



Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2021/0009049

Procedimiento Ordinario 258/2021

Demandante: Dña. GLORIA DOURAL NUÑEZ

PROCURADOR Dña. CAROLINA ESTEFANIA SICILIA ROMERO

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 609/2021

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 22 de octubre de 2021.

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 258/2021 y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugna la Resolución del Consulado General de España en La Habana por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 14/1/21 por la que se deniega visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea.

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.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0890146958032772953445



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en esta Sala escrito por el que la Procuradora Sra. Sicilia Romero, actuando en la representación que de D^a. GLORIA DOURAL NUÑEZ ostenta, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación descrita en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número 258/2021.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, presentado con fecha 21/4/21, 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 30/4/21, 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 5/5/21 se fijó como indeterminada la cuantía del recurso.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba en virtud de Auto de 24/5/21, practicándose ésta con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones (presentados, respectivamente, en fechas 2/6/21 y 28/6/21) las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Se señaló para la votación y fallo el día 21/10/21, fecha en que tuvo lugar tal diligencia, quedando los autos conclusos para el dictado de esta resolución, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la representación de D^a. GLORIA DOURAL NUÑEZ recurso contra la Resolución del Consulado General de España en La Habana desestimatoria del recurso de reposición dirigido contra la Resolución de fecha 14/1/21 por la que se denegaba visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea.

En disconformidad con la actuación objeto de impugnación, se interesa la anulación de la misma y, consiguientemente, la concesión del visado concernido. Tras discurrir por los antecedentes que considera relevantes, postula la concurrencia de los requisitos precisos para



la obtención del visado conforme al artículo 2 a) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RELCRUE). Invoca al efecto los siguientes motivos impugnatorios:

-De una parte, la falta de motivación de la denegación dispuesta, con la consiguiente vulneración del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Advierte de la indefensión que se le generaría por el hecho de que con la denegación inicial se fundara exclusivamente en la ausencia de justificación de la relación marital, siendo así que ya con la solicitud se había aportado certificación matrimonial y, sin embargo, ésta no había sido impugnada por la delegación diplomática.

-De otra, sostiene la realidad de tal vínculo y, en particular, que reagrupante y reagrupado mantuvieron relación sentimental desde cuatro años antes de contraer matrimonio. Se remite en tal sentido a las fotografías que se acompañan así como a los “*pantallazos*” de conversaciones mantenidas a través de aplicaciones de telefonía móvil. Subraya en todo caso el hecho de que por la Administración exterior se descarte la relación conyugal sin efectuar entrevista personal con el solicitante ni realizar investigación de ningún tipo.

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. Con cita de la normativa y doctrina legal que entiende de aplicación, rechaza la falta de motivación por cuanto, al margen de las discrepancias que se ponen de manifiesto con la decisión administrativa impugnada, se habría tenido “*perfecto conocimiento de las razones por las que dicha decisión ha sido adoptada*”. Por lo que respecta al fondo del asunto, nada singulariza en lo que hace al presente caso.

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:

-Por Resolución del Consulado General de España en La Habana se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 14/1/21 por la que se denegaba visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea. Éste, solicitado por D. Pavel Ramírez Valdes el 13/1/21, tenía por objeto su reagrupación por parte de la actora, su cónyuge, con nacionalidad española.

-La denegación se fundó en el hecho de «*no acreditar la relación marital*».

-Se concluye con la desestimación del recurso de reposición que «*no se aprecian nuevos elementos que justifiquen una modificación de la resolución denegatoria*».



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 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (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 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 acudir 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, bien puede apreciarse que ninguna indefensión real se ha originado a la recurrente y, por tanto, el motivo de impugnación debe ser rechazado. Del propio relato que la misma 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 del asunto, cabe colegir que la cuestión jurídica que se suscita se contrae a determinar si concurren o no en el solicitante los requisitos exigidos



por el artículo 2 a) RELCRUE para el otorgamiento del pretendido visado de familiar de comunitario [en la redacción dada por la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) de 1 de junio de 2010 (rec. 114/2007)].

