

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2019/0000927

Procedimiento Ordinario 103/2019

Demandante: Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED]

PROCURADOR D. ANDRES FERNANDEZ RODRIGUEZ

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 363/2021

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSE ARTURO FENANDEZ GARCIA

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En Madrid, a 14 de Junio 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 103/2019 y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugnan las Resoluciones de la Embajada de España en Conakry de fecha 28/1/19 por las que se desestiman los recursos de reposición formulados contra las Resoluciones de fecha 8/11/18 por las que se deniegan visados 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 el Procurador Sr. Fernández Rodríguez, actuando en la representación que de D^a. [REDACTED] y D. [REDACTED] ostenta, interpuso recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones descritas en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número 103/2019.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, presentado en fecha 20/6/19, 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 6/9/19, 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 17/9/19 se fijó como indeterminada la cuantía del recurso.

QUINTO.- Tras suspensión del señalamiento previsto para el 27/11/19, se dispuso la práctica de la prueba de ADN propuesta por la demandante, practicándose ésta con el resultado que obra en autos y tras lo cual se confirió traslado para alegaciones a las partes.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el 10/6/21, 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.

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] y D. [REDACTED] recurso contra las Resoluciones de la Embajada de España en Conakry de fecha 28/1/19 desestimatorias de los recursos de reposición dirigidos contra las Resoluciones de fecha 8/11/18 por las que se denegaban visados de residencia por reagrupación familiar.

En disconformidad con las actuaciones objeto de impugnación, se interesa la anulación de las mismas y, consiguientemente, la concesión de los visados concernidos. Tras exponer los antecedentes que considera relevantes, sin articular en puridad motivos impugnatorios y realizando consideraciones a todas luces fuera de lugar (como que la



delegación diplomática estaría acusando a Guinea Conakry de “*país de cuarta división*” o de incurrir en “*falsedad en sus propios documentos*” -expresiones éstas que desde luego no se compadecen con el tenor de las actuaciones recurridas), invoca la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar otorgada a la reagrupada por la Subdelegación del Gobierno en Girona en fecha 10/8/18. Con base en la misma, considera que la Administración exterior obraría en contra “*de sus actos propios*”, incumpliendo “*la orden directa de proporcionar el visado de reagrupación familiar*” una vez otorgada la autorización.

En lo demás, destaca que no se concreta qué indicios de alteración se detectan en las fotografías del enlace, relativiza el resultado de la entrevista toda vez que la reagrupada, al residir en “*un pueblo muy pequeño que está a lo lejos de la capital*” y ser analfabeta, no habría comprendido bien las preguntas que se le hacían, siendo así que tampoco dispensa mayor relevancia a que desconozca el lugar exacto donde reside el reagrupante en España.

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 de la doctrina legal que entiende resulta de aplicación, afirma que tanto del resultado de la entrevista como de las fotografías del enlace matrimonial se infiere la existencia de irregularidades que hacen dudar de la veracidad del vínculo existente entre reagrupante y reagrupados. Resalta los aspectos esenciales relativos al reagrupante de los que se muestra desconocedora la recurrente en la entrevista y afirma la presencia de factores que “*determinan la presunción de fraude en el matrimonio*” con base en la Recomendación (nº 9), relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil adoptas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005. Finalmente, rechaza que se esté revaluando la autorización otorgada por la Subdelegación del Gobierno en Girona, siendo así que la delegación diplomática resolvería con base en “*datos obtenidos con posterioridad*” a tal resolución gubernativa.

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 las que las actuaciones objeto de impugnación se sustentan:

-Las Resoluciones de la Embajada de España en Conakry de fecha 28/1/19 desestiman los recursos de reposición formulados contra las Resoluciones de fecha 8/11/18 que denegaban los visados de residencia por reagrupación familiar instados en fecha 8/10/18 por los recurrentes respecto de su cónyuge y padre, de nacionalidad guineana.

-En las mismas, tras exponer el régimen normativo de aplicación [señaladamente, el artículo 57 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)], se realizan una serie de consideraciones acerca de «*la escasa fiabilidad del Registro Civil de la República de Guinea (Conakry)*» y la «*precaria realidad documental del país*» que vendría «*avalada por los*



informes internos de varios Estados miembros con delegaciones consulares residentes» [F.D. 4º].

Con base en «*el estudio metodológico realizado por la sección consular [...] de la documentación aportada en la solicitud, unido a la experiencia e inmediatez personal de los funcionarios»* de la misma, se concluye la falta de «*veracidad y autenticidad de dicha documentación, por lo que el conjunto de los hechos objetivos ya mencionados desvirtuaría la validez documental de los mismo y, por lo tanto, no ha quedado acreditado documentalente el vínculo familiar alegado en la solicitud»* [F.D. 5º].

Lo anterior aparece concretado tanto en que «*las fotografías del enlace matrimonial presentan irregularidades que hacen dudar de su veracidad y por tanto se desprende que han sido manipuladas o creadas ad hoc»* [F.D. 4º] como en el resultado de la entrevista efectuada en la sede diplomática y de la que se desprendería que la reagrupada manifiesta desconocer «*la edad y fecha de nacimiento del reagrupante; la ciudad o localidad o región donde reside el reagrupante; cuándo fue el reagrupante a España por primera vez; con quién vive el reagrupante en España ni en qué trabaja»* o afirma «*haber olvidado de fecha de su matrimonio»* [F.D. 7º].

TERCERO.- Sintetizados en la forma que antecede tanto los hechos esenciales la comprensión de la controversia como las respectivas posiciones de las partes contenido de la Resolución impugnada, bien puede colegirse que la cuestión jurídica que se suscita se contrae a determinar si concurren o no en los solicitantes los requisitos exigidos por la normativa de aplicación para el otorgamiento de los visados concernidos.

El punto de partida debe venir representado por el artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (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 alude de forma genérica a la escasa fiabilidad del Registro Civil del país de origen de los solicitantes. Sin embargo, donde pone el acento a la hora de denegar el visado es en el resultado de la entrevista celebrada el 7/11/18 en la sede diplomática con la solicitante, D^a. [REDACTED], madre del menor de edad D. [REDACTED] (nacido el 3/4/18). El resultado de tal entrevista se refleja en el Acta manuscrita que consta en el expediente y donde, es cierto, se infiere el desconocimiento por parte de la Sra. Diallo de extremos tales como el trabajo del reagrupante en España, dónde vive o cuándo éste vino por primera vez a nuestro país. Además, refiere haber olvidado la fecha de su boda.

Sea como fuere, es lo cierto que tales dudas o incoherencias deben ceder en el presente caso a la luz del resultado de la prueba de ADN practicada. Se emite al efecto por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses el Dictamen N^o B-19-07522, con entrada en esta Sala en fecha 3/3/21 y en el que se concluye que *«los resultados obtenidos son compatibles con la relación paterno-filial de Mamadou Dian Diallo con respecto de [REDACTED] Diallo»*.

Cierto es que si los representantes de la Administración exterior llegan al convencimiento de que no se acredita indubitablemente 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 y atendidas las circunstancias que han sido expuestas, no puede compartirse la conclusión a la que llegó la delegación diplomática. La existencia del hijo a reagrupar en común excluye el carácter fraudulento del vínculo conyugal que se esgrime por la demandada respecto de la reagrupada.

Se sigue de lo anterior la estimación del recurso y, consiguientemente, el reconocimiento del derecho a que les sean expedidos a los solicitantes los visados de reagrupación familiar interesados.

CUARTO.- 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 4^o 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 300 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] DIALLO y D. [REDACTED] DIALLO contra las Resoluciones de la Embajada de España en Conakry de fecha 28/1/19 [por las que se desestiman los recursos de reposición formulados contra las Resoluciones de fecha 8/11/18 por las que se deniegan visados de residencia por reagrupación familiar] y, en consecuencia, las anulamos por resultar contrarias a Derecho, declarando el derecho de los solicitantes a obtener los visados de reagrupación familiar instados.

Todo ello con imposición de costas a la demandada si bien con la limitación expuesta en el Fundamento de Derecho 4º.

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 2414-0000-93-0103-19 (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 2414-0000-93-0103-19 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