

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

[REDACTED]

Procedimiento Ordinario [REDACTED]

Demandante: D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

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

SENTENCIA N° 620/2021

Presidente:

[REDACTED]

Magistrados:

[REDACTED]

En la Villa de Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil veintiuno.

VISTOS por [REDACTED] de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo [REDACTED] promovido por la procuradora de los tribunales [REDACTED] en nombre y representación de **DON** [REDACTED], contra resolución del Consulado General de España en La Habana (Cuba), de 26 de enero de 2021, que desestima el recurso de reposición formulado contra resolución de ese mismo órgano, de 14 de enero de 2021, que deniega la solicitud de visado tipo C de entrada para familiar ciudadano de la UE, el EEE o de Suiza, presentada por el recurrente el 21 de diciembre de 2020; habiendo si sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el recurrente arriba expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones antes mencionadas, acordándose su admisión a trámite.

SEGUNDO: En el momento procesal oportuno se requirió a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando, en esencia, que se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se declaren nulas las resoluciones recurridas por no ser ajustadas a derecho y se condene a la Administración a estar y pasar por tal declaración.

TERCERO: A continuación, se confirió traslado a la Abogacía del Estado, en la representación que ostentaba de la Administración General del Estado, para que contestara a la demanda, lo que se verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmando la legalidad del acto impugnado.

CUARTO: Se ha fijado la cuantía del procedimiento en indeterminada. Recibido el juicio a prueba, se practicaron aquellos medios de prueba que admitidos su resultado obra en autos. Finalmente, tras el trámite de conclusiones por escrito, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se verificó para el día 28 de octubre de 2021.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. [REDACTED], magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, nacido en Cuba y con residencia en dicho país, impugna por medio de este recurso las resoluciones administrativas descritas en el encabezamiento de esta sentencia que le deniegan la solicitud de visado de entrada para familiar ciudadano de la UE, el EEE o de Suiza, presentada el 21 de diciembre de 2020, a fin de reunirse en España con su esposa doña [REDACTED], de nacionalidad española y residente en territorio nacional.

La resolución originaria razona la denegación indicando: *“No acredita relación conyugal ni convivencia con el reagrupante”*.

La resolución resolviendo el recurso de reposición no añade ningún motivo más a la anteriormente expuesto de la resolución originaria.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en su escrito de demanda, alega, en esencia, que en este caso se cumplen los requisitos legales para que el solicitante obtenga el visado pues está casado con ciudadana comunitaria.

La defensa del Estado insta la confirmación de los actos administrativos al entender que se ajustan plenamente a derecho.

TERCERO.- El Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007), regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la referida norma, dicho Real Decreto se aplica, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de 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, entre los que se encuentran el cónyuge del familiar comunitario siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, los descendientes directos menores de veintiún años y los mayores de dicha edad que vivan a su cargo. Estos ciudadanos, según el artículo 3.1, tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por dicho Real Decreto de 2007, que, en lo que concierne a este caso, comporta la necesidad de visado de entrada para los familiares no comunitarios.

Al hilo de lo expuesto, se ha de indicar que esta Sección mantiene el criterio de que, a tenor de las consecuencias de la citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007), que modifica parcialmente el artículo 2 del RD 240/2007 (aunque, dicho sea de paso, es bastante polémica, desde el punto de vista de la aplicación del derecho comunitario, en lo que incide con especial intensidad el voto particular a ella formulado), no puede aplicarse un régimen especial distinto al del Real Decreto 240/2007, que en definitiva es el régimen general de la Directiva 2004/38, a los familiares de españoles (aunque no hayan ejercido las libertades comunitarias). Y ello porque el derecho de libre circulación y residencia (comprendido de la entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, etc.) de los ciudadanos de la Unión y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y por extensión a los familiares beneficiarios del derecho y su régimen jurídico, no es asimilable al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros que – como se recordará- es objeto de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar y se regula igualmente en la legislación general de Extranjería (arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 y 39 y siguientes del Reglamento de Extranjería).

La entrada en España de familiares beneficiarios de terceros países en el régimen del RD 240/2007, aunque tenga como finalidad que acompañen o se reúnan con el ciudadano de la Unión, no necesariamente tiene que ser con la finalidad de fijar la residencia o para mantener la unidad de la familia, pues puede serlo igualmente en régimen de estancia y por periodo inferior a tres meses. Si se pretende permanecer más allá de ese espacio de tiempo se ha de solicitar una tarjeta de residencia de familiar (vid. arts 3.3 y 8 del Real Decreto 240/2007), pero no necesariamente un visado de residencia. Por el contrario, en el régimen general de extranjería la reagrupación se concibe únicamente como una situación de residencia y, por ello, previamente a la expedición del visado ha de obtenerse una autorización de residencia para la reagrupación. En resumidas cuentas, la libre circulación de familiares de comunitario, en el supuesto de descendientes menores de 21 años o a cargo, no parece concebida desde la perspectiva del mantenimiento de la unidad familiar. En el Considerando (6) de la Directiva 2004/38 se tiene en cuenta una situación específica de mantenimiento de la familia. Se expresa en dicho considerando que puede ser para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y, sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física de dicho ciudadano. Trasunto de la protección de la unidad familiar, es la inclusión de otros miembros de la familia, más allá de los hijos, la esposa o pareja y los ascendientes, como beneficiarios (art. 3 de la Directiva) siempre que se encuentren en determinadas situaciones y, paralelamente la DA 19ª del Real Decreto 240/2007 igualmente afectada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010.

Como consecuencia de la reiterada sentencia del Tribunal Supremo, a los familiares extracomunitarios de españoles les es aplicable el régimen de comunitarios y de éste, a diferencia del régimen de reagrupación familiar, resulta el derecho a entrar, circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuando acompañen o se reúnan con el ciudadano español, para lo cual han de obtener un visado, que bien puede ser de estancia para un período de una duración total no superior a tres meses (vid. art. 2 del Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo) y solicitar luego la residencia si pretenden permanecer o fijar su residencia en España.

Es conveniente recordar que el artículo 5.1 de la Directiva 2004/38, titulado “Derecho de entrada”, dispone que “sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido”. Y añade en el apartado 2 que los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sólo estarán sometidos a la obligación de visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional.

Los artículos 5, 6, apartado 2, y 7, apartado 2, de la Directiva y paralelamente los arts. 4, 6 y 8 del Real Decreto 240/2007, reconocen los derechos de entrada, de residencia hasta tres meses y de residencia de más de tres meses en el Estado miembro de acogida a los nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado miembro, sin hacer referencia a que la reunión se produzca con

finalidad de mantener la unidad familiar.

En definitiva, tanto de la Directiva 38/2004, como del Real Decreto 240/2007, resultan derechos subjetivos claramente definidos para los “miembros de la familia” del ciudadano de la Unión (más ventajosos, desde luego, que los previstos en el régimen general de extranjería), comprensivos del derecho de entrada y que obliga a concederles un visado, gratuitamente, lo antes posible, mediante un procedimiento acelerado. Se ha de añadir que según constante doctrina del TJE aunque el derecho de libre circulación, que se extiende a los familiares beneficiarios, no sea incondicional, las limitaciones e interpretaciones que puedan establecerse son de aplicación restrictiva, sin que quepan restricciones por motivos económicos.

Por lo tanto, el acceso al territorio nacional de un familiar procedente de un país tercero de un ciudadano español no puede ser denegado porque no se produzca efectivamente – o no tenga por finalidad - una reagrupación familiar, en el sentido del mantenimiento de la unidad familiar, porque ello constituiría una excepción al principio fundamental de libre circulación y residencia, concebido como un derecho subjetivo, que incluye a los familiares beneficiarios de ese derecho y que no puede ser interpretado de forma restrictiva, lo que impide que se ejerzan respecto de esos familiares beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia facultades de control respecto de la eventual disgregación familiar de su situación de origen (por contraria al objetivo de proteger la vida familiar).

CUARTO.- Tal se desprende del contenido de la demanda, la solicitud del presente visado, en la fecha de su presentación, se motiva en que un extranjero pretende reunirse en España con ciudadana española residente en España, y con la que contrajo matrimonio en Cuba el [REDACTED]

Consta en las actuaciones la siguiente documentación:

.- Certificado de matrimonio del actor solicitante y su esposa doña [REDACTED], celebrado en la villa de Guantánamo el [REDACTED], inscrito en el tomo [REDACTED] folio [REDACTED] del Registro del Estado Civil de Guantánamo, Cuba, emitido el 6 de agosto de 2020.

La autenticidad y veracidad de contenido de este documento no ha sido combatido singularmente por los actos recurridos, sino que sólo el primero de ellos se ha limitado, pues el segundo no añade nada más, a señalar que no existe relación conyugal y convivencia entre ambos interesados.

Obviamente, la relación conyugal se acredita con ese acta de matrimonio, se reitera, no discutida en esos aspectos esenciales que determinan en principio y frente a todos la existencia de un matrimonio, que en un caso como el presente, de reagrupación familiar en régimen comunitario, es el único requisito legal para que la ciudadana comunitaria pueda reunirse en España con el ciudadano extranjero, dada la vigencia de dicha relación marital (artículo 2 reseñado del RD 240/2007).