El punto de partida ha de venir dado por el criterio sentado por el Tribunal Supremo al declarar que la reagrupación por españoles de sus familiares no comunitarios y, por ende, el otorgamiento de visados de familiar de comunitario a éstos, se rige por el citado RELCRUE, norma que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [por todas, Sentencia (Sección 3ª) de 8 de mayo de 2017 (rec. 1712/2016)]. En esa jurisprudencia se ha declarado también que la posibilidad de reagrupación debe ser aplicada con criterios menos restrictivos cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión europea que cuando se trata simplemente de un residente legal nacional de un tercer país (aunque en ningún caso con carácter incondicionado).

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable al caso que nos ocupa, la citada Directiva 2004/38/CE permite la entrada en los Estados miembros a todo ciudadano de la Unión y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro que estén en posesión de un pasaporte válido y obtengan un visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001. Por su parte, el artículo 2 RELCRUE dispone que *“el presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal [...]”*. Estos ciudadanos, según el artículo 3,1 RELCRUE, tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por dicho Real Decreto que, en lo que concierne a este caso, comporta la necesidad de visado de entrada para los familiares no comunitarios.

En relación con tal cuestión, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) de 18 de julio de 2017 (rec. 298/2016) declara que *“a partir de la sentencia de 6 de junio de 2010, dados los términos en los que ha quedado redactado el art. 2 (y anulada la Adicional Vigésima del Reglamento de Extranjería), el Real Decreto 240/07 -con independencia y al margen de la Directiva-, en cuanto disposición de Derecho interno, es también aplicable a la reagrupación de familiares extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) de españoles, hayan -o no- hecho uso de su derecho a la libre circulación y residencia por el Espacio Común Europeo, y, concretamente, su art. 7. Al español, es cierto, no se le podrá limitar -salvo en los casos legalmente previstos- su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio español (art. 19 CE), pero esto no obsta para que cuando pretenda reagrupar a familiares extranjeros quede sometido a requisitos o condiciones, en este caso, los mismos que al resto de los ciudadanos europeos [...] Por último, las limitaciones a la reagrupación familiar de extranjeros por españoles residentes en España (como las impuestas en la legislación de Extranjería a la reagrupación de familiares por extranjeros residentes legalmente en España) no afectan negativamente al derecho fundamental a la intimidad familiar, reconocido en el art. 18.1 CE, habiendo declarado la STC nº 186/13, en sintonía con la nº 236/07, que nuestra Constitución no reconoce un*



'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE [F.D. 3º].

Sentado lo anterior, debe destacarse que la denegación viene fundada en la falta de acreditación de la «*relación marital*». Es por ello por lo que con la demanda se esgrime el certificado de matrimonio expedido por el Ministerio de Justicia cubano [folios 12 y 13 e.a.]. El matrimonio se habría celebrado en Cuba en fecha 9/7/19. Por otra parte, se aportan diversas fotografías de reagrupante y reagrupado juntos así como “*pantallazos*” de conversaciones mantenidas a través de aplicaciones de telefonía móvil.

Sobre tal base, debe resaltarse que los matrimonios celebrados por españoles en el extranjero, conforme a la ley personal del otro contrayente, se pueden inscribir en el Registro Civil español a través de dos mecanismos registrales alternativos. De una parte, a través de la certificación extranjera en la que conste la celebración del matrimonio, lo que constituye la regla general siempre que el Encargado del Registro Civil español no albergue dudas de la “*realidad del hecho*” ni de su “*legalidad conforme a la ley española*”. De otra y en su defecto, a través de un expediente registral para acreditar la legalidad del matrimonio y la certeza de su celebración.

