

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1, Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2021/0026107

Procedimiento Ordinario 598/2021

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. VIRGILIO JOSE NAVARRO CERRILLO

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 598/2022

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En Madrid, a 3 de mayo de 2022.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el Número 598/2021 y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugna la Resolución del Consulado General de España en Nador de fecha 6/5/21 por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 8/4/21 por la que se deniega visado de residencia por reagrupación familiar.

Habiendo sido parte demandada en las presentes actuaciones el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, representado y asistido por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en esta Sala escrito por el que la Procuradora Sra. Navarro Cerrillo, actuando en la representación que de D^a. [REDACTED] ostenta, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación descrita en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número [REDACTED]/2021.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, presentado con fecha 1/9/21, se solicitó de este Tribunal el dictado de Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- Por su parte, la demandada, en el escrito de contestación presentado en fecha 28/9/21, y con base en los hechos y fundamentos de derecho en el mismo contenidos, interesó el dictado de Sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de fecha 30/9/21 se fijó como indeterminada la cuantía del recurso.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba en virtud de Auto de 12/11/21, practicándose ésta con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- Ciñéndose la prueba admitida a la documental y no habiéndose solicitado trámite de conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 26/4/22, fecha en que tuvo lugar tal diligencia, quedando los autos conclusos para el dictado de la presente resolución, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.

SÉPTIMO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la representación de D^a. [REDACTED] recurso contra la Resolución del Consulado General de España en Nador de fecha 6/5/21 desestimatoria del recurso de reposición dirigido contra la Resolución de fecha 8/4/21 por la que se denegaba visado de residencia por reagrupación familiar.

En disconformidad con la actuación objeto de impugnación, se interesa la anulación de la misma y, consiguientemente, la concesión del visado concernido. Tras exponer los antecedentes que considera relevantes, invoca, de una parte, la falta de motivación de la denegación dispuesta, con la consiguiente vulneración del artículo 27,6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX). Apunta, además, a que la Oficina de Extranjería de Barcelona ya



habría valorado la documentación aportada y, con base en la misma, otorgó la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar al reagrupado.

En lo que hace al fondo, descarta la concurrencia de la causa de denegación prevista en el artículo 57,3 b) del 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 Ley Orgánica 2/2009 (RLOEX). Subraya que nada se justificaría al respecto por la delegación diplomática, enfatizando el que si con posterioridad a la boda la reagrupante no se desplazó hasta su país de origen para acompañar a su esposo fue únicamente por las restricciones a la movilidad que derivaron de la situación sanitaria.

Frente a lo anterior, la representación del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN (SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS DE EXTRANJERÍA) formula oposición al recurso interpuesto interesando su desestimación al entender que la actuación es ajustada a Derecho. Trayendo a colación tanto el régimen normativo de aplicación como la doctrina legal que en relación con el mismo entiende pertinente, rechaza de entrada la falta de motivación en la medida en que, si bien de modo sucinto, la Administración habría expresado las razones que le llevaron a desestimar la petición de visado.

En lo que se refiere al fondo, se limita a singularizar que tal denegación se fundaría en la existencia de “razonables sospechas” de que el matrimonio que sirve de fundamento a la solicitud sería de “conveniencia y, en el mejor de los casos, simulado”.

SEGUNDO.- Expuestas las respectivas posiciones de las partes, se hace preciso realizar una serie de consideraciones a propósito de la base fáctica y jurídica en la que la actuación objeto de impugnación se sustenta:

-La Resolución del Consulado General de España en Nador de fecha 6/5/21 desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 8/4/21 por la que se denegó el visado de residencia por reagrupación familiar instado por D. Mohammed Bensnoussi respecto de la actora, su cónyuge, de nacionalidad marroquí.

-Se funda la denegación en lo dispuesto en el artículo 57,3 b) RLOEX, esto es, «*al considerar que, para fundamentar la petición, se han presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe*».

-Se concluye con la reposición que «*no se aprecian las circunstancias que motiven la expedición del visado solicitado y, en consecuencia se confirma la decisión tomada*».

TERCERO.- Sintetizados en la forma que antecede tanto los hechos esenciales para la comprensión de la controversia como las respectivas posiciones de las partes y el contenido de la Resolución impugnada, la primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la invocada falta de motivación para lo que ha de estarse a los razonamientos de la demandada que han sido transcritos.



Cabe recordar que el artículo 20,2 LOEX, dispone que en los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería se respetará 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”*. A este respecto, indica el artículo 27,6 LOEX que *“la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito”*.

Sobre tal base normativa y por mor del deber de motivación que el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), también prevé, la Administración viene obligada a aportar una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada y que ésta resulte asequible al destinatario de la misma, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y éstos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican conforme al artículo 106,1 de la Constitución.

El cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado prevista en el artículo 48,2 LPACAP. Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser ya un vicio invalidante, ya una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Así las cosas, ha de acudirse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido o no la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa.

Proyectando cuanto antecede al supuesto que nos ocupa, puede apreciarse que ninguna indefensión real se ha originado a la parte recurrente y, por tanto, el motivo de impugnación debe ser rechazado. Del propio relato que la demandante realiza se desprende no solo que conocía el por qué de la decisión administrativa adoptada (cuestión distinta es que no la compartiera) sino que no se ha visto imposibilitada para ejercer los medios legales en defensa de sus intereses.

CUARTO.- En cuanto al fondo, bien puede colegirse que la cuestión jurídica que se suscita se contrae a determinar si concurren o no en el solicitante los requisitos exigidos por la normativa de aplicación para el otorgamiento del visado concernido.

El punto de partida debe venir representado por el artículo 17 a) LOEX, de acuerdo con el cual 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 trate 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.

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 este supuesto, la actuación recurrida se refiere al matrimonio del solicitante con la reagrupante como fraudulento o pactado sobre la base de entender ausente la "*affectio maritalis*". Se incide para ello en la inexistencia de vida en común o contribución al sostenimiento familiar por parte de ninguno de los cónyuges. Adviértase que a lo anterior se añade ya en el Informe del Cónsul General de fecha 12/7/21 (posterior a la resolución denegatoria y que, por tanto, no puede tenerse como parte del expediente administrativo) el que *«la esposa reagrupante es diecisiete años mayor que el esposo solicitante»*.

Sea como fuere, no debe perderse de vista que consta acta de matrimonio celebrado en fecha 6/3/20 e inscrito el 12/3/20. Frente a lo anterior, aparece en este caso como decisiva la ausencia siquiera de entrevista personal a celebrar por la delegación diplomática conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Décima 4º RLOEX.

Cierto es que si los representantes de la Administración exterior llegan al convencimiento de que no se acredita indubitadamente la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado y tal convencimiento se sustenta motivadamente en indicios racionales sobre la existencia de un matrimonio de conveniencia, procedería denegar su concesión. Sin embargo, en el presente caso, ante la ausencia de entrevista personal con el reagrupado y la constancia de la referida documental pública no impugnada de la que se desprende la celebración del matrimonio, no existe base para compartir la categórica conclusión a la que llegó la delegación diplomática.

Se sigue de lo anterior la estimación del recurso y, consiguientemente, el reconocimiento del derecho a que le sea expedido al solicitante el visado de reagrupación familiar solicitado.

QUINTO.- El artículo 139,1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), establece 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". Y el apartado 4º del mismo precepto indica que "la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". En atención tanto al sentido del Fallo como a la entidad y complejidad del asunto y, por ende, la actuación profesional desarrollada en esta instancia, se entiende procedente imponer las costas a la parte demandada si bien limitando la cantidad que en concepto de honorarios de Abogado y derechos de Procurador ha de satisfacer a la parte contraria hasta una cifra máxima total de 500 euros más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso interpuesto por la representación de D^a. [REDACTED] [REDACTED] contra la Resolución del Consulado General de España en Nador de fecha 6/5/21 [por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 8/4/21 por la que se deniega visado de residencia por reagrupación familiar] y, en consecuencia, la anulamos por resultar contraria a Derecho, declarando el derecho del solicitante a obtener el visado de reagrupación familiar solicitado.

Todo ello con imposición de costas a la demandada si bien con la limitación expuesta en el Fundamento de Derecho 5º.

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. 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 2414-0000-93-0598-21 (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 2414-0000-93-0598-21 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, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

