



**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Primera**

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2019/0022225

**Procedimiento Ordinario 1060/2019**

**Demandante:** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ANA TERESA DIAZ MELGUIZO

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

**SENTENCIA N° 32/2021**

Presidente:

**D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Magistrados:

**D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS**

**D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA**

**D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

**VISTOS** por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo 1060/2019 promovido por la procuradora de los tribunales doña Ana Teresa Díaz Melguizo, en nombre y representación de **DON [REDACTED]**, contra resolución del Consulado General de España en Dakar (Senegal), de 22 de octubre de 2019, que desestima el recurso de reposición formulado contra resolución de ese mismo órgano, de 28 de mayo de 2019, que deniega a su esposa doña [REDACTED] la solicitud de visado de reagrupación familiar en régimen comunitario o de entrada en régimen comunitario, presentada el 23 de mayo de 2019; habiendo si sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado.



**Madrid**

## 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 declare no conforme a derecho la resolución recurrida así como su revocación, acordando la concesión del visado solicitado.

**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 quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se verificó para el día 29 de octubre de 2020. Suspendida la anterior diligencia, se oyó a las partes, a tenor del artículo 33.2 de la LJCA, sobre la cuestión no suscitada por las partes de si es de aplicación el artículo 2 del RD 240/2007 pues no se discute la existencia de un matrimonio celebrado por el actor y su esposa en el país de origen de ambos. Sustanciado tal trámite con el resultado que obra en autos, finalmente quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se verificó para el día 14 de enero de 2021, en que efectivamente tuvo lugar.

**Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. Don José Arturo Fernández García, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente, nacido en Senegal y actualmente con nacionalidad española y residencia en España, impugna por medio de este recurso las resoluciones administrativas descritas en el encabezamiento de esta sentencia que deniegan a su esposa doña [REDACTED] nacida en Senegal el 4 de abril de 1996 y con residencia en ese país, el visado de reagrupación familiar en régimen comunitario o de entrada en régimen comunitario para reunirse en España con el actor.

La resolución originaria razona la denegación indicando: *“La interesada aporta extracto del matrimonio celebrado en Senegal, no consta que dicho matrimonio haya sido inscrito en un Registro Civil español conforme a lo exigido como ciudadano español conforme a la Ley de Registro Civil y el Reglamento que lo desarrolla, ni inscripción en un Registro español de parejas de hecho, así como tampoco se demuestra convivencia continuada exigida, por lo que no es de aplicación el artículo 2 bis del Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero,...”*

El acto dictado en vía de recurso de reposición no añade nuevos motivos a los expuestos del originario.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente, en su escrito de demanda, alega, en esencia, que en este caso se cumplen los requisitos legales para que la solicitante obtenga el visado pues es pareja de hecho de ciudadano comunitario, como lo acredita toda la documentación obrante en autos. Concretamente, señala que existe una relación estable y un vínculo duradero entre ambos interesados, como lo prueba que existe certificación de matrimonio de ambos en 4 de septiembre de 2016 y solicitud de inscripción del mismo ante el consulado, donde se encuentra en tramitación. Asimismo, existe documentación de envíos de remesas del actor a su esposa, correos electrónicos entre ambos, viajes de aquél a Senegal de agosto a septiembre de 2016, marzo de 2018, octubre y noviembre de 2018, 2 de agosto hasta 6 de septiembre de 2019 y billete para el 2 de mayo de 2020 pues existe certificado médico de que la solicitante está embarazada y dará a luz a finales de agosto de 2020.

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

Con suspensión del primer señalamiento para votación y fallo, se oyó a las partes, a tenor del artículo 33.2 de la LJCA, sobre una cuestión no suscitada por las mismas consistente en si es de aplicación el artículo 2 del RD 240/2007, pues no se discute que el actor y la solicitante contrajeron matrimonio en Senegal.

Sólo efectuó alegaciones la parte actora, confirmando la existencia de ese matrimonio celebrado entre ambos interesados en 2016 en Senegal y que producto del mismo es el nacimiento de una hija en Senegal que se ha pretendido inscribir también en el registro civil del consulado.

**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 veintidós 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 disfrutaban 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).

El Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, introdujo el artículo 2 bis, que bajo el epígrafe “Entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la



Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, dispone:

*1. Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este real decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de:*

*a) Los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del presente real decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:*

*1.º Que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él.*

*2.º Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.*

*b) La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo.*

*2. Si los miembros de la familia y la pareja de hecho que se contemplan en el apartado 1, están sometidos a la exigencia de visado de entrada según lo establecido en el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, la solicitud de visado, contemplada en el artículo 4 del presente real decreto, deberá acompañarse de lo siguientes documentos:*

*a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante.*

*b) En los casos contemplados en la letra a) del apartado 1, documentos acreditativos de la dependencia, del grado de parentesco y, en su caso, de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad o de la convivencia.*

*c) En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el tiempo de convivencia.*

*3. La solicitud de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión deberá acompañarse de los siguientes documentos:*