Establece el artículo 256 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC), que los matrimonios que consten en certificación expedida por una autoridad o funcionario del país de celebración se inscribirán en el Registro Civil correspondiente, pero siempre que no existan dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española. Añade que el título para practicar la inscripción será, en todos estos casos, el documento expresado. Ahora bien, esa certificación no tiene por qué ser suficiente a tales efectos. Si existen dudas sobre la legalidad de dicho matrimonio, el Encargado competente puede practicar las diligencias o recibir las declaraciones complementarias que considere oportunas para disiparlas. Y para actuar así, no se exige que previamente se denuncie o se cuestione la validez del matrimonio sino que basta que el Encargado albergue dudas sobre su realidad o legalidad, sin que por ello pueda verse arbitrariedad en su actuación.

No obstante, sucede que no siempre se procede a su inscripción surgiendo, entonces, el problema del alcance de la eficacia de ese matrimonio a los efectos del derecho a la libre circulación del cónyuge del ciudadano comunitario. Es criterio de esta Sala y Sección [por todas, Sentencia de 16 de octubre de 2017 (rec. 314/2017)] el de considerar que esa falta de inscripción no produce los efectos que se derivan de la Resolución impugnada en tanto que la inscripción del matrimonio es meramente declarativa y no constitutiva.

A tal efecto, dispone el artículo 49 del Código civil que “*cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España, y que también podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración*”, de forma tal que contraído el matrimonio en el extranjero en cualquiera de las formas establecidas por la “*lex loci*” de aquel país se considera válido. Por su parte, el artículo 61 del Código civil dispone que “*el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por*



terceras personas”. Así pues, los efectos civiles y económicos del matrimonio se producen desde su celebración.

En consecuencia, la inscripción que se hiciera conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil y su Reglamento no tendría carácter constitutivo, esto es, su validez y efectos se producen con independencia de que la misma se haya o no efectuado. Se trata solo de un medio de prueba al margen de la publicidad que el Registro tiene. Por ello, la ausencia de inscripción no perjudica los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

Tampoco debe perderse de vista, conforme al artículo 9 del Código civil, el que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y dicha ley regirá su estado civil. Así, aun no existiendo la inscripción registral en España, puede probarse la existencia del matrimonio celebrado en el extranjero por otros medios, como autoriza el artículo 2 LRC, que en lo que al caso atañe, por llevarse a cabo en el extranjero y con arreglo a la ley del lugar de celebración, resulta válida a tal fin la certificación emitida por el país de celebración mientras que en relación con la misma no se oponga tacha alguna en los términos expresados en la Recomendación nº 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y su memoria explicativa adoptadas en Estrasburgo por la Asamblea General el 17 de marzo de 2005, que se preocupó de hacer un inventario de los diversos indicios que pueden revelar e identificar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un acta del registro civil o de un documento presentado. Recordemos que según informe COM (2009) 313 final, p. 16, un matrimonio sólo puede calificarse de matrimonio de conveniencia a efectos de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, cuando se ha contraído *“con el único objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia conforme a la Directiva que no se tendría de otro modo”* y dicha cuestión no aparece suscitada en la Resolución impugnada [en tal sentido, Sentencia de esta Sala y Sección de 20 de noviembre de 2017 (rec. 814/2017)].

Proyectando cuanto antecede al presente supuesto, la razón expresada por la Resolución denegatoria del visado debe rechazarse, no pudiéndose prescindir de la relación conyugal acreditada entre el solicitante del visado y la ciudadana con nacionalidad española residente en nuestro país. Ello con base esencialmente en el certificado de matrimonio expedido por el Ministerio de Justicia cubano, máxime cuando ni siquiera se ha llevado a cabo la entrevista personal a la que se refiere el apartado 4º 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 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Consiguientemente, se hace el solicitante acreedor del derecho del visado en cuestión con base en el artículo 2 a) RELCRUE.

Se sigue de lo anterior la estimación del presente recurso.

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. GLORIA DOURAL NUÑEZ contra la Resolución del Consulado General de España en La Habana por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 14/1/21 [por la que se deniega visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea] 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 2414-0000-93-0258-21 (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 2414-0000-93-0258-21 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



D. Juan Pedro Quintana Carretero

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Arturo Fernández García

D. José Damián Iranzo Cerezo

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria firmado electrónicamente por JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA