

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2016/0005656



(01) 30933322613

Procedimiento Ordinario 421/2016

Demandante: D./Dña. _____

PROCURADOR D./Dña. _____

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 301/2017

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ

Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

En la Villa de Madrid a cinco de abril de dos mil diecisiete.

Vistos por esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional los autos del recurso contencioso-administrativo número 421/2016, interpuesto por la Procuradora doña _____, en nombre y representación de doña _____, en cuya defensa ha intervenido el Abogado don Pau Masó Frauca, contra la resolución de fecha 19 de noviembre de 2015, dictada por el Encargado de Asuntos Consulares de la Embajada de España en Nueva Delhi, por la que se deniega el visado de residencia por reagrupación familiar solicitado. Habiendo sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2015 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, donde se dictó auto de fecha 11 de febrero de 2016, declarando la competencia de esta Sala para conocer del recurso. Recibidas las actuaciones en esta Sala se acordó mediante decreto de 1 de abril de 2016 su admisión a trámite como procedimiento ordinario y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 26 de septiembre de 2016, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se revoque la resolución recurrida y se conceda el visado solicitado.

Las alegaciones de la parte demandante en defensa de su pretensión son, en síntesis, que la resolución recurrida carece de motivación y resulta arbitraria, que no concurre causa alguna de denegación del visado, vulnerándose el artículo 57.3 del Real Decreto 557/2011, y que se vulnera la disposición adicional décima del Real Decreto 557/2011, la resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deben adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, y la instrucción de 31 de enero de 2008 de la DGRN sobre matrimonios de complacencia, pues no se ha acreditado la existencia de matrimonio fraudulento ni existen presunciones fundadas del mismo, apelando al *ius nubendi* y a la Jurisprudencia sobre el tema.

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2016 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado, con condena en costas a la parte recurrente.

Las alegaciones de la Administración demandada en sustento de su pretensión son, en síntesis, que la resolución recurrida no carece de motivación y que el informe de investigación, obrante en el expediente administrativo, ha determinado la falta de realidad del matrimonio celebrado entre reagrupante y reagrupado, a la vista de las declaraciones inexactas y contradictorias de los contrayentes y de los testigos consultados, en cuanto al carácter concertado del matrimonio.

CUARTO.- La cuantía del recurso ha sido fijada como indeterminada, mediante decreto de 8 de noviembre de 2016.

Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó dicho trámite mediante auto de 11 de noviembre de 2016, se ha practicado la prueba admitida de la propuesta por las partes, con el resultado que consta en los autos.

Concluido el término probatorio, se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, trámite que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 29 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente **el Presidente de la Sala Ilmo. Sr. don Juan Pedro Quintana Carretero**, quien expresa el parecer de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la resolución de fecha 19 de noviembre de 2015, dictada por el Encargado de Asuntos Consulares de la Embajada de España en Nueva Delhi, por la que se deniega el visado de residencia por reagrupación familiar solicitado el 7 de septiembre de 2015 por don _____ en su condición de cónyuge de doña _____, con permiso de residencia en España, ambos de nacionalidad india.

La resolución recurrida se sustenta en la existencia de mala fe por parte del solicitante y de la reagrupante durante todo el proceso, al haber sido objeto de investigación el expediente y haberse detectado contradicciones entre la versión ofrecida por aquellos en este expediente y la mantenida en otro anterior con motivo de otra solicitud de reagrupación familiar denegada en 2013, también objeto de investigación, sobre la base de las declaraciones de vecinos y familiares, acerca de las circunstancias en que tuvo lugar el matrimonio entre ambos, la existencia de una relación amorosa anterior al matrimonio, incluso durante el matrimonio de la reagrupante con su anterior marido, y el carácter concertado del matrimonio entre las respectivas familias.

La parte demandante sustenta su pretensión en que la resolución recurrida carece de motivación y resulta arbitraria, que no concurre causa alguna de denegación del visado, vulnerándose el artículo 57.3 del Real Decreto 557/2011, y que se vulnera la disposición

adicional décima del Real Decreto 557/2011, la resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deben adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, y la instrucción de 31 de enero de 2008 de la DGRN sobre matrimonios de complacencia, pues no se ha acreditado la existencia de matrimonio fraudulento ni existen presunciones fundadas del mismo, apelando al *ius nubendi* y a la Jurisprudencia sobre el tema.

Frente a ello, la Abogacía del Estado sostiene que la resolución recurrida no carece de motivación y que el informe de investigación, obrante en el expediente administrativo, ha determinado la falta de realidad del matrimonio celebrado entre reagrupante y reagrupado, a la vista de las declaraciones inexactas y contradictorias de los contrayentes y de los testigos consultados, en cuanto al carácter concertado del matrimonio.

SEGUNDO.- Comenzaremos por abordar la alegada falta de motivación de la resolución recurrida, alegada por la parte demandante.

El deber de la Administración de motivar sus actos, como señala entre otras la STS de 19 de noviembre de 2001, Rec. 6690/2000, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el artículo 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración, reconocido en el artículo 106 CE, siendo en el plano legal, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), aplicable *ratione temporis*, el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con suscita referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

Asimismo, tal exigencia de motivación se recoge también en el artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, de forma específica para las resoluciones de denegación de los visados de reagrupación familiar.

La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la STS de 16 de julio de 2001, Rec. 92/1994, a la finalidad de que el interesado pueda conocer el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con

sería posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión.

En definitiva, la motivación consiste en la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación o de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, necesaria para conocer la voluntad de la Administración.

Motivación de los actos administrativos que, como señala la STS de 29 de marzo de 2012, Rec. 2940/2010, no exige ningún razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que se expresen las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión “facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa”.

Pues bien, la lectura de la resolución administrativa recurrida pone de manifiesto que la misma no adolece de falta de motivación, por más que la parte recurrente discrepe de la decisión que encierra.

En efecto, la resolución de la Embajada de España en Nueva Delhi justifica la denegación del visado por la concurrencia de las circunstancias trascritas en el anterior fundamento de derecho, que integran la causa de denegación del visado prevista en el artículo 57.3.b) y de la disposición adicional décima del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Por tanto, se trata de una resolución suficientemente motivada, expresiva de las razones en que la Administración demandada sustenta su decisión, con la amplitud necesaria para que los interesados pudieran articular los medios de defensa de sus derechos e intereses que estimaran oportunos, por lo que no entraña indefensión alguna para la parte actora, como pone de manifiesto el contenido del escrito de demanda, que cuestiona la conformidad a Derecho de aquellos razonamientos y afirmaciones fácticas que integran la motivación de los actos recurridos.

La ausencia de cita en la resolución recurrida de los concretos preceptos reglamentarios que prevén la causa de denegación del visado apreciada no ha generado indefensión a la parte demandante, tal y como revela el contenido del escrito de demanda, donde se refiere a los mismos para rechazar su aplicación al caso.

Verdaderamente, la parte demandante califica como falta de motivación lo que constituye una mera discrepancia con la resolución recurrida.

Por todo ello, debe ser rechazado el vicio de falta de motivación achacado a la expresada resolución recurrida.

TERCERO.- La resolución del presente recurso contencioso-administrativo aconseja hacer algunas consideraciones generales acerca de la incidencia de resoluciones administrativas como la recurrida en los derechos fundamentales de los interesados y la normativa que justifica la denegación de visado de residencia por reagrupación familiar que nos ocupa, interpretada a la luz de nuestra jurisprudencia.

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 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 disponen de una amplia facultad discrecional.

En este sentido, afirma nuestra jurisprudencia que, aunque el artículo 18.1 CE es de aplicación a los extranjeros, según lo establecido en el artículo 13.1 del propio texto constitucional, tal aplicación ha de hacerse *"en los términos que establezcan los tratados y la ley"*, lo que conduce a Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOE) y, más particularmente, a lo establecido en sus artículos 16 y 17. El primero de estos preceptos legales ciertamente reconoce a los extranjeros el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, pero remite la reagrupación familiar a lo que determina el artículo 17, y este último precepto condiciona la reagrupación del cónyuge a que no se encuentre separado de hecho o de derecho y a que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Por todo ello, no basta para obtener la reagrupación familiar un matrimonio formalmente celebrado, al ser necesario que se haya justificado una situación de hecho de efectiva convivencia matrimonial y que no consten datos o circunstancias que permitan apreciar fundadamente que el matrimonio se celebró en fraude de ley (STS de 24 de junio de 2015, Rec. 1848/2014).

Como decimos, conforme al artículo 17 LOE 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.

En relación con lo anterior, es de aplicación al supuesto que nos ocupa el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. El apartado 3 de su artículo 57 dispone lo siguiente: *"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 concurra 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".

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.

No está de más recordar que 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 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 *prius* sobre el que fundamentar una declaración de encontrarnos con matrimonio contraído en fraude de ley.

Por último, la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General del Registros 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.

En efecto, tal y como afirma dicha Instrucción con apoyo en 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), se consideran matrimonios de complacencia aquellos en los que el verdadero objetivo es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería, y ante la habitual inexistencia de pruebas directas de la “voluntad simulada” de los contrayentes, resulta necesario acudir, a la prueba de presunciones o indiciaria que requiere la existencia entre el hecho admitido o demostrado y el presunto de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que permita estimar probado este último, ex artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De este modo debe dilucidarse si la voluntad de los contrayentes se dirige a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de cumplir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, asumiendo los derechos y deberes consustanciales a tal unión con arreglo a la caracterización de los mismos predeterminada por la Ley o si, por el contrario, no existió un auténtico consentimiento matrimonial, a partir de las propias declaraciones de los contrayentes y/o de terceras personas, o de cualquier otra información escrita o dato obtenidos durante la investigación, entre los que cabe destacar el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y familiares básicos del otro -fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro, las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes- y la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes.

Las consideraciones realizadas han sido reiteradas en numerosas ocasiones, entre otras, en nuestras sentencias de 12 de julio de 2016, recurso contencioso-administrativo 1691/2015, 22 de septiembre de 2016, recurso contencioso-administrativo 1661/2015, y 8 de diciembre de 2016, Rec. 165/2016.

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 al empleo de la prueba de presunciones, de la que se exige 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.

Esa conclusión, lógicamente, habría de ser el resultado del análisis crítico de la información que proporcione el expediente administrativo y, en particular, del informe de investigación que se hubiera realizado y del resultado de la entrevista o comparecencia a que se refieren el artículo 27.3 de la LOE y la Disposición Adicional Décima, apartado cuarto, del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en su caso. Recuérdese que a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la LOE, los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, disponiéndose en el artículo 27.6 que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de reagrupación familiar.

De modo que, tal y como establece la disposición adicional décima del RD 557/2011, si los representantes de la Administración exterior llegaran al convencimiento de que no se acredita indubitadamente la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado –la convivencia con el cónyuge en el país de residencia de este- y tal convencimiento se sustentara motivadamente en indicios racionales de la existencia de un matrimonio de conveniencia, procedería denegar su concesión.

Una vez expuesto lo anterior, se ha de destacar que la doctrina jurisprudencial iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2011 (rec. 5348/2009) no establece que la correspondiente Delegación Diplomática no pueda revisar una solicitud de visado como la presente, en la que previamente se ha concedido al cónyuge reagrupado 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. 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 Delegación o Subdelegación del Gobierno con los presentados en ese momento ante la Delegación Diplomática 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, si bien habrán de hacerlo de forma motivada.

Ahora bien, si la documentación original coincide con la aportada antes mediante copia y no se ponen de manifiesto con ocasión de la tramitación del expediente de visado esos datos novedosos a que acabamos de referirnos, carece de justificación aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo mismo que ya se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme, y así cambiar el criterio sentado en esa primera resolución autorizatoria de la reagrupación; y eso por tres razones: 1º) porque significaría negar valor a un acto administrativo declarativo de derechos sin utilizar los preceptivos cauces revisorios de oficio establecidos en legalmente; 2º) porque implicaría ir contra el principio de vinculación a los propios actos que rige en las relaciones entre Administración y ciudadanos, del que deriva que la Administración no puede comunicar una decisión que favorece a su destinatario e ignorarla después; y 3º) porque partiendo de la base de que en cualquier realidad no pueden convivir indistintamente una cosa y la contraria, lo que no puede la Administración es negar la concurrencia de uno de los requisitos exigidos para la reagrupación familiar, cuando ella misma ha reconocido su concurrencia con base en los mismos datos y en favor del mismo interesado.

En síntesis, nuestra jurisprudencia ha permitido que la Embajada o Consulado a la vista de la documentación original aportada, no solo la contraste con el original sino que también indague sobre la autenticidad sobre los documentos presentados o, incluso, que se investigue si existen datos que permitan pensar que se trata de un matrimonio fraudulento o de complacencia (SSTS de 25 de abril de 2014, Rec. 10/2013, de 23 de julio de 2014, Rec. 2995/2013, y de 20 de julio de 2016, Rec. 3839/2015).

Pues bien, la resolución recurrida se sustenta en la existencia de mala fe por parte del solicitante y de la reagrupante durante todo el proceso, al haberse detectado contradicciones entre la versión ofrecida por aquellos en este expediente y la mantenida en otro anterior con motivo de otra solicitud de reagrupación familiar denegada en 2013, también objeto de investigación, sobre la base de las declaraciones de vecinos y familiares, acerca de las circunstancias en las que tuvo lugar el matrimonio entre ambos, la existencia de una relación

amorosa anterior al matrimonio, incluso durante el matrimonio de la reagrupante con su anterior marido, y el carácter concertado del matrimonio entre las respectivas familias.

Sin embargo, la Sala no comparte tal juicio, puesto que los indicios puestos de manifiesto por la resolución recurrida carecen de la consistencia necesaria para conducir de forma lógica y racional a la conclusión patrocinada por la resolución recurrida.

La reagrupante había contraído matrimonio con don _____ en el año 2002, fruto del cual tuvo una hija, nacida el 12 de octubre de 2004, que en la actualidad reside en compañía de su abuela materna en Italia. Ese matrimonio se disolvió mediante decreto de divorcio de 12 de agosto 2011 tras la presentación de una demanda de divorcio por aquella, con motivo de haber sufrido malos tratos en diversas ocasiones y abandono desde el 15 de septiembre 2008 por parte de su esposo, fecha desde la cual pasó a vivir en compañía de sus padres.

Posteriormente, el 3 de abril de 2012, la reagrupante contrajo matrimonio con _____ con arreglo a la Ley de matrimonio hindú por el rito sij, debidamente inscrito en el registro correspondiente.

En tales circunstancias, el hecho de que la reagrupante y el solicitante de visado hubieran tenido o no una relación sentimental con anterioridad al divorcio de aquella de su anterior esposo, extremo este en el que se centran las discrepancias encontradas por el investigador entre la versión ofrecida por los vecinos y familiares de la reagrupante en el año 2013 y en la actualidad, con motivo de dos investigaciones llevadas a cabo en sendos expedientes de visado de reagrupación familiar, resulta un hecho intrascendente para verificar si la voluntad de los contrayentes se dirigía a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de cumplir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, y si existió un auténtico consentimiento matrimonial.

Por otro lado, tal y como reconoce el investigador, del entorno de la reagrupante solo uno de los testigos ahora interrogados había declarado también en la anterior investigación y del entorno del solicitante de visado solo dos familiares declararon en ambas investigaciones, siendo el resto de los entrevistados personas que ninguna intervención habían tenido en la anterior investigación.

En cualquier caso, como decimos, la existencia de una relación sentimental entre reagrupante y solicitante antes de su matrimonio, con independencia de las connotaciones morales que entrañe en su país, carece de trascendencia para concluir que el matrimonio entre ambos se celebrara en fraude con fines migratorios.

Resulta significativa la ausencia de entrevista al solicitante del visado en el expediente administrativo, pese a las facultades que al respecto otorga la disposición adicional décima del Real Decreto 557/2011 a la autoridad consular, prescindiendo así la Administración demandada de un elemento de juicio de singular relevancia en supuestos como el que nos ocupa para indagar en “*la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado*”.

Conviene destacar que, tal y como hemos declarado, para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes ha de aceptarse que éstas puedan referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio y puedan 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 este sentido, nuestra sentencia de 11 de julio de 2016, recurso contencioso-administrativo 1585/2015), por lo que la existencia de relaciones entre los cónyuges previas a la celebración del matrimonio no puede ser empleada como indicio de matrimonio de conveniencia.

En definitiva, el examen de los indicios en que se apoya la resolución denegatoria de visado recurrida, en atención a las consideraciones realizadas, conduce a su calificación como insuficientes para apreciar la existencia de mala fe en la reagrupante y el solicitante del visado y de un supuesto matrimonio de conveniencia con fines migratorios, sin que existan otras circunstancias que pudieran calificarse de significativas del fraude atribuido al matrimonio celebrado entre aquellos.

Por tanto, a criterio de esta Sala no existen datos nuevos relevantes 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 ello, el acto recurrido no se ajusta a Derecho y por ello se ha de anular, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, el reconocimiento del derecho del solicitante del visado de reagrupación familiar a su obtención, con la consiguiente estimación del presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser “*a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*” y la Sala

considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de _____ (_____) más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora doña Susana de la Peña Gutiérrez, en nombre y representación de doña _____, contra la resolución de fecha 19 de noviembre de 2015, dictada por el Encargado de Asuntos Consulares de la Embajada de España en Nueva Delhi, por la que se deniega el visado de residencia por reagrupación familiar solicitado por don _____, que se anula por ser contraria a Derecho, declarándose el derecho de este a la concesión del visado solicitado.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente recurso a la Administración demandada con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último fundamento de derecho.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Ello previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-93-0421-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-0421-16 en el campo “Observaciones” o

“Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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