*a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.*

*b) Documentación acreditativa de que el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse cumple los requisitos del artículo 7.*

*c) En los casos contemplados en la letra a) del apartado 1, documentos acreditativos de la dependencia, del grado de parentesco y, en su caso, de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad o de la convivencia.*

d) *En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el tiempo de convivencia.*

4. *Las autoridades valorarán individualmente las circunstancias personales del solicitante y resolverán motivadamente debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:*

a) *En el caso de familiares, se valorará el grado de dependencia financiera o física, el grado de parentesco con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y, en su caso, la gravedad de la enfermedad o discapacidad que hace necesario su cuidado personal o el tiempo de convivencia previo. En todo caso, se entenderá acreditada la convivencia cuando se demuestre fehacientemente una convivencia continuada de 24 meses en el país de procedencia.*

b) *En el caso de pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada.*

5. *Las autoridades resolverán motivadamente toda resolución”.*

Finalmente, se ha de recordar las letras a) y b) del artículo 53 del RD 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:

*“Artículo 53. Familiares reagrupables.*

*El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares:*

a) *Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.*

*En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial.*

*El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la disolución de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes.*

b) *La persona que mantenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal. A los efectos previstos en este capítulo, se considerará que existe relación de análoga afectividad a la conyugal cuando:*

1.º *Dicha relación se encuentre inscrita en un registro público establecido a esos efectos, y no se haya cancelado dicha inscripción; o*

2.º *Se acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. A dichos efectos, sin perjuicio de*

*la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública.*

*Resultará de aplicación a este supuesto lo previsto, en relación con el cónyuge, en los párrafos segundo y tercero de la letra a) del apartado anterior. Serán incompatibles a efectos de lo previsto en este capítulo las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad”.*

**CUARTO.-** Tal se desprende del contenido de la demanda, la solicitud del presente visado, en la fecha de su presentación, se motiva en que una extranjera pretende reunirse en España con ciudadano nacido en Senegal, actualmente con nacionalidad española y residencia en España, y con el que contrajo matrimonio en Senegal en septiembre de 2016, sin que dicha unión haya sido todavía inscrita en un registro civil español.

Consta en las actuaciones la siguiente documentación:

- Certificado de matrimonio del actor y la solicitante contraído en la villa de Pikine, ayuntamiento de Keur Massar, Senegal, el 4 de septiembre de 2016, y su solicitud de inscripción ante el Consulado general de España en Dakar el 19 de junio de 2018 (documento 1 de la demanda y folios 34 y 35 del expediente administrativo)

- Recibos de envíos de remesas económicas del actor a la solicitante desde el 24 de octubre de 2016 al 16 de mayo de 2019 y posteriores, teniendo en cuenta la fecha de la solicitud del visado (documentos 2 y 3 de la demanda).

- Billetes y sellos del pasaporte del actor reflejando que viajó a Senegal del 28 de agosto de 2016 al 26 de septiembre de 2016, del 17 de marzo de 2018 al 30 de marzo de 2018, del 31 de octubre de 2018 al 17 de noviembre de 2018 y del 2 de agosto de 2019 al 6 de septiembre de 2019 (documento 5 de la demanda).

- Certificado emitido el 24 de febrero de 2020 por médico de la localidad de Keur Massar (Senegal), clínica [REDACTED], especialista en medicina general, ecografía, ECG, hospitalizaciones, concluyendo, tras exponer las pruebas practicadas a la solicitante del visado, “embarazo mono-fetal intrauterino activo de 26 semanas, más 4 días; TP: 28 de mayo de 2020”.

- En escrito de alegaciones al trámite del artículo 33.2 de la LJCA, se aporta escrito de declaración de datos para su inscripción ante el registro civil del consulado del nacimiento, el 21 de mayo de 2020, de una hija de ambos interesados.

A tenor del debate suscitado por este Tribunal al amparo del artículo 33.2 de la LJCA, y del que las partes ha sido partícipes en los términos arriba reseñados, la cuestión central de este pleito se limita a valorar si es de aplicación en este caso el artículo 2 reseñado del RD 240/2007, en tanto que se ha acreditado y no discutido por las partes que el actor y su esposa la solicitante del visado contrajeron matrimonio civil en Senegal el 4 de septiembre de 2016 y cuyos datos se declararon ante el registro civil del consulado para su inscripción. En ningún caso, este certificado de matrimonio ha sido discutido en su autenticidad ni veracidad de contenido por el consulado español.

En este sentido se hace necesario recordar el criterio de esta Sección en casos como el 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 septiembre de 2016 en Senegal, un año antes de que el marido recurrente obtuviera la nacionalidad española. 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.ª 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 ambos 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.

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 de doña [REDACTED] a obtener el visado solicitado de reagrupación familiar en régimen comunitario o de entrada en régimen comunitario a fin de reunirse en España con su marido, el actor, actualmente con 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 300 € 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 doña [REDACTED] a obtener el visado de reagrupación familiar en régimen comunitario o de entrada en régimen comunitario solicitado; 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. 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.

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 JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA (PON), JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (PSE), FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO