



Roj: STS 5123/2012
Id Cendoj: 28079130032012100382
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 6444/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 6444/2011, interpuesto por D^a Tamara , representado por la Procuradora Sra. Leal Labrador contra la Sentencia de 11 de noviembre de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1^a) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso- administrativo número 287/2011 , sobre solicitudes de visados de residencia por reagrupación familiar. Habiendo comparecido como parte recurrida el ABOGADO DEL ESTADO, en la representación y defensa legalmente conferida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1^a) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso-administrativo número 287/2011 , interpuesto contra la Resolución del Consulado General de España en Tetuán, de 26 de enero de 2011, confirmada en reposición por otra posterior de 14 de febrero de 2011, por la que se le denegó a D^a Tamara el visado solicitado para reagruparse con Isidoro , residente en España.

SEGUNDO .- La expresada Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Primera) dicta Sentencia el 11 de noviembre de 2011, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 287/11 , cuyo fallo es el siguiente:

"Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por Tamara , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Dolores Leal Labrador, contra la resolución de fecha 14 de febrero de 2.011 dictada por el Consulado General de España en Tetuán.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia."

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, la representación procesal de D^a Tamara presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió ordenando emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

CUARTO.- Dentro del plazo al efecto concedido compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo como recurrente D^a Tamara , al tiempo que presentó escrito de interposición del recurso de casación con fecha 30 de enero de 2012, en el que la parte recurrente reproduce las alegaciones contenidas en la demanda relativas a la falta de motivación, inexistencia de fraude de ley y vulneración del artículo 27.6 de la LO 4/2000 .

Interesa dicha parte la estimación del recurso de casación, que se anule la sentencia impugnada, y, en su lugar, se dicte una nueva sentencia por la que estimando el recurso contencioso-administrativo se dejen sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas y se declare el derecho a obtener el visado de reagrupación familiar solicitado.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en los términos expuestos y remitiéndose las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, de conformidad con las normas de reparto, formula la Abogacía del Estado escrito de oposición al recurso de casación con fecha 11 de mayo de 2012, en

el que suplica dicte sentencia por la que se inadmita o subsidiariamente se desestime, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Se señaló para votación y fallo el 17 de julio de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Primera) de 11 de noviembre de 2011, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 287/2011, interpuesto contra la Resolución del Consulado General de España en Tetuán, de 26 de enero de 2011 -confirmada en reposición por otra posterior de 14 de febrero de 2011- por la que se le denegó a D^a Tamara el visado solicitado para reagruparse con Isidoro, residente en España.

Así, la Sala de instancia, desestimando el recurso contencioso-administrativo, confirma las resoluciones impugnadas, argumentando en los siguientes términos:

<<[...] A tenor de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, 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.

La exigencia de motivación impone a la administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su decisión o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico que ha llevado a la misma con el fin de que su destinatario pueda conocer las razones en las que se ha apoyado y, en su caso, pueda posteriormente defender su derecho frente al criterio administrativo, por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse, o no, de objetiva y ajustada a derecho así como una garantía inherente al derecho de defensa del administrado, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, ya que en la eventual impugnación del acto, si éste está motivado, habrá posibilidad de criticar las bases en que se ha fundado; por consiguiente el criterio de la Administración no puede limitarse a expresar la decisión adoptada sino que, en cada supuesto, debe exponer cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de derecho que, a su juicio, determinan que la decisión deba inclinarse en el sentido por ella elegido y no por otro de los, en cada caso, posibles.

Sin embargo, ha de añadirse que, para que un defecto de motivación no subsanado determine la anulabilidad de la resolución administrativa, es preciso que haya dado lugar a la indefensión del interesado - artículo 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -, entendiéndose por tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa por no haber podido conocer la ratio decidendi de la decisión administrativa.

Una vez sentado lo anterior, se ha de indicar que en el presente caso enjuiciado el acto recurrido ha resuelto denegar la solicitud de visado de residencia en España por reagrupación familiar solicitada por la recurrente por la causa arriba expuesta. Ciertamente, dicha resolución impugnada es concisa en su motivación, pero es clara respecto a la causa por la que la administración deniega tal visado, ya que la carencia de ese requisito imprescindible trae consigo dicha decisión, tal como se desprende de la normativa que a continuación se expondrá. Por otro lado, la recurrente, en su demanda realiza un extenso análisis de la entrevista que sirve de base a la resolución impugnada, lo cual revela claramente que la misma conoce los hechos y fundamentos por los que la administración dicta el acto recurrido, habiendo podido articular los medios de defensa que ha estimado pertinentes. Por ello, en ningún caso se ha producido indefensión en la referida parte con la consecuencia el acto recurrido (artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), lo cual trae consigo la denegación de ese primer motivo del recurso.

[...] Conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, 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.

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 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 el caso litigioso, aunque la resolución se refiere inicialmente, como causa de denegación, a la falta de acreditación del vínculo matrimonial, en realidad no se trata de la falta de demostración documental, pues constan en el expediente las certificaciones correspondientes, que no han sido cuestionadas por el Consulado, se trataría de un supuesto de apariencia matrimonial, con el designio de aprovechar sus ventajas en orden a la aplicación de la ley de extranjería. Dicho con otras palabras, la resolución administrativa impugnada consideraría que el matrimonio es de conveniencia, lo que se inferiría por el desconocimiento por la recurrente de su esposo y no en la existencia de un anterior matrimonio que, efectivamente, se encuentra resuelto legalmente. Ese desconocimiento lógicamente habría de ser el resultado del análisis crítico del resultado de la entrevista o comparecencia a que se refieren el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO8/00 y por LO 14/03 y el 43. 3 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Como se recordará, el art. 43.3 del Reglamento establece que "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, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada". Cuando se determine la celebración de la entrevista, añade el precepto, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española y el representante del interesado, en caso de que éste sea menor, además del intérprete, en caso necesario. Quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado".

En orden al problema sobre la existencia de un verdadero matrimonio, debemos apuntar los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial y que esta Sala ya ha venido estructurando en dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro; y, b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. Y entre los criterios para valorar esos elementos, debe considerarse y presumirse que existe auténtico "consentimiento matrimonial" cuando un contrayente conoce los "datos personales y/o familiares básicos" del otro contrayente.

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. A la recurrente, de 19 años de edad, se le efectuó entrevista el 25 de enero de 2011. En la misma señaló que desconocía cómo se fue su esposo a España aunque sabe que hace cinco años. Señala que trabaja en "tallería", arregla máquinas, trabaja con patrón pero no sabe la empresa aunque sí lo que cobra, 1.300 euros al mes y que vive solo de alquiler. Dice que vive con sus suegros y cinco cuñados aunque desconoce el número de la casa.

Por otra parte, para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, éstas pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio y pueden 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. La recurrente expresó en la entrevista que iniciaron su relación en diciembre de 2009 aunque se conocían de antes pues era amigo de un primo suyo.

En orden a la convivencia, siguiendo los criterios muy elaborados de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tiene en cuenta la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas

que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado.

Entre los hechos por sí solos no relevantes para alcanzar que se trata de un matrimonio simulado, se encuentra precisamente el hecho de que los contrayentes no convivan juntos o, incluso, que nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas (vid. Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia). A estos efectos debemos señalar que no concurre circunstancia alguna a tener en cuenta.

No debe perderse en esta perspectiva de examen un elemento muy especial y es que la existencia de hijos comunes es un indicio suficiente para acreditar la existencia de "relaciones personales". No constan hijos comunes.

Según consta en el expediente el matrimonio se celebró en julio de 2010, sin que consten llamadas telefónicas, cartas o envíos de remesas de dinero. En suma, la valoración en conjunto de los elementos probatorios obrantes en el expediente administrativo y en los autos y la valoración conjunta de los indicios, nos llevan a desestimar el presente recurso contencioso administrativo, pues de ellos se sigue la consecuencia referida por la resolución combatida dado que de la prueba aportada y conforme se ha ido expresado anteriormente se deduce la inexistencia de relaciones entre los esposos lo que determina que la conjetura de que se estaba en presencia de un matrimonio de conveniencia era suficiente para poder aplicar el art. 43.4 del Reglamento de Extranjería, es decir, elevar esa conjetura a la categoría de indicios suficientes, al no haber sido desvirtuado en este proceso, en los que la parte actora no ha demostrado la veracidad de las relaciones.>>

SEGUNDO .- La parte recurrente reproduce las alegaciones contenidas en la demanda relativas a la falta de motivación, inexistencia de fraude de ley y falta de prueba por la Administración, reiterando la cita de los preceptos invocados en aquella como vulnerados: los arts. 9.2, 14, 16, 18 y 39 CE; los arts. 8 y 12 del CEDH; el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los arts. 62, 63.2 de la Ley 30/92; los arts. 16, 17, 18, 18 bis y 23 de la LO 4/2000. También se cita el art. 27.6 de la LO 4/2000.

El escrito de interposición no expresa unas infracciones normativas o jurisprudenciales directamente imputables a la sentencia de instancia, refiriendo la falta de motivación denunciada a las resoluciones administrativas y no, al menos no directamente, a la sentencia que se recurre en casación. Sin embargo, de la argumentación desplegada sí puede deducirse cierta crítica a la sentencia de instancia, pues a lo largo de su exposición, la recurrente sostiene la falta de motivación de los actos administrativos impugnados, motivación que, afirma, resulta completada, reconstruida y aclarada por la sentencia de instancia.

