

Fecha 31/03/2004, Tribunal Supremo, Sala 3ª , ,Sentencia, rec. 5482/1999. Procedimiento:Recurso de casación. Pte: [REDACTED]

RESUMEN

El TS desestima el rec. de casación interpuesto contra la sentencia que concedió la exención de visado para permiso de trabajo y residencia.

La Sala concluye que el art. 2,2,f) Orden Ministerial de 11 abril 1996 que exige para la exención del visado un período previo de matrimonio de tres años, conculca el principio constitucional de protección a la familia y se opone a lo establecido en los arts. 67 y 68 del Código Civil.

TÍTULO

Nulidad del período previo de matrimonio para exención de visado

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Sexta, ha visto el recurso de casación número 5.482 de 1999, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en el recurso contencioso-administrativo número 664 de 1997.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, dictó Sentencia, el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en el Recurso número 664 de 1997 J , en cuya parte dispositiva se establecía:

“Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado de Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Sra. [REDACTED] en nombre y representación de D. [REDACTED] de nacionalidad china, provisto de pasaporte num.000, expedido en su país de origen el 15 de julio de 1996, en el expediente administrativo 10.563-E/96 y contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 26 de febrero de 1997, denegatoria de la exención de visado para permiso de trabajo y residencia, por lo que se declara no ser acorde a Derecho y al ordenamiento jurídico la resolución recurrida, la cual debe quedar sin efecto y debiendo ser concedida al recurrente la exención solicitada, todo ello sin hacer pronunciamiento en costas”.

SEGUNDO.- En escrito de cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, el Sr. Abogado del Estado, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la

Sentencia mencionada de esa Sala de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

La Sala de Instancia, por Providencia de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, el Sr. Abogado del Estado, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de cuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

CUARTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día veintitrés de marzo de dos mil cuatro, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. Abogado del Estado interpone recurso de casación frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho **J** que estimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y siete que denegó al recurrente la exención de visado para permiso de trabajo y residencia al no existir razones excepcionales que justificasen su dispensa tomando como fundamento para denegar esta última el no acreditar un periodo previo de tres años de matrimonio a la fecha de la solicitud.

Quedó acreditado en el expediente y en los autos que el recurrente ciudadano chino contrajo matrimonio el 26 de abril de 1996 en China con su esposa residente legal en España y solicitando la exención de visado por motivos de reagrupación familiar con su cónyuge, siendo este hecho el que determinó que la Sentencia de instancia accediese a la pretensión ejercitada ante la Sala y anulase las resoluciones recurridas.

SEGUNDO.- El recurso que interpone el Sr. Abogado del Estado se funda en un único motivo que consiste en la infracción a su juicio por la Sentencia combatida de la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1996 **L1996/14907** y el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial **L1985/8754 en ART 6** con invocación del artículo 86.3 y 4 de la Ley de la Jurisdicción **L1998/44323 en ART 86 APA 3,4.**

A su juicio la Orden **L1996/14907** no infringe el principio de jerarquía normativa sino que simplemente concreta el contenido del artículo 56 del Real Decreto 155 de 1996 **L1996/14005 en ART 56**, desarrollando normativamente lo que debe entenderse por "circunstancias excepcionales" que dan lugar a la exención de visado.

En cuanto al Real Decreto 766 de 1992 **L1992/15747** que señala las formalidades previstas para permanecer en territorio español, el artículo 10.3.d) **L1992/15747 en ART 10 APA 3** dispone que la obtención de visado podrá dispensarse por razones excepcionales.

La Sentencia **J** infringe el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial **L1985/8754 en ART 6** al inaplicar la norma que regula el supuesto de hecho, por lo que se produce la infracción de la norma de desarrollo reglamentario de que se trata.

TERCERO.- El motivo opuesto a la sentencia por el Sr. Abogado del Estado debe ser desestimado.

El artículo 56 del Real Decreto 155 de 1996 **L1996/14005 en ART 56** que desarrolló la Ley Orgánica 7 de 1985 **L1985/8754**, regula la solicitud, requisitos y documentación necesarios para obtener la exención de visado, y su número 9 señala que "excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior".

A su vez la Orden Ministerial de 11 de abril 1996 en su Disposición Segunda **L1996/14907 en DIS 2** se refiere a los motivos o razones para la concesión de la exención de visado y dispone que "podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos:

g) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud". Este es el supuesto en que se fundó la petición y sobre esta cuestión ya la Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones avalando la postura sostenida en la instancia.

Así en sentencia de 21 de mayo de 2001 **J2001/32937** afirmamos que "en primer lugar, la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996 **L1996/14907**, al requerir en su artículo 2.2 f) **L1996/14907 en ART 2 APA 2** un periodo previo de matrimonio de tres años a la fecha de solicitud de la exención de visado, se excede de lo previsto en el artículo 10.3 d) del Real Decreto 766 de 1992, de 26 de junio **L1992/15747 en ART 10 APA 3**, modificado por Real Decreto 737 de 1995 **L1995/14031**, y en el artículo 56.9 del Reglamento aprobado por Real Decreto 155 de 1996 **L1996/14005 en ART 56 APA 9**, por cuanto el primero alude a la dispensa de la presentación de visado de residencia por razones excepcionales y el segundo a la posibilidad de eximir excepcionalmente del visado de residencia por motivos de interés público, humanitario, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se presuma buena fe del solicitante.