En este momento se hace necesario recordar el criterio de esta Sección en casos parecidos al presente. Así, en la sentencia de fecha 11 de octubre de 2017, dictada en el recurso nº 214/2017, reiterada en el recurso nº 995/2017, se decía en lo que interesa a la presente cuestión litigiosa: *“No se puede negar el «ius connubii», o «derecho a contraer matrimonio libremente» que a toda persona se le debe reconocer. Así, el art. 32 de la CE. Este «ius*

connubii» o «ius nubendi» también se recoge en ciertos textos y Convenios internacionales vigentes en Derecho español. Entre ellos cabe citar el art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General, de 10 diciembre 1948, cuyo texto indica que "los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio"; el art. 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuyo texto precisa que "a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho"; o el art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE, cuyo texto indica que "se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

Como se ha expuesto, no se niega que ambos interesados contrajeron matrimonio civil en [REDACTED] en Cuba. Igualmente, se ha de reiterar lo dicho en la citada sentencia de 2017: "Llegados a este punto, ya hemos venido señalando en anteriores Sentencias, en relación con los matrimonios celebrados por españoles en el extranjero conforme a la ley personal del otro contrayente, que se puede proceder a su inscripción en el Registro Civil español a través de dos mecanismos registrales alternativos. Bien 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», bien, en su defecto, a través de un expediente registral para acreditar la legalidad del matrimonio y la certeza de su celebración (cfr. arts. 73 LRC y 257 RRC y Resolución de 11-1.º de febrero de 2003).

Establece el art. 256 del Reglamento del Registro Civil 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.

Entendemos que esa falta de inscripción no produce los efectos que se derivan de la resolución impugnada pues la inscripción del matrimonio es declarativa y no constitutiva. Dispone el art. 49 del C.C 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 que contraído el matrimonio en el extranjero en cualquiera de las formas establecidas por la la lex loci de aquel país, se considera válido. Por su parte el art. 61 del mismo Código 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", de manera que los efectos civiles y económicos del matrimonio se producen desde su celebración. La inscripción que se hará conforme a lo dispuesto en la L.R.C. y su Reglamento no tiene efectos constitutivos, es decir que estos 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 por lo que si bien no existe la inscripción puede probarse la existencia del matrimonio 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, será 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. Según informe COM (2009) 313 final, p. 16, un matrimonio sólo puede calificarse de matrimonio de conveniencia a efectos de la Directiva 2004/38 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".

Aplicado este criterio reiterado de la Sala al caso de autos, y no discutiéndose por la Administración demandada la existencia de ese matrimonio contraído por el actor con la esposa solicitante a tenor de, en su momento, la ley personal de uno de los contrayentes, el hecho de que no se haya inscrito en el registro civil español no impide la aplicación del citado artículo 2 del RD 240/2007, lo que determina, contrariamente a lo resuelto por los actos recurridos, que en este caso se cumple el requisito exigido por el mismo para que la solicitante pueda reunirse en España con su esposo, con las consecuencias legales arriba expuestas con amplitud.

El requisito de la efectiva convivencia no se recoge como tal en dicho precepto legal, pero obviamente en un caso como el presente sólo puede interpretarse teniendo en cuenta la evidente separación entre ambos cónyuges pues viven en países distintos y muy lejanos entre sí. En cualquier caso, no existe tampoco en autos ningún medio probatorio como entrevista o investigación complementaria a fin de determinar que dicho matrimonio en la práctica no existe que es lo que parece deducirse de ese segundo motivo del acto recurrido.

Por todo lo expuesto, el recurso de ha de estimar pues los actos administrativos recurridos no se ajustan a derecho, por lo que se han de anular (artículo 48.1 de la LJCA), y dado que se está en el caso de una solicitud, se ha de reconocer el derecho del actor a obtener el visado solicitado de tipo C de entrada para familiar ciudadano de la UE, el EEE o de Suiza a fin de reunirse en España con su mujer, de nacionalidad española y residencia en España.

QUINTO.- 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 demandada, dado que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en este caso serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado cuarto 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, de 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 500 € más la cantidad que en concepto de IVA corresponda la cuantía reclamada.

A la vista de los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

ESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por **DON** [REDACTED], **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** por ser contrarias a derecho las resoluciones administrativas recurridas y reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia, y **DECLARAR** el derecho de dicho recurrente a obtener el visado de solicitado tipo C de entrada para familiar ciudadano de la UE, el EEE o de Suiza; con imposición de las costas de este recurso a la parte demandada en el importe máximo y términos recogidos en el fundamento de derecho correlativo.

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 [REDACTED] (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 [REDACTED] y se consignará el número de cuenta-expediente [REDACTED] 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, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

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 [REDACTED]