Asimismo, dicha sentencia parte de que la motivación de la denegación se encuentra en existir indicios suficientes de que el matrimonio celebrado era un matrimonio de conveniencia, discrepando el recurrente de las valoraciones efectuadas por la Sala *a quo* respecto de las respuestas que dio en la entrevista que se le efectuó.

TERCERO.- En primer lugar debemos hacer notar la ausencia de cita del motivo concreto del artículo 88.1 de la LJCA a cuyo amparo fundamenta la parte recurrente los defectos de motivación, pues si bien encabeza su escrito de interposición de recurso con la afirmación -por infracción de las normas del ordenamiento jurídicos y de la jurisprudencia aplicable-, es lo cierto que su argumentación reproduce las alegaciones contenidas en su demanda, a las que añade indirectamente una objeción a la sentencia, en la medida en que considera dicha parte que aquella se ha limitado a interpretar, cuando no corregir, la falta de motivación de las resoluciones impugnadas.

Debiendo ser objeto de crítica la sentencia de instancia, lo correcto hubiera sido que el motivo de impugnación articulado, relativo a los defectos de motivación o a incongruencia omisiva, se hubieran formulado al amparo del artículo 88.1c) de la Ley Rituaria, en consideración a que aquella habría incurrido en un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Sin embargo, este no es el caso, pues la crítica se centra en las resoluciones administrativas.

La falta de motivación denunciada de dichas resoluciones es ajena a este recurso. Debemos recordar en este punto que el recurso de casación no es una segunda instancia jurisdiccional, sino un recurso extraordinario contra una sentencia y con un fuerte carácter formal, lo que no permite que se reproduzca

el juicio de la instancia, en los términos en que fue planteado, en lugar de centrar la crítica y los motivos impugnatorios en la argumentación jurídica que contiene la sentencia recurrida.

Resulta que la censura que se hace a la sentencia impugnada se sustenta fundamentalmente en el análisis que ésta realiza de la entrevista que figura en el expediente, y de cuya interpretación la Sala de instancia extrae una serie de indicios que le llevan a confirmar las resoluciones administrativas impugnadas. Sin embargo, tal y como está concebido el recurso de casación, éste no permite interpretar ni valorar las pruebas, pues ello corresponde al Tribunal de instancia, así como tampoco revisar el criterio valorativo de éste, salvo que se pruebe que al realizar la valoración se hubiese incurrido en infracción de las normas o de la jurisprudencia relativas a la valoración de las pruebas, o que resultase patente que tal apreciación era ilógica, irracional o arbitraria, habida cuenta de que a la casación no tiene acceso la valoración de las pruebas realizadas por la Sala *a quo*, y por tanto tampoco la de la entrevista, de constante referencia por la parte recurrente, que no ha efectuado la cita de los preceptos oportunos para posibilitar su acceso a la casación.

La Sentencia de instancia confirma las resoluciones recurridas, reconociendo que, aunque es cierto que la motivación es escueta, también lo es que ha sido suficiente para que la interesada pudieran conocer el fundamento de la decisión administrativa y mostrar su desacuerdo en vía administrativa y judicial, de ahí que no pueda concluirse que la inicial concisión de la motivación le huera ocasionado indefensión.

Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 43.4 del RD 2393/04, la denegación de los meritados visados para reagrupación familiar podrá fundarse en la existencia de indicios de los que se pueda inferir racionalmente la existencia de dudas sobre la veracidad del motivo alegado en la solicitud, la identidad de los solicitantes o la validez de los documentos aportados, como es el caso, por cuanto la resolución de instancia motiva la denegación del visado interesado por la posible existencia de un "matrimonio de conveniencia" al no haberse completado la firma del Acta matrimonial con la habitual celebración destinada a dar publicidad a la unión y posterior convivencia entre los cónyuges, lo que daría lugar al nacimiento de una auténtica familia. Dicha solución resulta plenamente acorde con lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, que, entre los factores que determinan una presunción de fraude en el matrimonio menciona el desconocimiento del nombre, errores en datos personales, que los cónyuges no hablen un mismo idioma o que se haya efectuado una entrega de dinero distinta de la dote, entre otros.

En conclusión, en virtud de lo expuesto, procede desestimar el motivo formulado, y, con ello el recurso de casación que nos ocupa.

CUARTO.- En aplicación de lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer el pago de las costas del recurso casación a la parte recurrente.

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". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de dos mil euros.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Primero.- Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación número 6444/2011, interpuesto por D^a Tamara, representado por la Procuradora Sra. Leal Labrado, contra la Sentencia de 11 de noviembre de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1^a) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 287/2011.

Segundo.- Efectuar imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.-**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.