. El hecho de que no se mencione expresamente en los actos impugnados los preceptos legales aplicables no impide saber la normativa de extranjería en la que se encuadran los hechos recogidos en aquellos, y que la propia parte los mencione en su escrito de demanda cuando indica que no existe motivo legal para la denegación. En consecuencia, no existe falta de motivación (artículo 54 de la Ley 30/1992) que, habiendo causado efectiva indefensión a quien la alega, pueda llevar a concluir con la anulación de las resoluciones por esa causa (artículo 63.2 de la Ley 30/1992).

Respecto al segundo motivo de impugnación, que ataca el fondo de la cuestión litigiosa, se ha de recordar que 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.

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.

Igualmente, según resolución del Consejo de las Comunidades Europeas 97/C 382/01, de 4 diciembre 1997, es "matrimonio fraudulento" el de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro, con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener para el nacional de un tercer país un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro.

La Comunicación de 25 de noviembre de 2013 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones en relación con las acciones necesarias para marcar la diferencia en relación con la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, fijó cinco acciones entre las que se encontraba la elaboración de un manual relativo a las cuestiones de matrimonios de complacencia.

Dicho manual viene referido en la Comunicación de 26 de septiembre de 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, que recoge sus directrices principales. En el mismo se detalla la notoria insuficiencia de una entrevista en la que no se acompañe de labores de investigación basadas en la existencia de indicios de posibles abusos; indicios de

base obtenidos a través de entrevistas o cuestionarios simultáneos, comprobaciones de documentos y de antecedentes, inspecciones por parte de las autoridades policiales, de inmigración u otras autoridades competentes, y controles realizados en el entorno vecinal para comprobar si la pareja vive en común y administra conjuntamente su hogar, lo que conforma un *prima* sobre el que fundamentar una declaración de encontrarnos con matrimonio contraído en fraude de ley.

En el presente caso no se ha practicado la citada entrevista. Ello impide saber datos determinantes para resolver si el matrimonio contraído entre los interesados existe realmente y no es de mera conveniencia. Se ha de aclarar que obviamente la convivencia de un matrimonio cuyos componentes viven en países distintos y separados en la distancia no es igual que la de los que conviven en el mismo domicilio. Con la entrevista se puede saber si los cónyuges se conocen en aspectos personales, laborales y sociales esenciales que se obtienen si existe una relación fluida y permanente entre ambos, que en esas circunstancias se mantiene por medio de comunicaciones epistolares, telefónicas, electrónicas, etc; o si se ayudan mutuamente.

Como se desprende del literal de la motivación del acto recurrido arriba descrita, la conclusión final que decide la denegación del visado se fundamenta en un informe de investigación encargado por la embajada a unos investigadores del país de origen y residencia del solicitante. El encargo de este informe se ampara legalmente en la Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil(BOE de 24 de abril de 2006). En su punto 3 de los comentarios de los distintos apartados de la Recomendación(nº 9), relativa a la lucha contra el fraude en materia de estado civil y memoria explicativa adoptadas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, se recoge que " para las investigaciones sobre el terreno, el Estado miembro interesado recurrirá en primer término a sus servicios consulares, que podrán decidir si efectúan ellos mismo la investigación o si la encargan- como vienen haciendo ya las autoridades de algunos Estado miembros- a un abogado de confianza u otro especialista con la expresa práctica jurídica necesaria".

Los indicios sobre la existencia de un posible matrimonio de conveniencia entre la recurrente y su actual marido, como señala la defensa del Estado en la demanda, se apoya en los siguientes hechos que no se discuten por las partes:

- . En el año 1986 se casaron los citados cónyuges.
- . Por sentencia de 17 de octubre de 2001 se disolvió dicho matrimonio.
- . El 24 de febrero de 2002 la recurrente se casa con don

menor de su anterior marido y residente en España, el cual reagrupa a ella y su hijo del primer matrimonio.

En el año 2008 la actora se divorcia de su segundo marido y se vuelve a casar el 24 de diciembre de 2008 con su primer marido, que en diciembre de 2013 solicita la reagrupación con su mujer en España.

Con base a estos hechos se pretende, sin practicarse la citada entrevista, completada con una investigación respecto a los datos que se obtengan de la misma y tal como recoge las directrices comunitarias arriba reseñadas, concluir con la existencia de un matrimonio, el de diciembre de 2008, fraudulento, en el sentido de que sólo se ha contraído por razones migratorias. Sin embargo, lo primero que sorprende es que unas personas contraigan matrimonio con el fin de que una de ellas se reagrupe en otro país con la otra ocho años después. Efectivamente, en la vida sentimental y familiar de la recurrente se aprecia un devenir que podrá en un principio resultar extraño pues se casa dos veces con la misma persona y en el interin con su hijo con el que viene a residir a España, donde ha vivido estos años. Pero concluir, sin la citada entrevista e investigación complementaria, con la existencia de un matrimonio fraudulento, más cuando se ha contraído hace seis años y se ha mantenido en el tiempo, carece de amparo legal alguno pues no concurre, por todo lo expuesto, ningún solo indicio en tal sentido.

Por otro lado, las afirmaciones del acto de que parece ser que la dirección consignada la sentencia de divorcio de la actora con su cuñado no es correcta o que no es válido el acta del matrimonio con el reagrupante porque no se acompañó de la ceremonia religiosa, aparte de que no son las determinantes de la decisión final de denegación por causa de un matrimonio de conveniencia, es irrelevante la primera, y la segunda no se ha acreditado con el correspondiente procedimiento de invalidez ante el registro, que como se recoge en el propio informe de investigación ha certificado la autenticidad y validez de la inscripción matrimonial.

En definitiva, no existen datos nuevos que justifiquen la adopción por la delegación diplomática de una decisión distinta a la dictada en primer lugar por la subdelegación del gobierno, por lo que 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 **DOÑA [REDACTED] SOR**, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** las resoluciones recurridas y declarar el derecho de don **[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.