La exigencia, impuesta por Orden Ministerial **L1996/14907**, de un periodo previo de matrimonio de tres años no sólo se extralimita de lo establecido en los aludidos preceptos reglamentarios sino que conculca claramente el principio constitucional de protección a la familia, recogido en el artículo 39.1 de la Constitución **L1978/3879 en ART 39 APA 1** como ya expresamos en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2001 **J2001/29739**, y se opone a lo establecido en los artículos 67 y 68 del Código civil **L1889/1 en ART 67,68**, que imponen a los cónyuges el deber de vivir juntos, respetándose y ayudándose mutuamente en interés de la familia, razón más que suficiente para que los jueces y tribunales no otorguen eficacia alguna a lo dispuesto en el artículo 2.2 f de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996

L1996/14907 en ART 2 APA 2, según lo establecido concordadamente por los artículos 9.3 de la Constitución **L1978/3879 en ART 9 APA 3**, 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial **L1985/8754 en ART 6** y 62.2 de la Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre **L1992/17271 en ART 62 APA 2**, modificada por Ley 4 de 1999, de 13 de enero **L1999/59899**.

Tanto la protección a la familia (artículo 39.1 de la Constitución **L1978/3879 en ART 39 APA 1**) como los deberes de los cónyuges (artículos 66 a 69 del Código civil **L1889/1 en ART 66-69I**) no vienen condicionados por el tiempo de duración del vínculo matrimonial sino que se producen desde el momento de contraer matrimonio, ya que éste, según el artículo 61 del Código civil **L1889/1 en ART 61**, produce efectos civiles desde su celebración, de manera que cualquier precepto reglamentario que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado, como el de las razones excepcionales para dispensar del visado de residencia, y, por consiguiente, nos reafirmamos en nuestro criterio de considerar el vínculo matrimonial, salvo supuestos de separación, como razón o motivo excepcional para dispensar del visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio.

Lo contrario supondría establecer un principio contrario a la buena fe de los contrayentes, que, conforme al artículo 79 del Código civil **L1889/1 en ART 79**, ha de presumirse, por lo que quien afirme lo contrario habrá de probarlo, como exige ahora el artículo 385.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil 1 de 2000 **L2000/77463 en ART 385 APA 1** y antes el artículo 1250 del Código civil **L1889/1 en ART 1250**.

No olvidamos que la Ley Orgánica 4 de 2000, de 11 de enero **L2000/77473**, reformada por Ley Orgánica 8 de 2000, de 22 de diciembre **L2000/88847**, requiere, para ejercer el derecho a la reagrupación en España, que se haya residido legalmente en territorio español durante un año y se tenga autorización para residir durante otro año (artículo 18 **L2000/77473 en ART 18**) y, para eximir por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener visado a los extranjeros, que, cuando la dispensa se solicite como cónyuge del residente, se acredite la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos durante otro año (artículo 31.7 **L2000/77473 en ART 31 APA 7**).

Estos preceptos sólo pueden ser interpretados y aplicados de forma que no se conculque el aludido principio constitucional de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 de la Constitución **L1978/3879 en ART 39 APA 1** y que se salvaguarden los derechos y deberes de los cónyuges, entre ellos el de convivir desde el momento de la celebración del matrimonio, de manera que no nos pasa desapercibida la compleja tarea de exégesis que ahora pesa sobre los jueces y tribunales para interpretar y aplicar los aludidos artículos 18.2 **L2000/77473 en ART 18 APA 2** y 31.7 de la Ley Orgánica 4 de 2000 **L2000/77473 en ART 31 APA 7**, reformada por Ley Orgánica 8 de 2000 **L2000/88847**, dado que, según el artículo 32.1 de la propia Constitución **L1978/3879 en ART 32 APA 1** el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, y desde ese momento nacen los derechos y deberes de los cónyuges (artículo 32.2 de la Constitución **L1978/3879 en ART 32 APA 2**) establecidos por el Código Civil **L1889/1**, entre los que, como hemos dicho, los artículos 67 y 68 de este cuerpo legal **L1889/1 en ART 67,68**, contemplan la convivencia y la mutua ayuda, que difícilmente se conciben si se impide la reagrupación por un plazo más o menos largo o si cualquiera de ellos se ve obligado a salir del territorio español para obtener un visado de residencia que, en principio, pudiera ser denegado, como prevé el artículo 25.5 de la mencionada Ley Orgánica **L2000/77473 en ART 25 APA 5**".

En consecuencia procede desestimar el motivo aducido y confirmar íntegramente la Sentencia recurrida.

CUARTO.- Al desestimarse totalmente el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas causadas al recurrente.

En nombre de su majestad el rey y por la autoridad que nos confiere la constitución.

FALLO

No ha lugar al recurso de casación número 5.482 de 1999, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho **J** que estimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno de veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y siete que denegó al recurrente la exención de visado para permiso de trabajo y residencia al no existir razones excepcionales que justificasen su dispensa tomando como fundamento para denegar esta última el no acreditar un periodo previo de tres años de matrimonio a la fecha de la solicitud, que confirmamos por ser conforme con el Ordenamiento Jurídico, y todo ello con expresa imposición de costas al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. [REDACTED]

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. [REDACTED] Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.