

LAS PAREJAS DE HECHO DE COMPLACENCIA

Clara Gago Simarro

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

TITLE: *The partnership of convenience*

RESUMEN: El número de matrimonios de complacencia en nuestro país se ha visto minorado al sustituirse en no pocas ocasiones por la constitución de parejas de hecho simuladas, cuyo único objetivo es conseguir regularizar la situación de residencia de uno de los miembros de la pareja en nuestro país. La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio en la normativa de extranjería entronca con la ausencia de una norma estatal de parejas de hecho y con la doctrina jurisprudencial contraria a dicha equiparación en el orden civil. Esta discordancia reduce considerablemente el riesgo en la detección de las parejas de hecho simuladas, facilitando con ello el fraude de las normas de extranjería. Por ello, resulta necesario analizar los posibles mecanismos de control tendentes a evitar la formalización de una pareja de hecho simulada.

ABSTRACT: *The number of sham marriages in our country is in distinct decline due to the fact that it's being replaced by formal simulated unmarried couple, whose sole aim is obtain Spanish legal residency. The assimilation of unmarried couple with marriage on foreigners' act collides with the absence of a state rule for unmarried couple and collides with the case law contrary to the assimilation on civil law. The discrepancy significantly reduces the risk detection of the fraud. It is therefore necessary to examine of possible mechanisms to control the apparently valid unmarried couple.*

PALABRAS CLAVE: Reagrupación familiar, pareja de hecho, complacencia, simulación.

KEY WORDS: *Family reunification, unmarried couple, convenience, simulation.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. RESIDENCIA LEGAL DEL CÓNYUGE O PAREJA DE HECHO EXTRANJERO. 2.1. *Residencia de familiar comunitario.* 2.2. *Residencia por reagrupación familiar.* 3. MECANISMOS DE CONTROL PREVENTIVOS FRENTE A LAS UNIONES DE COMPLACENCIA. 3.1. *Mecanismos de control preventivos.* 3.2. *Mecanismos de control represivos.* 3.2.1. Nulidad civil de las uniones de complacencia. 3.2.2. Denegación de la tarjeta de residencia por reagrupación familiar. 3.2.3. Sanciones administrativas. 4. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.

1. PLANTEAMIENTO

La llegada masiva de flujos migratorios a nuestro país ha supuesto un importante incremento del número de matrimonios mixtos celebrados en España o en el extranjero que solicitan su inscripción en el Registro Civil. Conforme al último dato oficial referido al primer semestre del año 2019 elaborado por el Instituto Nacional de Estadística (INE), de los 167.613 matrimonios celebrados en España durante ese período se registraron 28.158 matrimonios en los que al menos uno de los

contrayentes era extranjero (lo que se traduce en un 16,8%)¹. A estos matrimonios deben sumarse, además, los celebrados en el extranjero conforme a la *lex loci* entre extranjeros o de un español con un extranjero que, posteriormente solicitan su inscripción en el Registro Civil.

En principio, los matrimonios mixtos celebrados en España no plantean problemas cuando se celebran cumpliendo los requisitos de consentimiento, capacidad y forma exigidos en el Código civil (arts. 44 a 60 CC). Ahora bien, en la práctica las parejas mixtas en no pocas ocasiones utilizan la institución del matrimonio para la obtención de la residencia legal en España del cónyuge extranjero no comunitario o de la adquisición de la nacionalidad española y, con ello, la obtención de la ciudadanía comunitaria.

Un fenómeno común en los países sometidos a una fuerte inmigración (como es el caso del Estado español²) son los denominados matrimonios de complacencia o conveniencia (matrimonios blancos), cuyo verdadero objetivo no es contraer matrimonio sino lograr la residencia legal en España del cónyuge extranjero o de su familia o de obtener más fácilmente la nacionalidad española por la residencia legal, pacífica y continuada de un año desde la celebración del matrimonio ex artículo 22.2.d) del Código civil. Debe tenerse presente que la obtención de la tarjeta de residencia en España o, en su caso, la nacionalidad española, convierten al ciudadano extracomunitario en ciudadano de la Unión Europea, con lo que adquiere el derecho a circular y residir libremente en cualquier territorio de sus veintisiete Estados miembros.

Esta vía constituye un fraude de ley a las normas sobre extranjería y nacionalidad, lo que exige a los Estados establecer una regulación tendente a evitar o, en menor

¹ ORTEGA GIMÉNEZ señala que el pico más alto hasta la fecha de matrimonios mixtos celebrados en España se produjo en el 2010, en el que al menos unos 29.000 matrimonios tuvieron lugar en nuestro país, según estadística del INE. El autor cita como posibles causas los factores sociológicos, como es la crisis económica y la fuerte regulación para evitar los matrimonios mixtos en fraude de Ley (*Los matrimonios de conveniencia*, Madrid, 2018, p. 10).

² España se sitúa en la décima posición de países que albergan a la mayor cantidad de inmigrantes, tal y como recoge el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas en un muestrario que registra la residencia de inmigrantes en los distintos países analizados desde 1990 a 2015: así, la gráfica muestra que en el año 2015 residían 5,9 millones de inmigrantes en nuestro país. Por su parte, el INE establece en sus datos provisionales del primer semestre del año 2019 (publicado el 8 de enero 2020) un saldo migratorio de 209.097 (hubo 348.625 inmigraciones procedentes del extranjero y 139.528 emigraciones con destino al extranjero). Entre las principales nacionalidades, los mayores incrementos se dieron en la población colombiana (27.920 personas más), venezolana (24.238) y marroquí (20.627).

medida, reducir la celebración de matrimonios de complacencia³. Es cierto, como señala la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴ de 31 de enero de 2006, que debe siempre respetarse el derecho a contraer matrimonio libremente (*ius connubii*) consagrado en el artículo 32 de la Constitución Española, sin que pueda ser indebidamente coartado, pero simultáneamente, se debe evitar que al amparo de este derecho subjetivo se produzcan indebidamente fraudes contra la ordenación legal de inmigración o la nacionalidad.

La efectividad de los mecanismos de control preventivos que evitan la celebración de los matrimonios de complacencia, así como la regulación de importantes sanciones impuestas a los contrayentes por la celebración de un matrimonio fraudulento han reducido considerablemente el número de matrimonios de complacencia en España.

No obstante, el descenso de los matrimonios de complacencia no se debe exclusivamente al logro de los mecanismos de control (preventivos y represivos), sino también a un nuevo fenómeno más flexible que faculta al ciudadano extracomunitario, al igual que el matrimonio, a obtener la residencia legal en España por agrupación familiar: las parejas de hecho. Así lo pone de manifiesto la Memoria anual de la Fiscalía de Extranjería en el año 2014: los matrimonios de complacencia se han reducido notablemente en los últimos años «al sustituirse por la constitución de parejas de hecho ficticias cuyo único objetivo es obtener el beneficio de la residencia en España»⁵. La posibilidad de obtener beneficios en el marco del Derecho de extranjería por la formalización de una unión estable de pareja abre las puertas a las denominadas *parejas de hecho de complacencia*.

³ Además, como señala la Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contenciosos-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería: «los matrimonios de complacencia no es una práctica novedosa, sino que es por desgracia ampliamente conocida y utilizada. Frecuentemente, además, como demuestra la experiencia, este tipo de matrimonios son facilitados por redes organizadas que pretenden de este modo retener a sus víctimas en el negocio de la prostitución, a la vez que captan mediante la recompensa de una cantidad de dinero a incautos o personas sin escrúpulos que estén dispuestos a figurar como futuros esposos en el expediente matrimonial seguido al efecto».

⁴ El Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE 29 enero 2020) modifica la denominación de la Dirección General de los Registros y del Notariado que pasa a llamarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

⁵ Informe anual de la Fiscalía de Extranjería, 2014, p. 19: consulta página de la Fiscalía General del Estado (<https://www.fiscal.es/documents/20142/160400/Memoria+Fiscalia+de+Extranjeria+2014.pdf/4758ed13-f6d9-c3c9-2dfe-411038043cf7?version=1.1> [Última consulta: 17 agosto 2020]).

2. RESIDENCIA LEGAL DEL CÓNYUGE O PAREJA DE HECHO EXTRANJERO

La normativa de extranjería permite la reagrupación familiar a favor de los miembros de la familia nuclear del reagrupante, entendiéndose por familia nuclear al cónyuge o conviviente de una relación de afectividad análoga a la conyugal, sus hijos y los hijos de su cónyuge o pareja de hecho, sus ascendientes y los de su cónyuge o pareja de hecho, así como sus representados legales.

Los miembros de la familia nuclear pueden, pues, residir legalmente en España por reagrupación familiar. No obstante, los trámites para obtener la tarjeta de residencia por reagrupación familiar difieren según sea el reagrupante ciudadano comunitario o ciudadano extracomunitario residente legal en España. Así, deben distinguirse dos regímenes distintos de reagrupación familiar: por un lado, el régimen de residencia de los miembros familiares de un ciudadano comunitario, de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de un ciudadano suizo que deberán solicitar la tarjeta de residencia de familiar comunitario y, por otro, el régimen de extranjería general a través de la autorización de residencia por reagrupación familiar y solicitud del visado en el Estado de origen del miembro de la familia reagrupado.

2.1. *Residencia de familiar comunitario*

La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (en adelante Directiva 2004/38/CE), extiende el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros a los miembros de la familia nuclear de un ciudadano comunitario cualquiera que sea su nacionalidad para que este derecho «pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad» (Considerando 5). A tal efecto, la referida Directiva considera miembro de la familia del ciudadano comunitario al «cónyuge o pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida» (art. 2.1); así como «la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada» (art. 3.2).

La Directiva 2004/38/CE estableció un período de transposición máximo de dos años desde su entrada en vigor (el 29 de abril de 2004) para aprobar las disposiciones

legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la citada norma. En el caso del Derecho español, la norma de transposición es el Real Decreto 240/2007, de 16 de enero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante Real Decreto 240/2007).

De conformidad con el artículo 1 del Real Decreto 240/2007, en el concepto de ciudadano comunitario no debería incluirse al ciudadano de nacionalidad española que no hubiera ejercitado su derecho a la libre circulación, debiendo aplicarse a estos supuestos la normativa general de extranjería; así el citado precepto dispone que

«[...] El presente real decreto 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 de otros Estados miembros de la Unión Europea».

Pese a ello, el Tribunal Supremo considera que debe incluirse en el ámbito de aplicación del citado real decreto al ciudadano español⁶. Además, el presente reglamento no se aplica exclusivamente a los ciudadanos nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, sino también a los ciudadanos de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein), así como a los ciudadanos de nacionalidad suiza, a tenor del Acuerdo de 21 de junio de 1999, entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas vigente a partir del 1 de junio de 2002⁷.

⁶ La doctrina jurisprudencial es clara al sentenciar que «[...] el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, es aplicable a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles» [STS (3ª) 10 junio 2019 (RJ 2019, 2236) que reitera su doctrina contenida en la STS (3ª) 18 julio 2017 (RJ 2017, 3227)]. Como pone de manifiesto SOTO MOYA «en principio, un español que pretendiese la entrada de su pareja (registrada o, de hecho) en nuestro país tendría que hacerlo con respecto a la legislación interna española. Esto podría dar lugar a discriminaciones inversas, es decir, podría darse el caso de que el Derecho interno español no le permitiese la entrada y, en cambio, el Derecho comunitario sí se la permitiese, en unas circunstancias similares, a un nacional de un Estado miembro que residiera en nuestro país. Para evitar que se produzcan este tipo de situaciones, el legislador español ha optado por aplicar a los propios nacionales el mismo régimen que a los comunitarios que residen en nuestro territorio. De esta forma, ha incluido a los familiares de españoles en el ámbito de aplicación personal del RD 240/2007» («La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2007), p. 1706).

⁷ La vigencia desde 1 de junio de 2002 del Acuerdo, de 21 de junio de 1999, entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, por el que a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia determina la aplicación del mismo tratamiento que a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus familiares: así la disposición adicional tercera del RD

El Real Decreto 240/2007 incluye como miembro de la familia al cónyuge del ciudadano comunitario, pudiendo residir legalmente en España por reagrupación familiar, previa solicitud de la tarjeta de residencia de familiar comunitario siempre que no hubiera recaído declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio. Conforme a la normativa actual, se puede solicitar la residencia por reagrupación familiar siempre que exista vínculo matrimonial en el momento de la solicitud, aun cuando no exista convivencia efectiva, bien por separación legal o, de hecho.

En cambio, la redacción originaria del Real Decreto 240/2007 exigía una convivencia matrimonial efectiva, al excluir de su ámbito de aplicación al cónyuge separado legalmente: requisito que fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo (3ª) 1 de junio 2010⁸, al entender que

«[...]La situación de separación legal no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial, siendo sus efectos muy diferentes, por ejemplo, a los del divorcio [...] En consecuencia, lo que no es igual en el propio ámbito interno español, y lo que ni siquiera contempla la Directiva comunitaria, no puede ser utilizado por el Reglamento que nos ocupa para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes».

Esta Sentencia determina la carencia de efectos de la separación legal en relación con la aplicación del régimen comunitario de extranjería al cónyuge de ciudadano comunitario, como señala la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010. Consecuentemente, el cónyuge separado de hecho o legalmente, aun cuando en nuestro ordenamiento vería suspendidos determinados efectos y derechos conyugales por el cese de la convivencia matrimonial⁹, podrá solicitar la tarjeta de residencia de familiar comunitario por su relación matrimonial con un nacional español, ciudadano comunitario o nacional suizo o de un Estado parte del Espacio Económico Europeo.

En el concepto de familia nuclear por afectividad del ciudadano comunitario, la Directiva 2004/38/CE no incluye sólo al cónyuge del ciudadano comunitario, sino también a la pareja de hecho. En efecto, como señala el Preámbulo de la Directiva

240/2007 dispone que «en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia les es de aplicación lo previsto en el presente real decreto».

⁸ RJ 2010, 5470.

⁹ Véase como ejemplos el cese de la presunción de paternidad transcurridos más de trescientos días desde la separación de hecho o legal de los cónyuges (art. 116 CC) o la privación de derechos sucesorios forzosos (art. 834 CC) y abintestato (art. 945 CC).

transpuesta «a los efectos de la presente Directiva la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio»¹⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico, la inclusión de la pareja de hecho como miembro de la familia del ciudadano comunitario con derecho a residir y circular libremente por el territorio de la Unión Europea parece colisionar con la ausencia de regulación de esta modalidad de familia. La ausencia de una norma sobre parejas de hecho podría haber derivado en la negativa del legislador a incluir como miembro de la familia del reagrupante a las parejas registradas en la normativa de trasposición de la Directiva. Sin embargo, la admisión de la entrada y residencia legal en nuestro país de un ciudadano extracomunitario unido en una relación estable de pareja registrada se recogió en el artículo 2.b) del Real Decreto 240/2007, a cuyo tenor,

«El presente real decreto se aplica a cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano 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, que a continuación se relacionan: a la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado».

El requisito de inscripción de la pareja de hecho en un Registro que impidiera la posibilidad de dos registros simultáneos contenido en el citado precepto impidió solicitar la tarjeta de familiar comunitario al miembro extranjero de una pareja de hecho inscrita en un Registro de Parejas de Hecho en España, puesto que al ser los registros de competencia autonómica o municipal, la inscripción en dichos registros no

¹⁰ En este sentido, LORENZO JIMÉNEZ considera que «una vez examinado el régimen jurídico autonómico de las parejas registradas, cabe deducir que éstas no cumplen los requisitos contemplados por la Directiva 2004/38/CE [...] La Directiva, al aludir a una unión registrada, se está refiriendo a la unión homosexual, es decir, a aquellas personas que, queriendo contraer matrimonio, no lo pueden hacer porque la legislación de sus países lo impide, aunque tal legislación sí contempla la existencia de una institución paralela, la unión registrada. Así se deduce del propio proceso de elaboración de la Directiva, de la legislación existente en los Estados miembros en ese periodo, y de la propia interpretación sistemática de la norma, que distingue entre las uniones registradas y las parejas estables» («Familiares de ciudadanos de la Unión Europea y registros de parejas de hecho de comunidades autónomas y ayuntamientos», *Revista de derecho migratorio y extranjería* (2012), p. 23).

impedía la posibilidad de inscribirse simultáneamente en dos o más registros¹¹, tal y como precisa la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007¹².

Pese a ello, se observan algunos pronunciamientos jurisprudenciales que dotaron de validez y eficacia la inscripción en un registro de parejas de hecho autonómico y, en consecuencia, concedieron la tarjeta de residencia de familiar comunitario al miembro de una pareja de hecho registrada. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de junio de 2011¹³ consideró cumplido el requisito con la inscripción de la unión estable en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, al entender que dicha decisión no contraviene la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007, así como tampoco impide el tenor literal de la disposición adicional vigésima del Real Decreto 240/2007 otorgar validez a la inscripción en el registro autonómico gallego a estos efectos.

Esta posibilidad se admitió *ex lege* posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de junio de 2010¹⁴ que declaró la nulidad de la exigencia de inscripción en un registro que «impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» por ser contraria al artículo 2.2.b) de la Directiva 2004/38/CE¹⁵. Como señala la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010 con la nulidad del referido inciso los registros autonómicos y/o municipales son válidos a los efectos previstos en el Real Decreto 240/2007, por cumplir los requisitos señalados en el mencionado artículo 2.2.b) en su redacción vigente tras la referida Sentencia¹⁶.

¹¹ Sobre esta cuestión, SOLANS PUYUELO señala que «la jugada sólo puede ser calificada de sucia: al ser los registros de parejas de hecho en España de competencia autonómica, nadie puede cumplir tal requisito, salvo que, junto con el certificado de pareja de hecho de la Comunidad Valenciana, vg, se presentaran catorce certificados negativos del resto de comunidades autónomas. De esa manera se conseguía incumplir de facto la obligación establecida por la Directiva» («Las parejas de hecho entre extranjeros y españoles. ¿Solución definitiva?», *Blog del Consejo General de la abogacía española*, 2015).

¹² Dicha Instrucción sí considera que cumplen con la exigencia de evitar la posibilidad de dos registros simultáneos: 1) el Registro establecido en Alemania con base en la Ley del Partenariado y Convivencia de Parejas del mismo sexo de 2000; 2) El Registro establecido en Francia con base en la Ley 1999-1994, de 13 de diciembre, del Pacto Civil de Solidaridad; 3) El Registro establecido en el Reino Unido con base en la Ley de Partenariado Civil del 2004; 4) así como otros Registros públicos estatales existentes en Chequia, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo y Suecia.

¹³ JUR 2011, 223959.

¹⁴ RJ 2010, 5470.

¹⁵ Así, la referida Sentencia declara que «es cierto que existen diversos sistemas internos europeos de multiplicidad registral más, sin siquiera el loable intento que, sin duda, la expresión reglamentaria conlleva de evitar posibles fraudes de duplicidad, puede servir de apoyo a la restricción que se pretende, ya que la solución frente al fraude debe ser regulado desde otras perspectivas jurídicas».

¹⁶ Pese a lo expresado en la referida Instrucción, las SSTSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-administrativo) 26 mayo 2015 (JUR 2015, 224976) y 2 mayo 2017 (JUR 2017, 220449) consideraron que la inscripción de la pareja de hecho en un registro municipal no era título suficiente para obtener la

Con la declaración de nulidad del inciso «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» por la Sentencia de 1 de junio de 2010 y, de conformidad con la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, toda pareja de hecho inscrita en un Registro público entra en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 y, en consecuencia, puede solicitar la tarjeta de residencia de familiar comunitario.

Esta posibilidad supuso la reforma de la normativa sobre Registros de parejas de hecho en algunas Comunidades Autónomas con el objeto precisamente de evitar las parejas de hecho de complacencia. El caso más significativo es el de La Rioja que reformó el Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de La Rioja para endurecer los requisitos de acceso al registro de parejas de hecho con el fin de evitar las parejas de complacencia. Así puede derivarse de la Exposición de Motivos del Decreto 10/2013, de 15 de marzo, a cuyo tenor

«[...]Desde la publicación de la STS 1 junio 2010 se ha detectado un incremento considerable y generalizado de inscripciones de uniones de hecho que continúan aumentando exponencialmente, sobre todo aquellas formadas por un español y un ciudadano extranjero, principalmente extracomunitario. Por este motivo y teniendo en cuenta que la unión voluntaria y estable de la pareja constituye el pilar fundamental en el que se basa este tipo de relación familiar, se ha considerado oportuno la modificación del actual Decreto con el objeto de garantizar la estabilidad de la unión, añadiendo tanto en lo que respecta a la exigencia de los requisitos a cumplir, como en la forma en la que éstos han de acreditarse en aras a la claridad y mejor comprensión de la norma por los ciudadanos. A estos efectos, se ha considerado claramente insuficiente la mera manifestación de la voluntad de constituir una pareja de hecho por parte de los solicitantes. Los nuevos artículos 2 y 3 exigen la existencia de un periodo mínimo de convivencia que refleje el mencionado carácter estable y duradero de la unión que se pretende inscribir, así como su acreditación. De igual manera resulta imprescindible la correcta identificación de los componentes de la pareja de hecho, tanto si son ciudadanos comunitarios, españoles o no, como si son extracomunitarios, y que acrediten su residencia legal en España»¹⁷.

tarjeta de residencia de familiar comunitario ex art. 2.2.b) RD 240/2007, en tanto y cuanto la inscripción en el Registro de las Uniones Formalizadas de la Comunidad Valenciana es constitutiva de la unión estable de pareja a tenor del art. 3 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre.

¹⁷ A tal efecto, el Decreto 10/2013, de 15 de marzo, incluyó dos requisitos adicionales, por un lado, un período mínimo de dos años de convivencia que reflejase el carácter estable de la relación y, por otro, la acreditación de la residencia legal en España de ambos miembros de la pareja.

En un sentido similar, el artículo 11 de la Orden FAM/1597/2008, de 22 de agosto, por la que se regula el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León, en la redacción dada por la Orden FAM/1036/2010, de 5 de julio, exigía acompañar a la solicitud de inscripción de una pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de Castilla y León «copia del permiso de residencia en vigor en caso de extranjero no comunitario»; de tal modo que, tras la reforma en el año 2010 sólo podían ser pareja de hecho registrada los nacionales españoles o de un Estado miembro de la Unión Europea y los ciudadanos no comunitarios residentes legales en España. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 10 de abril de 2017¹⁸ declara la nulidad de la referida modificación al considerarla no ajustada a Derecho, al afirmar que

«[...]Lo que en realidad se está intentando en la norma es posiblemente evitar el acceso al Registro para evitar que pudiera efectuarse en fraude de ley para obtener una prueba de residencia de ciudadanos extranjeros inexistente, pero al hacerlo así se está instrumentalizando el registro con fines distintos a los que le son propios y estableciendo una regulación restrictiva en una institución, similar a la matrimonial, a través de una norma reglamentaria de un rango jerárquicamente inferior, fuera de los fines que le son propios, que no podrían ser otros que la regulación *ad intra* del Registro que se regula, sin efectos restrictivos de derechos *ad extra*»¹⁹.

¹⁸ JUR 2017, 132448.

¹⁹ En la Comunidad Valenciana, el artículo 2 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas, también estableció un requisito adicional que excluía la posible constitución de una pareja de hecho en la que concurría un miembro extranjero, puesto que la Ley requería que ambos miembros tuvieran vecindad civil valenciana. Sin embargo, el citado precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC 9 junio 2016 (RJ 2016, 110), fundamentada en «[...] la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las uniones de hecho formalizadas, tal y como las denomina la Ley recurrida».

Conforme a la referida Sentencia «el artículo 2, que regula el *ámbito de aplicación* de la Ley haciéndolo depender de la *vecindad civil* de las partes, debe ser igualmente anulado, pues una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al *principio de territorialidad de las competencias* que este Tribunal ha declarado *implícito al propio sistema de autonomías territoriales*» [por todas, STC 80/2012, 18 abril, FJ 7 b)] y que recoge expresamente el art. 7.2 EAV/2006. Conforme a este principio, la aplicación de las normas de la Generalitat debe limitarse a su propio ámbito territorial [art. 7.2 EAV/2006, ya citado, y STC 126/2002, 20 mayo, FJ 9 a)], de suerte que [s]i la actuación de órganos de la Comunidad Autónoma implica ejercicio del poder político sobre situaciones o sujetos situados fuera de su ámbito territorial de competencias, ciertamente ello representará una actuación *ultra vires* (STC 165/1994, 26 mayo, FJ 10). De este principio general de territorialidad se exceptúan las normas civiles, como expresamente dispone el art. 7.2 EAV/2006 antes citado, pues esta clase de normas se aplican según la vecindad civil, que se ostenta *con independencia de donde se resida*, en expresión del art. 3.4 EAV/2006, al que remite el citado art. 2 de la Ley 5/2012, y de conformidad con lo preceptuado al efecto por el Código civil (arts. 14 y ss.). Pero como ya se ha dicho, una vez anuladas las normas civiles de la Ley 5/2012, el resto de las normas de distinta naturaleza de esta Ley que puedan pervivir deben regirse por el mencionado principio de territorialidad (art. 7.2 EAV/2006). En consecuencia, debe anularse también el artículo 2 por este motivo».

A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de junio de 2010 se admitió la reagrupación familiar de las parejas de hecho registradas: la inscripción en un Registro de Parejas de Hecho se alzó como requisito esencial para poder obtener la residencia legal por reagrupación familiar. Sin embargo, esta exigencia de inscripción fue cuestionada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-40/11 Yoshikazu Iida contra Stadt Ulm)²⁰, a cuyo tenor «el concepto de familia contenido en la Directiva 2004/38/CE incluye a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable debidamente probada», sin que resulte necesario su inscripción en un registro público.

De acuerdo con la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el legislador estatal reforma el Real Decreto 240/2007 a través del Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, incluyendo un nuevo artículo para extender el ámbito de aplicación de las parejas de hecho. De conformidad con la reforma, podrá solicitar la tarjeta de familiar comunitario no sólo el miembro de una pareja de hecho inscrita en un registro público (art. 2), sino también el miembro de una pareja de hecho que mantengan una relación estable debidamente probada, a través de la convivencia *marital* continuada de al menos un año o por la existencia de descendencia común (art. 2 bis)²¹.

En conclusión, el cónyuge o miembro extracomunitario de una pareja de hecho registrada o debidamente acreditada (meramente convivencial) tiene derecho a residir legalmente en España por un período superior a tres meses, previa solicitud de la tarjeta de residencia de familiar comunitario en la Oficina de Extranjeros de la provincia o, en su defecto, en la Comisaría de Policía. El ciudadano extracomunitario debe presentar junto a la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar comunitario su pasaporte, la documentación que pruebe su vínculo familiar con el reagrupante y, en su caso, la documentación acreditativa de que vive a cargo del ciudadano comunitario²².

²⁰ JUR 2012, 351105.

²¹ En la solicitud de la residencia por reagrupación familiar debe acreditarse el vínculo familiar a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Así, las parejas de hecho inscritas en un Registro público podrán presentar el certificado del registro para acreditar la existencia de la pareja de hecho y las parejas no registradas podrán acreditar su existencia mediante cualquier prueba admitida en Derecho, como puede ser el certificado de empadronamiento conjunto de la pareja con un año de antigüedad o la certificación de nacimiento del descendiente común.

²² *Vid.* Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2012, el derecho de estos «otros miembros de la familia» nacionales de terceros países es, en todo caso, un derecho derivado del derecho del ciudadano de la Unión y «no un derecho autónomo de los nacionales de terceros países». Ello significa que la tarjeta de residencia de familiar comunitario está condicionada a la vigencia de la del familiar reagrupante: la nulidad del matrimonio, el divorcio o la cancelación de la inscripción como pareja registrada priva al extranjero de la residencia legal, salvo que pueda acreditar la duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España o que se le hubiera otorgado la custodia o establecido un régimen de visitas y comunicación de los hijos comunes por acuerdo o decisión judicial (art. 9 RD 240/2007)²³. A este respecto, cabe poner de manifiesto que, pese a la inclusión en el artículo 2 bis del Real Decreto 240/2007, de la pareja no registrada, no se ha incorporado en el artículo 9 una referencia específica a los supuestos de residencia independiente en caso de ruptura de la pareja conviviente no registrada.

2.2. *Residencia por reagrupación familiar*

Los ciudadanos de un tercer Estado residentes legalmente en España a los que no sea de aplicación el Real Decreto 240/2007, también pueden solicitar la reagrupación familiar para lograr reunirse legalmente en España con los miembros nucleares de su familia, previa solicitud de la autorización de residencia ex artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx).

En primer lugar, el citado precepto considera miembro de la familia por afectividad «al cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho,

²³ Además se contemplan dos supuestos excepcionales que por su gravedad justifican la conservación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario: «haber sido víctima de violencia de género durante la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas; o haber sido sometido a trata de seres humanos por su pareja durante la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado y su familiar la de posible víctima, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas».

y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley»²⁴. A diferencia del régimen europeo de reagrupación familiar, conforme a la normativa general de extranjería para poder solicitar la autorización de residencia por reagrupación familiar se exige convivencia matrimonial efectiva: ello significa que no cabe la reagrupación en casos de cese de la convivencia matrimonial por separación de hecho o legal²⁵.

La redacción originaria del artículo 17 LOEx consideraba únicamente como miembro de la familia por afectividad al cónyuge del reagrupante, sin incluir a la pareja de hecho. Pese a la referida exclusión, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 6 de junio de 2000²⁶ equiparó la unión de hecho al matrimonio a efectos de la posible obtención del visado de residencia por reagrupación familiar, y ello porque

«[...] La distinción entre el cónyuge y el conviviente de hecho tiene justificación en la determinación de su régimen jurídico, dado que el matrimonio desde el punto de vista jurídico-formal no es equiparable a las uniones de hecho, pero no puede considerarse justificada la distinción cuando se trata de atender únicamente a aspectos relacionados con la situación de hecho de convivencia y afecto en la pareja»²⁷.

Esta doctrina jurisprudencial se consagra legislativamente por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre

²⁴ El referido precepto señala además que sólo puede reagruparse a un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. En este caso, no exige la reagrupación del primer cónyuge, sino que parece admitir la reagrupación de uno de los cónyuges, no necesariamente el primero. La norma, asimismo, establece que, en el supuesto de segundas o posteriores nupcias, la reagrupación pasa por acreditar la disolución o nulidad del vínculo matrimonial previo y garantizar el mantenimiento del excónyuge y de los hijos comunes.

²⁵ A este respecto, RODRÍGUEZ MATEOS, JIMÉNEZ BLANCO, y ESPINIELLA MENÉNDEZ ponen de manifiesto lo difícil que ello resulta en tanto y cuanto los cónyuges deben estar separados físicamente al menos un año por las propias exigencias del ejercicio de reagrupación (*Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Pamplona, 2017, p. 299).

²⁶ RJ 2000, 6119.

²⁷ Como pone de manifiesto CEINOS SUÁREZ «una de las críticas que se hacía al régimen de reagrupación familiar antes de la reforma llevada a cabo en 2009 era que el art. 17 LOEx no mencionaba entre los sujetos reagrupables a la pareja de hecho, de modo que el extranjero residente en España que tuviera hijos con su pareja podía solicitar la reagrupación de sus hijos, pero en cambio, no podía reagrupar al otro progenitor porque no había matrimonio». Conforme a ello, cita los argumentos favorables a su inclusión: «en primer lugar, se hacía referencia al concepto material de familia que emplea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, en segundo lugar, se ponía de relieve que la exclusión suponía una diferencia de trato que no tenía justificación respecto a los extranjeros a los que se les concedía el asilo, quiénes sí podían reagrupar al cónyuge o persona con la que mantuvieran una relación de afectividad y convivencia. Además de la Directiva 2003/86/CE, sobre reagrupación familiar, que permite a los Estados miembros la posibilidad de que, por vía legislativa o reglamentaria, se autorice la reagrupación de la pareja no casada» («Comentario al artículo 17 de la Ley Orgánica de Extranjería», *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*, Madrid, 2012, pp. 288-289).

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social al incluir expresamente como miembro nuclear de la familia del reagrupante a la pareja con la que mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal²⁸. Así, el artículo 17.4 LOEx declara que

«[...] La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España».

La definición contenida en el artículo 17.4 LOEx de pareja que mantenga una relación que *esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España* plantea el interrogante de qué parejas pueden solicitar la reagrupación familiar: únicamente las parejas de hecho inscritas en un Registro público como se recogía en el Real Decreto 240/2007 o, cualquier pareja de hecho, tanto registrada como meramente convivencial. Esta defectuosa definición parece solucionarse en el artículo 53 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante RLOEx), a cuyo tenor tienen la consideración de pareja de hecho a efectos de la reagrupación familiar, tanto las parejas inscritas en un registro público, siempre que no exista cancelación²⁹, como las parejas no registradas que prueben a través de

²⁸ En el Preámbulo de la LO 2/2009, de 11 de diciembre se declara que «la nueva regulación que se da al derecho de reagrupación familiar; el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear; la novedad en este caso es que, dentro de esta categoría de familiares, se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal».

A este respecto, DIAGO DIAGO celebra la inclusión al declarar que «esta ampliación debe ser valorada de manera positiva, dado el reconocimiento a nivel social y jurídico que estas uniones tienen y su correspondiente equiparación a las uniones matrimoniales, no sólo en nuestro ordenamiento, sino en los del resto de los países de la Unión Europea. No se debe olvidar, además, que es un modelo que vertebró a las familias en muchos de los países de origen de los inmigrantes, siendo especialmente significativos los países Iberoamericanos. Conviene recordar, además, que el artículo 39 de nuestra Constitución protege a la familia y, por ende, a la familia no matrimonial» («La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la “pareja de hecho” en la enésima modificación de la Ley 4/2000», *Revista de derecho migratorio y extranjería* (2011), p. 14).

²⁹ La Instrucción DGI/SGRJ/08/2009 sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de reagrupación familiar, señala que la existencia de la relación de afectividad análoga a la conyugal habrá de acreditarse mediante certificación expedida por el órgano encargado del Registro de parejas correspondientes, que habrá de ser en todo caso un Registro Público establecido a dichos efectos. Además, se concreta que la certificación registral, deberá haber

cualquier medio de prueba admitido en Derecho la existencia de un relación de afectividad análoga a la conyugal iniciada con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España³⁰.

Consecuentemente, el extranjero residente legal en España tiene derecho a reagrupar con él a su cónyuge (no separado de hecho o legalmente) o a su pareja de hecho registrada en un Registro público o debidamente acreditada. Claro está que las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí: en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge o pareja de hecho, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

A diferencia de la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar comunitario, el procedimiento para la concesión de la residencia legal por reagrupación familiar exige una doble actuación: primero, por el ciudadano reagrupante en España, y luego por el miembro de la familia en su Estado de origen. Así, el ciudadano reagrupante debe solicitar la autorización de residencia ante la (sub)Delegación del Gobierno. En la solicitud de autorización el reagrupante debe acreditar que ha obtenido la renovación de la residencia inicial y que ha residido en España al menos durante un año, además de tener una vivienda adecuada y medios económicos suficientes para él y para los miembros de su familia, incluida la cobertura de asistencia sanitaria. Autorizada la solicitud de reagrupación, el cónyuge o miembro de la pareja acompañante debe solicitar el visado en el plazo de dos meses a la autoridad diplomática o consular en su Estado de origen. Ello determina que para poder beneficiarse del derecho a la reagrupación familiar se exige una previa separación entre los cónyuges o miembros de la pareja que más tarde pretenden reagruparse³¹.

Al igual que en el régimen comunitario, el familiar reagrupado tiene una situación de residencia vinculada a la de su cónyuge o pareja estable y sólo podrá obtener una autorización independiente en caso de separación de derecho, divorcio o ruptura de la pareja estable siempre que acredite una convivencia de dos años en España o, en su

sido expedida con una antelación mínima de tres meses a la fecha de presentación de la solicitud de residencia por reagrupación familiar.

³⁰ No obstante, la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) 7 junio 2017 (JUR 2018, 76013) afirma que «la presencia de estas circunstancias determina *per se* la existencia del vínculo duradero exigido, pero ello no impide que pueda apreciarse un vínculo de tal naturaleza con sustento en cualesquiera otras circunstancias diferentes a estas».

³¹ Desde el momento en que se obtiene el visado, el familiar reagrupado deberá entrar en territorio español en el plazo de noventa días. Tras la entrada en España el reagrupado dispondrá del plazo de un mes para solicitar personalmente, ante la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía correspondiente, su Tarjeta de Identidad de Extranjero, que será expedida por el mismo plazo de validez de la autorización de que esté disfrutando el reagrupante en el momento de la entrada en España del reagrupado.

caso, cuando cumpla los requisitos respectivos para obtener una autorización de residencia temporal no lucrativa o de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia (art. 59 RLOEx).

3. MECANISMOS DE CONTROL PREVENTIVOS FRENTE A LAS UNIONES DE COMPLACENCIA

El matrimonio o la pareja de hecho faculta al ciudadano extracomunitario a entrar y a residir legalmente en España. Por ello, en no pocas ocasiones el matrimonio o la pareja de hecho se utilizan como un medio al servicio de unos fines distintos a los característicos e inherentes a dicha institución: la obtención de la residencia legal en España, la adquisición de la nacionalidad española por la residencia legal, continuada y pacífica de un año desde la celebración del matrimonio (frente a la residencia de diez años requerida como regla general *ex artículo 21 CC*)³² e, indirectamente, la obtención de la ciudadanía europea que faculta al reagrupante y a sus familiares a residir y circular libremente por todo el territorio de la Unión Europea.

Para evitar esta práctica fraudulenta, la Directiva 2004/38/CE establece que los Estados miembros de la Unión Europea «deben poder adoptar las medidas necesarias para protegerse contra el abuso de derecho o el fraude de ley, particularmente de los matrimonios de conveniencia o cualquier otra relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia» (considerando 28), así como la obligación de disponer «las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia» (considerando 35).

³² Ciertamente que el miembro extracomunitario de una pareja de hecho no puede adquirir la nacionalidad española por residencia pacífica, legal y continuada de un año, a tenor del artículo 22.2 CC. Esta posibilidad se limita a la institución del matrimonio, bien al cónyuge no separado de hecho o legamente, bien al cónyuge viudo si a la muerte de su cónyuge (nacional español) no existiera separación legal o, de hecho. Así lo declara la SAN 1 marzo 2012 (JUR 2012, 93542), a cuyo tenor «es evidente que el art. 22 del CC únicamente contempla la situación matrimonial establecida y constante al menos durante un año antes de la solicitud de nacionalidad para aplicar el plazo reducido de residencia legal inmediatamente anterior». En contra de esta opinión, GARCÍA HERRERA admite la aplicación de la residencia de un año también al conviviente extranjero de una pareja de hecho, pues entiende que «la *ratio* del art. 22.2 CC es beneficiar al extranjero unido a español o española por un vínculo estable, ya sea conyugal o de análoga afectividad [...] Si bien, para que exista tal identidad de razón del conviviente de hecho al cónyuge, será preciso que aquél acredite la *estabilidad* de su vínculo, lo cual será posible mediante simple presentación de documento que pruebe su inscripción en un Registro público o su formalización en escritura pública» (*Los matrimonios de conveniencia*, Madrid, 2016, p. 105).

No obstante, el miembro de la pareja de hecho podrá solicitar la tarjeta de residencia permanente cuando hubiesen transcurrido cinco años desde la obtención de la tarjeta de residencia legal en España; e, incluso, solicitar la nacionalidad española por residencia legal, pacífica y continuada durante dos años si fuera nacional de origen de un país iberoamericano, de Filipinas o de Guinea Ecuatorial; de cinco años si ha obtenido la condición de refugiado o; de diez años en los demás supuestos.

Con carácter general las medidas adoptadas en nuestro ordenamiento para protegerse contra el abuso de derecho o el fraude de las normas de extranjería se limitan a los matrimonios de complacencia, siendo un fenómeno extraño al legislador las denominadas parejas de hecho de complacencia. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado lleva años luchando contra los matrimonios de complacencia: a tal efecto, destacan la Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas para tramitar el expediente previo matrimonial cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero y la Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia. Esta última Instrucción remarca que el consentimiento matrimonial es el elemento esencial del matrimonio, por lo que

«...Cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del matrimonio, el consentimiento matrimonial declarado es simulado y el matrimonio es nulo por falta de consentimiento matrimonial»³³.

También la Fiscalía General del Estado aborda este problema en su Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contenciosos-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería. En el orden civil, la referida Circular insta a los Fiscales a adoptar los medios necesarios para impedir la celebración de matrimonios de complacencia o, en su caso, a impugnar judicialmente los matrimonios ya celebrados a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo.

El problema de la celebración de los matrimonios de complacencia no es un fenómeno aislado que tenga lugar sólo en nuestro país, sino una preocupación común en todos los países de la Unión Europea, algo lógico dado que la obtención del permiso de residencia en un país comunitario (o, en su caso, la nacionalidad de ese país) habilita al

³³ Para un comentario sobre la Instrucción transcrita, cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., «Matrimonios de complacencia», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3 (2006), pp. 2167-2169; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2007), pp. 1472-1488; PÉREZ VALLEJO, Ana María, «Matrimonios de complacencia (A propósito de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. II, Valencia, 2008, pp. 871-880 y; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2006), pp. 1547-1559.

beneficiario para trasladarse y moverse libremente por los restantes veintiséis Estados miembros. En la Unión Europea esta preocupación queda plasmada en la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, que define como fraudulento

«[...] El matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer Estado que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro»³⁴.

La proliferación de los matrimonios de complacencia en los últimos años ha llevado a la Comisión Europea a aprobar el Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la Unión Europea, de 26 de septiembre de 2014 - jurídicamente no vinculante- con el fin de

«Ayudar a las autoridades nacionales a abordar eficazmente los casos concretos de abuso en forma de matrimonios de conveniencia sin comprometer el objetivo fundamental de garantizar y facilitar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias que utiliza de buena fe la legislación de la Unión Europea»³⁵.

Como ha quedado plasmado, los instrumentos jurídicos para la lucha contra las uniones de complacencia parecen circunscribirse a la institución del matrimonio, evitar que se celebren matrimonios simulados a través de diversos mecanismos de control *a priori* (tendientes a evitar la celebración de un matrimonio simulado) o, en su caso, sancionar

³⁴ La Resolución transcrita enumera ciertos factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento: el no mantenimiento de una vida en común; la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; o, en su caso, el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

³⁵ Para ello recoge ejemplos concretos de indicios de posibles abusos, diferenciándolos en las distintas fases inherentes al *ciclo de vida* de los matrimonios de conveniencia. Así a modo de ejemplo, el Manual señala que «durante la fase previa al matrimonio en comparación con las parejas auténticas, los defraudadores tienen más probabilidades de no haberse conocido personalmente antes del matrimonio; no hablar una lengua común que ambos comprenden (y no se aprecian signos de que estén haciendo esfuerzos para establecer una base común para la comunicación); o que cuando la pareja ha obtenido documentos de entrada o residencia y reside en el Estado de acogida: los defraudadores tienen más probabilidades de: no mantener la convivencia matrimonial o seguir viviendo separados tras el matrimonio sin una razón plausible (por ejemplo, trabajo, hijos de relaciones anteriores o residir en el extranjero); estar en una situación en que uno de los cónyuges conviva con otra persona».

a los contrayentes que han celebrado un matrimonio de complacencia a través de mecanismos de control *a posteriori* (sanciones en los órdenes civil, administrativo y penal). Estos medios de control preventivos o represivos, sin embargo, parece que no pueden aplicarse para evitar o sancionar a los miembros de una pareja de hecho formalizada con la única finalidad de lograr que el ciudadano extracomunitario obtenga la residencia legal en nuestro país.

3.1. *Mecanismos de control preventivos*

La lucha contra los matrimonios de complacencia puede tener un carácter preventivo (*a priori*) dirigido a evitar e impedir la celebración (o, en su caso, la inscripción en el Registro Civil) de un matrimonio de complacencia. Este control preventivo consiste especialmente en la negativa del encargado del Registro Civil a la celebración del matrimonio mediante una resolución desfavorable del expediente previo matrimonial. Como así puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995,

«[...]Son cada vez más frecuentes los casos en los que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros. Aunque la competencia de este centro directivo no alcanza a la materia relacionada con la extranjería, sí que le corresponde dictar instrucciones sobre el Registro Civil (arts. 9 LRC y 41 RRC) y, concretamente, sobre la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio, que plantea algunas dificultades prácticas en tales casos y en el que han de extremarse las garantías, formales y materiales, para que el encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación [...] Es indudable que, *a priori* y en la medida de lo posible, es conveniente adoptar las cautelas oportunas para evitar la celebración de matrimonios nulos que, entre tanto no se pronuncie la nulidad, disfrutarán de las ventajas derivadas de la apariencia matrimonial».

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006 reitera el importante papel que juega el encargado del Registro Civil en la lucha contra los matrimonios de complacencia, resaltando la relevancia que tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente en el expediente previo a la celebración del matrimonio, a través de un interrogatorio

completo, como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento, así como para comprobar el verdadero propósito de los comparecientes³⁶. Esta Instrucción facilita al encargado del Registro Civil cuándo debe deducir que el matrimonio que se pretende celebrar es un matrimonio simulado, al establecer que

«[...] Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro y la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes»³⁷.

Como se puede observar, el Centro Directivo insta a los encargados del Registro Civil a realizar un control preventivo no sólo de la capacidad nupcial de los contrayentes, comprobando que no concurre ninguna causa de impedimento para contraer matrimonio (arts. 46 y 47 CC), sino también del consentimiento matrimonial³⁸. Facultad

³⁶ En contra se manifiesta FÁBREGA RUIZ: «la regulación del trámite de audiencia reservada, tal como la configura la legislación del Registro Civil, se refiere a la comprobación por el encargado del Registro Civil de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. Examinar las intenciones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio choca de frente con la presunción general de buena fe y con el derecho fundamental a contraer matrimonio» («Los matrimonios de conveniencia como forma de inmigración fraudulenta. Mecanismos de control», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012, p. 1190).

³⁷ Asimismo, el Manual elaborado por la Comisión Europea para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la Unión Europea, de 26 de septiembre de 2014, recoge ejemplos concretos de indicios de posibles abusos, distinguiendo las distintas fases de los matrimonios. Así, declara que «antes de que los futuros cónyuges se conozcan: en comparación con los nacionales de terceros países de buena fe, los posibles defraudadores tienen más probabilidades de: haber emigrado previamente de manera irregular o residir irregularmente en un país de la UE; tener un historial de matrimonios de conveniencia anteriores o de otras formas de abuso o fraude; en comparación con los ciudadanos de la UE de buena fe, los defraudadores tienen más probabilidades de estar en una mala situación financiera. Durante la fase previa al matrimonio: en comparación con las parejas auténticas, los defraudadores tienen más probabilidades de: no haberse conocido personalmente antes del matrimonio; no hablar una lengua común que ambos comprenden (y no se aprecian signos de que estén haciendo esfuerzos para establecer una base común para la comunicación). Cuando los futuros cónyuges están preparándose para la ceremonia de matrimonio: los defraudadores tienen más probabilidades de utilizar un lugar conocido por ser propicio al abuso o con posibles conexiones con la delincuencia organizada; entregar una cantidad de dinero o regalos para que el matrimonio se celebre; presentar discrepancias en la documentación entregada o aportar una falsa dirección».

³⁸ La facultad conferida a los encargados del Registro Civil de control de la existencia de verdadero consentimiento matrimonial ha motivado la crítica por un importante sector doctrinal. Así, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, consideran que «examinar las pretensiones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio colisiona inevitablemente con la presunción general de buena fe y con el *ius connubii*» (*op. cit.*, p. 131). En un sentido similar, cfr. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, «La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN», *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 291-292). En cambio, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS defiende la actuación del encargado del Registro Civil para evitar la celebración de los matrimonios de complacencia (cfr. *La celebración y el*

que, también parece reconocerse en la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, al declarar que la referida Resolución «no menoscaba la facultad de los Estados miembros para comprobar en su caso, antes de celebrarse un matrimonio, si se trata de un matrimonio fraudulento».

El trámite de audiencia de los contrayentes previo y por separado permite deducir si existe verdadero consentimiento matrimonial. De tal modo que, si el encargado del Registro Civil a través del trámite de audiencia llega a la convicción de que existe simulación no debería autorizar dicho matrimonio, puesto que de celebrarse sería nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (ex arts. 45 y 73 CC)³⁹.

Tal fue el supuesto resuelto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 1997⁴⁰, a cuyo tenor

«[...] En el expediente previo al matrimonio puede llegar a apreciarse la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para el enlace, siendo de especial importancia para deducir la simulación el resultado del interrogatorio que el encargado, asistido del secretario, realice a cada contrayente dentro del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado. En el caso presente, de las primeras declaraciones de la contrayente ante el cónsul encargado dentro del trámite de dicha audiencia resulta que ella desconoce la edad de él; que se comunican a través de tercera persona, pues no poseen un idioma común, y que sus relaciones se inician a raíz de un único viaje de él a Marruecos en la Navidad de 1995. De

reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español, Pamplona, 2001, pp. 37-47).

³⁹ Como señala la Instrucción DGRN 31 enero 2006 «es necesario que el encargado del Registro Civil alcance una “certeza moral plena” de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción. En efecto, si bien no puede exigirse que el encargado adquiera una conciencia de “verdad material absoluta” o “evidencia total” –imposible en el ámbito de las presunciones, ya que con ellas el Juez, en este caso el encargado del Registro, no tiene un conocimiento directo ni indirecto del objeto de la prueba (hecho presunto), sino que deduce ese conocimiento de la prueba de otro hecho distinto (hecho base o indicio) con él unido de forma precisa y directa, “según las reglas del criterio humano que no son otras que las del raciocinio lógico” (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1986)–, sí es necesario que el encargado del Registro alcance un convencimiento o convicción plena en el sentido de concluir la valoración del conjunto de la prueba y de las audiencias practicadas (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1986) con un juicio conclusivo de probabilidad cualificada en grado de “certeza moral plena” sobre la veracidad del hecho de haber mediado un consentimiento simulado, descartando los casos de mera verosimilitud y los de duda o simple probabilidad. Y todo ello con arreglo a los criterios de la sana crítica, esto es, con arreglo a criterios valorativos racionales y a las máximas de experiencia común. Por ello, si la convicción de la simulación no es plena, el matrimonio deberá autorizarse o, en su caso, inscribirse».

⁴⁰ RJ 1997, 9199.

estos hechos comprobados es lícito deducir según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC) que el matrimonio es nulo por simulación»⁴¹.

No obstante, este trámite previo no erradica todos los posibles matrimonios de complacencia, especialmente en aquellos supuestos en que no resulta necesario tramitar el previo expediente matrimonial, caso por ejemplo de los matrimonios celebrados en el extranjero conforme a la *lex loci*. Pese a ello, el control de legalidad puede realizarse posteriormente cuando los contrayentes solicitan la inscripción del certificado de matrimonio en el Registro Civil, conforme al artículo 256 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante RRC).

Así, en el caso de que el encargado del Registro Civil tenga dudas de la legalidad del matrimonio conforme a la ley española, podrá requerir el certificado de matrimonio expedido por la autoridad o funcionario del país de celebración y, además las declaraciones complementarias necesarias para comprobar la existencia de verdadero consentimiento matrimonial en ambos contrayentes: siempre que ello sea posible, los cónyuges habrán de ser entrevistados por separado y privadamente, a fin de que el encargado del Registro Civil (municipal o consular) pueda comprobar si el matrimonio se celebró o no en fraude de ley.

Si el encargado del Registro Civil deduce de las declaraciones complementarias la falta de consentimiento matrimonial, podrá denegar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil ex artículo 256 RRC (RDGRN 23 marzo 1996⁴²)⁴³. En la Resolución de 27 de

⁴¹ La DGRN ha denegado la autorización de matrimonio por ausencia de consentimiento matrimonial en diversas resoluciones por diversos motivos: 1) basadas en el desconocimiento de los contrayentes de datos personales esenciales del otro [RRDGRN 3 marzo 2011 (JUR 2012, 92745), 10 octubre 2012 (JUR 2013, 322256), 20 mayo 2014 (JUR 2015, 133466), 3 julio 2015 (JUR 2016, 41927), 11 septiembre 2015 (JUR 2016, 50163), 22 enero 2016 (JUR 2016, 217843), 6 mayo 2016 (JUR 2017, 313493)]; 2) por la inexistencia de previa convivencia entre los contrayentes [RRDGRN 3 marzo 2011 (JUR 2012, 92743), 11 septiembre 2015 (JUR 2016, 50338)]; 3) así como en la imposibilidad de comunicación por no hablar el mismo idioma [RRDGRN 23 agosto 2012 (JUR 2013, 92689), 9 mayo 2013 (JUR 2013, 330006), 31 julio 2015 (JUR 2016, 41932), 20 noviembre 2015 (JUR 2016, 116163) y, 10 septiembre 2018 (JUR 2019, 343963), entre otras].

⁴² RJ 1996, 4254.

⁴³ La RDGRN 16 mayo 2005 (RJ 2005, 7279), también afirma que «no sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256 RRC), es deber del encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial

septiembre de 2018⁴⁴, la Dirección General de los Registros y del Notariado haciendo uso de la facultad referida compartió la decisión del encargado del Registro Civil de denegar la inscripción de un matrimonio celebrado en la República Dominicana entre un ciudadano español (de origen peruano) y una ciudadana dominicana, al deducir del trámite de audiencia reservada practicado a los contrayentes que el matrimonio celebrado no perseguía los fines propios de esta institución⁴⁵.

La denegación del encargado del Registro Civil de inscribir el matrimonio en el Registro Civil no conlleva la nulidad del matrimonio, pues éste sólo será nulo si se declara su nulidad por sentencia judicial firme. Ello significa que un matrimonio celebrado en el extranjero, cuya inscripción en el Registro Civil ha sido denegada por entender el encargado que el matrimonio se celebró en fraude de las normas de extranjería y nacionalidad seguirá produciendo efectos en tanto y cuanto no se impugne judicialmente su validez (art. 73 CC): hasta el punto de que el cónyuge extranjero no separado legalmente o de hecho podrá solicitar la nacionalidad española, transcurrido un año desde la celebración del matrimonio [art. 22.2.d) CC]⁴⁶.

para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial». En este mismo sentido, cfr. RDGRN 17 febrero 2014 (JUR 2014, 216982).

⁴⁴ JUR 2019, 344057.

⁴⁵ Así expone que los contrayentes «se conocieron por internet y en marzo de 2016 el interesado viajó a la isla para conocerla, luego volvió en mayo del mismo año y en febrero de 2017 se casaron. No coinciden en el número de días que el interesado ha estado en la isla, ella dice que él tiene dos hermanos cuando tiene cinco. Por otro lado, el interesado es 29 años mayor que la interesada».

⁴⁶ El cómputo de un año para la adquisición de la nacionalidad española se computa desde la celebración del matrimonio, al margen de su constancia registral. Esta controversia se plantea en el asunto litigioso resuelto por la SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) 28 septiembre 2016 (JUR 2016, 223346): el matrimonio se celebró el 11 de diciembre de 1982 (sin inscripción en el Registro Civil hasta el 26 de agosto de 2015) y la cónyuge solicita la nacionalidad española el 8 de septiembre de 2010. La solicitud fue denegada porque «al tiempo de la solicitud, la interesada no cumple el tiempo de 10 años de residencia legal en España, pues la primera autorización de residencia se concedió el 18 de enero de 2005, añadiéndose en la Resolución desestimatoria del recurso de reposición que no es aplicable el plazo privilegiado de 1 año, ya que el matrimonio se celebró en el extranjero y no figura inscrito en el Registro civil, por lo que no está homologado ni reconocida su validez en España». Esta es la postura de la Abogada del Estado en el procedimiento al considerar que «no había transcurrido el plazo de residencia legal por tiempo de 10 años, exigido con carácter general, sin que sea aplicable el plazo abreviado de un año a no constar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil». En contra de esta opinión, la Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo presentado por la solicitante de la nacionalidad española por residencia de un año ya que el matrimonio se había celebrado el 11 de diciembre de 1982, aunque se había inscrito el 26 de agosto de 2015 pues debe atenderse al momento de la celebración del matrimonio.

Frente al control preventivo en la tramitación del expediente previo matrimonial, en el ámbito de las uniones estables de pareja no se regula un control similar cuya finalidad sea evitar la constitución de una pareja de hecho de complacencia. La ausencia de un control preventivo de las parejas de hecho reduce al mínimo el riesgo en la detección del fraude de ley y, por ello, aconseja su práctica: mismos beneficios que el matrimonio en el marco del Derecho de extranjería, pero ningún control que evite su constitución.

Máxime cuando parece especialmente complicado poder regular un control preventivo de las parejas de hecho con elemento extranjero: en primer lugar, porque este control preventivo de poder aplicarse quedaría limitado a las parejas de hecho registradas en un Registro de Parejas de Hecho y, como ha quedado expuesto anteriormente, las uniones estables meramente convivenciales (no registradas) también son un mecanismo hábil para la obtención de la tarjeta de residencia por reagrupación familiar, tanto en el régimen europeo como en el régimen general.

A ello debe añadirse además la dificultad de establecer un trámite similar al expediente previo matrimonial en el ámbito de los Registro de Parejas de Hecho para la formalización de una pareja de hecho: el encargado del Registro de Parejas de Hecho una vez realizada la solicitud de inscripción puede comprobar que ninguno de los miembros de la pareja incurre en alguna prohibición para constituir una unión de hecho conforme a la normativa aplicable en cada caso, pero no puede entrar a analizar si existe verdadero consentimiento de formar una relación de afectividad análoga a la conyugal, puesto que no se exige un específico consentimiento *matrimonial* similar al requerido para el matrimonio en el artículo 45 del Código Civil⁴⁷. Es más, aun cuando se recogiera en una norma autonómica el requisito del consentimiento *marital*, tampoco debería poder admitirse un control preventivo del encargado del Registro de Parejas de Hecho autonómico si atendemos a la competencia exclusiva del Estado en ordenación de registros públicos, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución Española⁴⁸.

⁴⁷ En este sentido, no obstante GARCÍA HERRERA demanda reformas legislativas para luchar contra las uniones simuladas, destacando la necesidad de «evitar el uso de la convivencia de hecho como instrumento de elusión del control administrativo establecido para el supuesto matrimonio, mediante la introducción de mecanismos de control de la realidad de la *pareja de hecho* con elemento extranjero en los Registros públicos, estableciendo la necesidad de superar un expediente previo similar al desarrollado en caso de matrimonio con elemento extranjero [...] orientado a la acreditación de la existencia y realidad de dichas uniones» (*Los matrimonios de conveniencia...*, *op. cit.*, p. 116).

⁴⁸ En todo caso téngase presente que los Registros de Parejas de Hecho son registros administrativos. La inscripción en un registro no modifica el estado civil de los miembros de la pareja inscrita.

3.2. Mecanismos de control represivos

La posible celebración de matrimonios de complacencia habiéndose tramitado previamente el expediente matrimonial o habiéndose celebrado sin el requerimiento de este trámite, por ejemplo, por aplicación de la *lex loci* (con o sin solicitud de inscripción del certificado de matrimonio en el Registro Civil), exige establecer controles *a posteriori* para evitar que los contrayentes se beneficien de las ventajas de la institución del matrimonio. La lucha contra los matrimonios de complacencia no puede quedar limitada a evitar su celebración, sino que debe extenderse para poder impugnar los matrimonios que lograron celebrarse en fraude de ley: la lucha contra los matrimonios de complacencia obliga a establecer controles represivos cuando los mecanismos previos de control no han evitado la celebración de un matrimonio en fraude de ley.

El Centro Directivo consciente de la dificultad del encargado del Registro Civil de en muchos casos deducir el fraude a la normativa sobre nacionalidad o extranjería a través de los controles preventivos, pone de manifiesto en su Resolución de 9 de octubre de 1993⁴⁹ la importancia de los controles posteriores; así

«[...] Ante la lacra de los matrimonios de conveniencia la solución ha de encontrarse, no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de modo intolerable un derecho fundamental de las personas, sino en medidas represivas adoptadas *a posteriori*, como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y, sobre todo, en medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente los beneficios fraudulentos que acaso persiga».

Las medidas a que hace referencia la Resolución transcrita se articulan en dos importantes controles represivos frente al matrimonio celebrado en fraude de Ley: un control en el ámbito civil dirigido a impugnar la validez del matrimonio celebrado con ausencia de verdadero consentimiento matrimonial y un control en la vía administrativa tendente a evitar que el matrimonio simulado faculte al ciudadano extranjero a obtener la tarjeta de residencia legal en España y, en su caso, la adquisición de la nacionalidad española por la residencia de un año *ex* artículo 22.2.d) del Código Civil.

3.2.1. Nulidad civil de las uniones de complacencia

⁴⁹ RJ 1993, 7969.

Según dispone la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, los matrimonios de complacencia

«No son *verdaderos matrimonios*, sino negocios jurídicos simulados o *matrimonios meramente aparentes*, pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de extranjería y de la nacionalidad».

De conformidad con el artículo 73.1º del Código civil los matrimonios de complacencia son nulos de pleno derecho por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial: ello significa que el matrimonio de conveniencia es un ilícito civil. Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 6 de abril de 2017⁵⁰, a cuyo tenor

«[...] La nulidad del matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial, apareciendo la situación de inexistencia como concreción de la misma, sin efecto diferencial alguno, en el artículo 45 del Código civil al proclamar que *no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*, especificándose en el artículo 73.1 en absoluta equiparación que *es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*»⁵¹.

La celebración de un matrimonio simulado produce todos sus efectos mientras no se impugne judicialmente, por aplicación del artículo 73.1 del Código civil. A tal efecto, la Circular 1/2002, de 19 de febrero sobre aspectos civiles, penales y contenciosos-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería insta a los fiscales

⁵⁰ RJ 2017, 2248.

⁵¹ La ausencia de consentimiento matrimonial determina la nulidad del matrimonio tal y como aconteció en el asunto resuelto por la SAP Guadalajara (Sección 1ª) 8 febrero 2013 (AC 2013, 908) que declara la nulidad del matrimonio por carecer del consentimiento acorde y exigible con el negocio jurídico celebrado: «la ausencia del consentimiento matrimonial se pone de manifiesto por el propio desarrollo de lo sucedido. Efectivamente, admitiendo lo aducido por el acto y ahora apelante, que por razones administrativas del país donde se celebra el matrimonio y por la nacionalidad de la contrayente no viajasen a España juntos, lo cierto es que son siete días los que han permanecido juntos los litigantes, pues la demandada llega a España el día 6 de junio de 2008 y regresa a su país el día 13 del mismo mes y año, no sin antes hacer constar en escritura pública que su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. Objetivamente dicho comportamiento no responde a las reglas no ya del criterio humano ni a lo que es propio, exigible y de esperar del matrimonio contraído por los litigantes; de ello se desprende que la finalidad de la demandada no era la de establecer una relación matrimonial con el actor».

En parecidos términos, cfr. entre otras la SAP Málaga (Sección 6ª) 30 mayo 2007 (AC 2007, 2191); SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 21 diciembre 2009 (JUR 2010, 138216); SAP Lleida (Sección 2ª) 3 julio 2012 (JUR 2012, 291049); SAP Sevilla (Sección 2ª) 12 septiembre 2013 (AC 2013, 2390); SAP Guipúzcoa (Sección 3ª) 30 marzo 2016 (AC 2016, 1041) y; SAP Murcia (Sección 4ª) 16 noviembre 2017 (JUR 2018, 28474).

a ejercitar la acción de nulidad de un matrimonio cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio de complacencia⁵².

La sanción principal que cabe imponer a un matrimonio de complacencia es, pues, la nulidad de dicho matrimonio. La apreciación del carácter simulado del matrimonio determinará la privación de la nacionalidad española que haya podido adquirirse por motivo de dicho matrimonio, pues de acuerdo con el artículo 25.2 del Código civil «la sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición» o la revocación y, como la nulidad determina la reposición al estado anterior de todo lo derivado del matrimonio, el extranjero no residente legal en España antes de la celebración del matrimonio se encontrará en situación irregular en nuestro país⁵³. Asimismo, si el carácter fraudulento del matrimonio se aprecia con posterioridad a su inscripción, el encargado del Registro Civil procederá a la cancelación de los asientos en que se haya practicado (art. 41 LRC).

Sin embargo, el control *a posteriori* de impugnación de la validez de un matrimonio de complacencia no puede aplicarse a las parejas de hecho: por un lado, porque según doctrina jurisprudencial consolidada la ausencia de una regulación de las parejas de hecho impide dotarles de los efectos civiles reconocidos al matrimonio. Así se recoge en la Sentencia plenaria (Sala 1ª) de 12 de septiembre de 2005, a cuyo tenor

«[...] La diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia *more uxorio*, explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la

⁵² En este sentido, la STS 6 abril 2017 (RJ 2017, 2248) declara que «la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, sólo contemplaba actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados en el ámbito civil, en forma preventiva y si ya se hubiese inscrito el matrimonio, a través del ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción civil; y si la actuación de quienes conciertan estos matrimonios pudiera ser tipificada en ciertos casos como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal (en alusión a la redacción en esa fecha del art. 318 bis), lo procedente indica la Circular, será, una vez haya sido declarada la nulidad del matrimonio por simulación, solicitar la deducción del correspondiente testimonio del procedimiento civil y su remisión al Juzgado de Instrucción competente, al efecto de incoar las oportunas diligencias penales».

⁵³ Así, CABEZUELO ARENAS sostiene que «naturalmente de la declaración de nulidad del matrimonio se derivará la pérdida de la nacionalidad española [...] al existir fraude en el momento inicial, será de aplicación lo dispuesto en el art. 25 CC y una vez declarada la nulidad por sentencia judicial, habremos de entender que ésta tendrá efectos retroactivos respecto a la nacionalidad que se obtuvo con fundamento en el matrimonio nulo» («El matrimonio de complacencia», *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, 2009, pp. 127-128).

aplicación por *analogía legis* de las normas propias del matrimonio [...] De ahí que la falta de igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho conlleva que los convivientes no gocen de régimen económico matrimonial»⁵⁴.

Por otro lado, aun admitiéndose la posibilidad de impugnar la validez de una pareja de hecho en vía civil, no podría fundamentarse en la falta de consentimiento *marital*, puesto que el consentimiento no constituye un elemento esencial de constitución de una pareja de hecho. Ello significa que no puede impugnarse la validez de una pareja de hecho, aun existiendo datos objetivos que permitieran deducir que se trata de una unión de hecho de complacencia.

3.2.2. Denegación de la tarjeta de residencia por reagrupación familiar

El matrimonio de complacencia que no ha sido impugnado en vía civil faculta al ciudadano extracomunitario a solicitar la tarjeta de residencia por reagrupación familiar (y, en su caso, a solicitar la nacionalidad española). Sin embargo y, pese a no haber sido declarado nulo el matrimonio en el orden civil, el órgano administrativo competente para resolver la solicitud de residencia por reagrupación familiar puede denegar dicha solicitud si considera que existen indicios suficientes para considerar que el matrimonio se celebró en fraude de las normas de extranjería y de nacionalidad.

Teniendo en cuenta que existen dos regímenes distintos de residencia de los miembros de la familia por reagrupación familiar, deben distinguirse dos procedimientos diferenciados: por un lado, el control administrativo en la tramitación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario y; por otro, el doble control administrativo más estricto en la tramitación de la tarjeta de residencia por reagrupación familiar *ex* normativa general de extranjería. Es doctrina jurisprudencial que la posibilidad de reagrupación debe ser aplicada con criterios menos restrictivos cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión Europea que cuando se trata simplemente de un residente legal nacional de un tercer país, pues a aquel no le es de aplicación la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁵⁵.

⁵⁴ RJ 2005, 7148.

⁵⁵ En efecto, la STS (Sala 3ª) 20 octubre 2011 (RJ 2012, 1333) declara que «en las sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 2015 y 25 de febrero de 2016 hemos explicado, citando otros pronunciamientos anteriores, que la reagrupación por españoles de sus familiares no comunitarios se rige por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, norma que transpone en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril de 2004. Y en esas mismas sentencias

La diferencia fundamental entre ambos procedimientos de tramitación radica en que la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar comunitario no exige como condición previa la obtención del visado de residencia por el familiar reagrupado. Ello significa que los beneficiarios del régimen comunitario podrán permanecer en España por un período superior a tres meses con el propio visado de estancia, sin necesidad de solicitar el visado de residencia en su Estado de origen. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2005 (asunto C-157/03 Comisión de las Comunidades Europeas contra España)⁵⁶, consideró contraria al Derecho de la Unión la normativa española que exigía un visado de residencia en el consulado español para la obtención de un permiso de residencia a un nacional de un tercer Estado, que era miembro de la familia de un nacional comunitario. Esta conclusión limita considerablemente la denegación del visado a un miembro de la familia de un ciudadano comunitario: las oficinas consulares sólo pueden denegar el visado cuando el interesado carezca de documento de viaje válido, no acredite el vínculo familiar con un ciudadano europeo o por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 8.3 RD 240/2007)⁵⁷.

Por lo tanto, el cónyuge extracomunitario puede entrar y residir en España durante un plazo máximo de tres meses con la mera presentación del pasaporte o documento de identidad en vigor y durante ese período solicitar la tarjeta de residencia de familiar comunitario en la Oficina de Extranjería de la provincia o, en su defecto, en la Comisaría de Policía. En la solicitud de la tarjeta, el miembro de la familia extracomunitario debe aportar la documentación acreditativa de su vínculo familiar, es decir, el certificado de matrimonio o el certificado de inscripción de dicho matrimonio en el Registro Civil.

En caso de haberse solicitado la tarjeta de residencia de familiar comunitario el órgano competente puede denegar dicha tarjeta si considera que existen indicios suficientes

antes citadas, así como en la sentencia de esta Sala de 20 de octubre de 2011 hemos declarado que la posibilidad de reagrupación debe ser aplicada con criterios menos restrictivos -aunque en ningún caso con carácter incondicionado- cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión europea, lo que, por lo demás, resulta lógico al ser cualitativamente distinta la situación del reagrupante en función de que sea ciudadano de la Unión europea o se trate simplemente de un residente legal nacional de un tercer país».

⁵⁶ TJCE 2005, 90.

⁵⁷ Artículo 8.3 RD 240/2007: «junto con el impreso de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cumplimentado en el modelo oficial establecido al efecto, deberá presentarse la documentación siguiente: a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante; b) documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada que otorga derecho a la tarjeta; c) certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse; y e) tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné».

para deducir la celebración de un matrimonio de complacencia al no resultar aplicable el artículo 2 del Real Decreto 240/2007. En caso de sospecha y, conforme al artículo 79 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano competente puede solicitar a la policía que realice una verificación a través de un control para comprobar el posible fraude que permite incluso la realización de una entrevista personal y privada a los cónyuges.

Por tanto, el control *a posteriori* en vía administrativa supone la denegación de la tarjeta de residencia solicitada por el cónyuge extracomunitario. Caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de septiembre de 2015⁵⁸, que desestima un recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea que había solicitado el recurrente (nacional de Colombia) por su matrimonio con una ciudadana española ante las evidencias de que el matrimonio resulta de los denominados de complacencia⁵⁹.

Este mecanismo de control en vía administrativa a través de la denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario por el órgano competente de la (sub)Delegación del Gobierno puede extenderse a las parejas de hecho de complacencia, en aquellos casos en los que se deduzca que la pareja de hecho se formalizó con el único objetivo de obtener la residencia legal en nuestro país. En la solicitud de la tarjeta de residencia, el miembro de la pareja de hecho extracomunitario debe aportar el certificado de inscripción de la unión estable en un Registro público o, en su caso, un documento acreditativo de la convivencia de ambos miembros de la pareja (en la mayoría de los supuestos certificado de empadronamiento en un mismo domicilio) o de existencia de descendencia común (certificado de nacimiento del hijo común). Al igual que en el caso de los matrimonios de complacencia, el órgano competente cuando sospeche que la pareja se formalizó en fraude de ley puede solicitar a la policía que realice un control para comprobar dicho posible fraude a través de investigaciones y, en su caso, de una entrevista personal y por separado con los miembros de la pareja.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 18 de junio de 2018⁶⁰, confirma la

⁵⁸ JUR 2015, 287833.

⁵⁹ En este sentido, la STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) 12 junio 2019 (JUR 2019, 202329) confirma la denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario por quedar probado que el matrimonio fue celebrado fraudulentamente en cuanto concertado con la única y exclusiva finalidad de acceder a la tarjeta de residencia interesada.

⁶⁰ JUR 2018, 256465.

denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario al quedar probado que la inscripción como pareja de hecho registrada en el Registro de Parejas de Hecho del Ayuntamiento de La Gineta de la solicitante y un ciudadano español era ficticia y sólo tenía por finalidad conseguir la autorización de residencia.

En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 18 de febrero de 2019⁶¹, comparte la decisión del órgano administrativo que había denegado la tarjeta de residencia de familiar comunitario, pese a la inscripción de la pareja de hecho en un Registro público, pues no constaba acreditada que entre ambos existiera una relación de afectividad análoga a la conyugal, sino, al contrario, concurrían suficientes indicios como para entender que la inscripción de la pareja de hecho había sido aparente y, en consecuencia, ordenada sólo a obtener la autorización de residencia.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de abril de 2019⁶², concluye la existencia de un fraude en la inscripción como pareja de hecho de la recurrente y un ciudadano español desde el año 2011 para obtener aquella la residencia legal en España

«[...] Cuando las contradicciones en que incurrieron los propios interesados en sus manifestaciones ante la Brigada de Extranjería ponen de manifiesto que ni siquiera sabía la supuesta pareja de la recurrente donde se encontraba ésta, declarando expresamente que no convivía con él en el domicilio, que sólo se quedaba alguna noche, o como mucho una semana, que vivía enfrente de su domicilio, en casa de su hermana [...] Esta, y el resto de las contestaciones que dieron a las distintas preguntas acreditan que la única finalidad de la inscripción como pareja de hecho era la de que la recurrente pudiera regularizar su situación en España»⁶³.

⁶¹ JUR 2019, 183252.

⁶² JUR 2019, 163512.

⁶³ La STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo) 17 junio 2016 (JUR 2016, 181505) estima el recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa de denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario, al entender que la solicitante no había probado la convivencia con el ciudadano de la Unión Europea. En contra, la Sentencia entiende probada la unión estable, puesto que el recurrente acreditó el empadronamiento con su pareja de hecho en el municipio de Azuqueca de Henares (Guadalajara), según consta en el certificado del expediente, así como la inscripción de la pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho en Almería, mediante resolución de 26 de noviembre de 2012. En el caso de la STSJ Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-administrativo) 22 mayo 2019 (JUR 2019, 196642), el órgano judicial ratifica la sentencia contencioso-administrativa, al afirmar que «el común empadronamiento en una vivienda en la que residen varias personas no prueba debidamente la relación estable de la supuesta pareja» y, en consecuencia, estima la denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario al recurrente (nacional argentino).

El control de las uniones de complacencia (matrimonio o pareja de hecho) en vía administrativa, también se extiende a los supuestos de reagrupación familiar en que resulta aplicable el régimen general de extranjería. En estos casos el control se endurece, pues la normativa general de extranjería exige una doble actuación (la LOEx): primero, el reagrupante debe solicitar la autorización de reagrupación familiar ante la (sub)Delegación del Gobierno en España; obtenida dicha autorización para poder entrar y residir legalmente en España el miembro de la familia (reagrupado) debe solicitar el visado a la autoridad consular o diplomática de su Estado de origen.

En efecto, el reagrupante debe solicitar previamente la autorización de residencia por reagrupación familiar, aportando junto a la solicitud la documentación acreditativa de los vínculos familiares del matrimonio o de la pareja de hecho (art. 56.3 RLOEx). En caso de concesión de la autorización de residencia por la (sub)Delegación del Gobierno, el miembro de la familia (cónyuge o pareja de hecho) deberá solicitar en el plazo de dos meses el correspondiente visado de residencia por reagrupación familiar en su Estado de origen, debiendo aportar también la documentación acreditativa de sus vínculos familiares (art. 57.2 RLOEx⁶⁴).

La exigencia de realizar un doble trámite supone, asimismo, la posibilidad de realizar un doble control de los vínculos familiares entre el reagrupante y su cónyuge o pareja de hecho: el primer control realizado por la (sub)Delegación del Gobierno en el momento de resolver la solicitud de autorización de reagrupación familiar, y el segundo control

En este mismo sentido, la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) 22 junio 2018 (JUR 2018, 222051), estima el recurso administrativo planteado contra la denegación del visado a una mujer de nacionalidad dominicana al haber quedado probada la existencia de descendencia común con el ciudadano español y, en consecuencia, el cumplimiento del requisito de unión estable a que se refiere el art. 2.2 bis RD 240/2007.

La STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) 14 octubre 2015 (JUR 2015, 247945), en la que se estima la denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario a la demandante de nacionalidad nigeriana se funda en la investigación desarrollada por la UCRIF de la Brigada de Extranjería, por la que el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vigo instruye Diligencias Previas núm. 6317/12 por delitos relacionados con la trata de seres humanos con fines sexuales; añade que uno de los detenidos por esos hechos -de nacionalidad nigeriana- se dedicaba a concertar uniones de hecho o matrimonios de conveniencia entre ciudadanos nigerianos en situación irregular y ciudadanos españoles u otros residentes legales en España con el fin de regularizar la situación administrativa de los primeros. Y una de las parejas concertadas se comprobó era la formada por la demandante, unión que fue registrada en el Registro correspondiente con el objetivo de regularizar la situación de la actora que, en aquellas fechas, tenía en vigor una sanción de expulsión del territorio nacional por tiempo de cinco años decretada por la Subdelegación del Gobierno en Córdoba.

⁶⁴ El citado precepto añade que además el familiar que solicita el visado debe aportar su pasaporte, un certificado de antecedentes penales de los últimos cinco años y un certificado médico de que no padece enfermedades que impliquen riesgos para la salud pública.

efectuado por la autoridad diplomática o consular en el Estado de origen el momento de resolver la solicitud del visado.

No obstante, debe puntualizarse que las autoridades diplomáticas o consulares en el Estado de origen del miembro de la familia tienen una competencia limitada para controlar y decidir sobre la realidad de las relaciones familiares. La autoridad consular puede mantener una entrevista personal con el ciudadano extranjero para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada, pero no entrar a valorar de nuevo el contenido de la documentación presentada por el solicitante en el primer trámite. Así, conforme al artículo 57.3 RLOEx, el órgano competente podrá denegar el visado: a) cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos para su obtención, tras la valoración de la documentación acreditativa de éstos; b) cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe y; c) cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud⁶⁵.

Consecuentemente, se puede denegar el visado cuando la autoridad diplomática o consular considere que no se acredita indubitadamente la veracidad de los motivos alegados para solicitarlo (art. 43 LOEx), caso por ejemplo de un matrimonio de complacencia⁶⁶. Este es el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª)

⁶⁵ A este respecto debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sobre la competencia limitada de las autoridades diplomáticas o consulares en la denegación del visado recogida en la STS (Sala 3ª) 20 julio 2016 (RJ 2016, 4384), a cuyo tenor «la expedición del visado es requisito de eficacia (que no de validez) de la previa autorización de la (sub)Delegación del Gobierno y, por ello, si la documentación original coincide con la aportada mediante copia en el primer expediente y no se ponen de manifiesto con ocasión de la tramitación del expediente de visado datos novedosos carece de justificación aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo mismo que ya se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme. Esto es, si la documentación de la que en su día se aportó copia es reproducción fiel del original auténtico, y como tal ya ha sido valorada y considerada adecuada y suficiente por la autoridad que concedió la autorización de residencia por reagrupación, no cabe rectificar esta valoración con única base en el personal y diferente criterio de quien resuelve sobre la expedición del visado acerca de la suficiencia de esos documentos a los fines pretendidos».

⁶⁶ A tenor de la disposición adicional décima del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 «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, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado (...) Cuando se determine la celebración de la entrevista dentro de procedimientos regulados en el título IV de este Reglamento, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario, y deberá quedar constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado. Si los

de 25 de abril de 2014⁶⁷, que consideró ajustada a derecho la denegación del visado por la autoridad consular al calificar el matrimonio de complacencia, pues quedó constatado en la entrevista personal que el ciudadano extranjero desconocía datos esenciales de su presunto cónyuge, constituyendo este desconocimiento para los representantes de la Administración un indicio suficiente para dudar de los motivos alegados para obtener el visado.

En esta línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 23 de julio de 2014⁶⁸, que confirma también la denegación del visado por la autoridad consular que había considerado que el matrimonio en virtud de cuya existencia se solicitaba el visado de reagrupación familiar era «un fraude de ley con el único propósito de la emigración a España». La Sentencia analizada confirma esta decisión sobre la base de dos datos que califica de objetivos y trascendentales: por un lado, el hecho de que el recurrente estuvo casado en dos ocasiones y en el certificado aparece como soltero y, por otro, la inexistencia de convivencia o relación entre los presuntos cónyuges.

Como ha quedado expuesto, este control también permite denegar el visado al solicitante –pareja de hecho de un residente legal en España– cuando la autoridad diplomática o consular deduzca que el único objetivo de la formalización de la pareja fue obtener la residencia legal por reagrupación familiar en nuestro país. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de junio de 2017⁶⁹, confirma la denegación del visado al ciudadano nacional marroquí al estimar que éste y su pareja de nacionalidad española no «forman una pareja de hecho, calificable como pareja estable, en los términos exigidos por el precepto reglamentario examinado».

La denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario o por reagrupación familiar en vía administrativa sobre la base de una realidad familiar fraudulenta debería tener consecuencias civiles sobre el matrimonio o la pareja de hecho simuladas. Pero lo cierto es que sólo puede tener consecuencias civiles la celebración de un matrimonio fraudulento, debiendo ejercitarse una acción de nulidad del matrimonio ex artículo 73 del Código civil: así la Circular 1/2002, de 19 de febrero, insta a los Fiscales a ejercitar la

representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que no se acredita indubitablemente la identidad de las personas, la validez de los documentos, o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión. En caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá una copia del acta al órgano administrativo que, en su caso, hubiera otorgado inicialmente la autorización».

⁶⁷ RJ 2014, 2358.

⁶⁸ RJ 2014, 4453.

⁶⁹ JUR 2018, 76013.

acción de nulidad del matrimonio en vía civil por ausencia de consentimiento matrimonial de conformidad con el artículo 73 del Código civil cuando ha quedado acreditado el fraude por la autoridad administrativa competente (la Delegación del Gobierno o la autoridad diplomática o consular).

En supuestos de fraude no debería existir discrepancia entre la decisión administrativa denegatoria de la tarjeta de residencia por haberse celebrado un matrimonio de complacencia y la vía civil. Consecuentemente, si el fraude a las normas de extranjería se detecta en vía administrativa deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal dicha decisión para que ejercite una acción de nulidad del matrimonio por ausencia de consentimiento matrimonial ex artículo 74 del Código civil y; si el fraude se identifica previamente en vía civil, debe revisarse la autorización para la reagrupación familiar por incumplimiento de los requisitos legalmente exigibles⁷⁰.

Esta coordinación entre la vía administrativa y la vía civil, sin embargo, no resulta aplicable a los supuestos de parejas de hecho simuladas, en tanto y cuanto no cabe impugnar la validez de una pareja de hecho de complacencia en el orden civil: la constitución de una pareja de hecho simulada no es causa de nulidad.

La imposibilidad de impugnar la validez de una pareja de hecho de complacencia significa que, aun denegada por el órgano administrativo competente la tarjeta de residencia por reagrupación familiar como consecuencia de su simulación, la pareja seguirá produciendo efectos civiles con las consecuencias jurídicas que ello implica, especialmente en aquellos casos en que resulte aplicable la normativa de un territorio de derecho civil propio⁷¹: véase, por ejemplo, el supuesto en el que la Subdelegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Galicia deniega la tarjeta de residencia al

⁷⁰ Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista electrónica de estudios internacionales* (2018), p. 38.

⁷¹ En Aragón, el régimen jurídico de las parejas estables no casadas se recoge en el Título VI del Libro I del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; en Cataluña las uniones estables se regulan en el Capítulo IV del Título III del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio; en Galicia las parejas de hecho que cumplen los requisitos de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia se equiparan al matrimonio; en las Islas Baleares, las parejas estables se regulan por la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; en Navarra, Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, modificada recientemente por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, recoge en el Título VII las normas sobre parejas estables. La reciente reforma del Fuero Nuevo deroga los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, así como el resto de sus disposiciones en lo que se opongan a lo regulado en la presente ley foral y; en el País Vasco por la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (con las modificaciones introducidas por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco).

ciudadano extracomunitario por la constitución de una pareja de hecho de complacencia, pero al mismo tiempo es declarado heredero abintestato en la sucesión del ciudadano español -de vecindad civil gallega- como consecuencia de su fallecimiento sin testamento y sin parientes en línea recta.

En conclusión, el único control frente a las parejas de hecho de complacencia se circunscribe a la vía administrativa a través de la denegación de la tarjeta de residencia por reagrupación familiar en aquellos casos en los que la autoridad competente considere que existen indicios suficientes para deducir la existencia de una pareja de hecho de complacencia. Pese a que en estos casos no existe un control de legalidad de la pareja de hecho (que seguirá produciendo efectos⁷²), este control resulta importante porque frena indirectamente el posible fraude a la ley española, al impedir la entrada y/o la residencia legal del ciudadano extracomunitario en nuestro país.

3.2.3. Sanciones administrativas

Los matrimonios de complacencia, además de constituir ilícitos civiles, pueden acarrear sanciones administrativas, de acuerdo con la legislación de extranjería. Así, los contrayentes podrán ser sancionados con una multa administrativa por la comisión de la infracción grave de «contraer matrimonio cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito» ex artículo 53.2.b) LOEx⁷³.

A diferencia de la sanción civil de nulidad, la normativa sancionadora administrativa incluye como infracción grave, además de la celebración de un matrimonio de complacencia, la simulación de una relación de afectividad análoga a la conyugal para la obtención indebida de un derecho de residencia [53.2.b) LOEx]. De tal modo que, los

⁷² La denegación de la tarjeta de residencia no afecta a la validez de la relación de afectividad análoga a la conyugal que podrá seguir produciendo otros efectos, especialmente civiles en aquellos casos en que resulte aplicable la normativa de un territorio foral (régimen económico, compensación económica por ruptura, derechos sucesorios por fallecimiento, etc.). Téngase en cuenta que ninguna norma foral exige la residencia legal en España de ambos miembros de la pareja para su válida constitución. El requisito adicional más rígido y controvertido a la luz de la STC 23 abril 2013 (RTC 2013, 93) se recoge en la normativa vasca y balear, a cuyo tenor para la inscripción constitutiva de la pareja de hecho se requiere que al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca (art. 2 *in fine* Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho) o vecindad civil en las Illes Balears (art. Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables).

⁷³ Sobre la infracción analizada, PALOMAR OLMEDA señala que lo que se busca con «su tipificación es que los legalmente residentes en España no encuentren en la difícil situación de la extranjería una forma de negocio» («La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», *Tratado de extranjería*, Pamplona, 2012, p. 460).

miembros de una pareja de hecho de complacencia son responsables en vía administrativa por la comisión de una infracción grave, sancionada con una multa, cuya cuantía oscilará entre los quinientos un euros a los diez mil euros (art. 55 LOEx).

La infracción grave por simular un matrimonio o una relación de afectividad análoga a la conyugal se sanciona exclusivamente con una multa administrativa, sin que quepa imponer la sanción de expulsión del miembro extranjero del territorio español. No obstante, en caso de denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario o de la autorización de reagrupación familiar por simular una unión estable matrimonial o no, el ciudadano extranjero no puede entrar ni residir legalmente en territorio español y, en caso de encontrarse en dicho territorio, transcurridos los tres meses de residencia máxima permitida por la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, se encontrará en situación irregular⁷⁴. Ello significa que, pese a que la Ley no sanciona la simulación de un matrimonio o de una relación afectiva análoga a la conyugal con la expulsión del ciudadano extracomunitario del territorio español, cabe la posibilidad de que se aplique dicha sanción por «encontrarse irregularmente en territorio español [...] por carecer de autorización de residencia» [art. 53.1.a) LOEx]⁷⁵, atendiendo al principio de proporcionalidad, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción (art. 57 LOEx⁷⁶).

La posibilidad de imponer una sanción administrativa a los infractores por la simulación de un matrimonio o de una pareja de hecho queda vedada si los hechos son constitutivos de delito, puesto que en caso contrario se estaría vulnerando el principio constitucional *non bis in idem*, integrado en artículo 25 de la Constitución Española y recogido expresamente en el artículo 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de

⁷⁴ Es presupuesto para el ejercicio de la potestad sancionadora la firmeza de la resolución denegatoria de la autorización, por lo que, debe entenderse que siempre que esté pendiente un recurso en vía administrativa o en vía contenciosa no se incurre en la infracción analizada [STC 94/1993, 22 marzo (RTC 1993, 94)].

⁷⁵ El Delegado o Subdelegado del Gobierno que hubiera dictado dicha resolución podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, la sustitución de la expulsión por la salida obligatoria, a tenor del art. 246.5 RLOEx. La principal ventaja de la salida obligatoria frente a la expulsión es la ausencia de posterior prohibición de entrada en España (cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, *op. cit.*, pp. 573-575).

⁷⁶ A tenor del citado precepto «cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».

Régimen Jurídico del Sector Público, a cuyo tenor «no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Evidentemente, en los casos en que la conducta del ciudadano extranjero por la que se haya incoado el procedimiento administrativo sancionador pueda ser constitutiva de delito, la preferencia del procedimiento penal es indiscutible.

Ello exige examinar los posibles delitos que pueden cometer los cónyuges o miembros de una pareja de hecho por la celebración de un matrimonio o constitución de una unión estable de complacencia. En nuestro ordenamiento, el matrimonio de conveniencia con el fin de obtener o hacer obtener un título de residencia, evitar la expulsión o de adquirir o hacer adquirir la nacionalidad española no se tipifica como delito expresamente⁷⁷. Motivo por el cual, la doctrina jurisprudencial es contraria a la penalización de los matrimonios de conveniencia, al afirmar que, conforme a la legislación española, los matrimonios de complacencia únicamente pueden castigarse con sanciones administrativas o constituir ilícitos civiles, pero no ilícitos penales, salvo supuestos muy específicos⁷⁸.

⁷⁷ A diferencia de nuestro ordenamiento, en el Derecho francés el art. L623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile contempla expresamente la pena de prisión de cinco años y la pena de multa de 15.000 euros «le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française (...) Ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint».

Asimismo, el art. 79 bis de la Loi du 15 décembre 1980 portant sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dispone que «Quiconque conclut un mariage dans les circonstances visées à l'article 146bis du Code civil sera puni d'un emprisonnement [d'un mois à trois ans et d'une amende de cinquante euros à cinq cents euros]. Quiconque reçoit une somme d'argent [ou d'autres valeurs] visant à le rétribuer pour la conclusion d'un tel mariage, sera puni d'un emprisonnement [1 de deux mois à quatre ans et d'une amende de cent euros à deux mille cinq cents euros]. Quiconque reçoit une somme d'argent [ou d'autres valeurs] visant à le rétribuer pour la conclusion d'un tel mariage, sera puni d'un emprisonnement [de deux mois à quatre ans et d'une amende de cent euros à deux mille cinq cents euros]».

En parecidos términos, el art. 186 de la Lei núm. 23/2007, de 4 de Julho, entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, a cuyo tenor «quem contrair casamento (...) o único objetivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto, uma autorização de residência ou um «cartão azul UE» ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade é punido com pena de prisão de um a cinco anos».

⁷⁸ TRAPERO BARREALES felicita al legislador penal «porque en un momento histórico de expansionismo del Derecho penal y de utilización abusiva del mismo, no se haya propuesto introducir un cambio en la normativa penal para luchar contra los matrimonios de conveniencia, a pesar de que es consciente de la utilización fraudulenta de esta institución desde una perspectiva especialmente sensible y preocupante para los Estados, con la intención de burlar el control estatal de los flujos migratorios» (*Matrimonios ilegales y derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Valencia, 2016, pp. 115-116).

Tradicionalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 9 de julio de 1997⁷⁹, había declarado que los matrimonios de complacencia no podían dar lugar a delito de falsedad ni en el celebrante ni en los contrayentes, pudiendo tratarse de un ilícito civil, pero nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del Código Penal. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 6 de abril de 2017⁸⁰, matiza esta doctrina, puntualizando que los matrimonios de complacencia no pueden ser penalmente sancionados, salvo que exista ánimo de lucro, usurpación del estado civil o falsedad documental previa⁸¹.

Dada la ausencia de normativa expresa, la citada doctrina jurisprudencial debe extenderse a las parejas de hecho de complacencia, entendiendo que sus miembros no son penalmente responsables, salvo en aquellos supuestos de especial gravedad en que concurra ánimo de lucro o exista falsedad documental previa⁸². No cabe incluir en el estudio de las parejas de hecho de complacencia el posible delito por usurpación del estado civil (art. 401 CP), puesto que la constitución de una pareja de hecho no modifica el estado civil de sus miembros⁸³.

⁷⁹ RJ 1997, 5489.

⁸⁰ RJ 2017, 2248.

⁸¹ La Sentencia transcrita absuelve a un matrimonio que había sido condenado a dos años de prisión por la SAP Barcelona (Sección 21ª) 10 diciembre 2015 (JUR 2017, 196768) por un delito de falsedad y otro delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros. La Audiencia consideró que el matrimonio era de complacencia porque tenía por finalidad lograr la legalización de la situación en España de uno de los cónyuges. Según los hechos probados en la sentencia recurrida, el matrimonio fue contraído de forma simulada y, por lo tanto, inexistente con la única finalidad de legalizar la situación del hombre de nacionalidad dominicana en España e inscrito de forma mendaz en el Registro Civil.

⁸² En el ordenamiento jurídico francés se tipifica únicamente la pena de prisión de cinco años por contraer matrimonio para facilitar la inmigración ilegal ex art. L623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. En cambio, en el derecho belga se recoge también la tipificación delictiva por la constitución de una pareja de hecho de complacencia, disponiendo el art. 79 ter de la Loi du 15 décembre 1980 portant sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers: «quiconque conclut une cohabitation légale dans les circonstances visées à l'article 1476bis du Code civil, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de cinquante euros à cinq cents euros. Quiconque reçoit une somme d'argent [ou d'autres valeurs] visant à le rétribuer pour la conclusion d'une telle cohabitation, sera puni d'un emprisonnement de deux mois à quatre ans et d'une amende de cent euros à deux mille cinq cents euros».

También se extiende la tipificación del delito también a la constitución de una unión estable de pareja no casada en el Derecho portugués: «quem viver em união de facto com o único objetivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto, uma autorização de residência ou um *cartão azul UE* ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade é punido com pena de prisão de um a cinco anos» (art. 186 de la Lei núm. 23/2007, de 4 de Julho, entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional).

⁸³ Sobre este particular, cabe destacar la enmienda núm. 2 presentada por el Grupo Parlamentario Coalición Canaria en el Congreso en la tramitación parlamentaria de la Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011 para modificar la redacción del art. 40.3.7 LRC que quedaría redactado de la siguiente manera:

En caso de concurrir ánimo de lucro, el ciudadano reagrupante podría ser condenado por la comisión de un delito de ayuda a la inmigración ilegal tipificado en artículo 318.2 bis del Código penal, a cuyo tenor «el que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros» será condenado a la pena de multa de tres a doce meses o de prisión de tres meses a un año⁸⁴. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, la conducta típica no exige «engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante»⁸⁵, por lo que el ciudadano reagrupante podrá ser penalmente castigado por la celebración de un matrimonio o la inscripción de una pareja de hecho de complacencia incluso con la voluntad del ciudadano extracomunitario, siempre que exista contraprestación económica.

La declaración falsa de los miembros de la pareja ante el órgano competente para celebrar el matrimonio civil o ante el encargado de un Registro de Parejas de Hecho podría ser constitutiva de un delito de falsedad documental, tipificado en el artículo 392 del Código Penal y sancionado con una pena de prisión de seis meses a tres años y una pena de multa de seis a doce meses. Sin embargo, la postura jurisprudencial

*Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: las parejas de hecho o estables que estén reconocidas como tales de acuerdo con alguna de las normativas vigentes en la materia. Como el citado precepto expone «las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo», por lo que tendría efectos meramente informativos. Aun así, la enmienda fue rechazada aduciéndose que la pareja de hecho no constituye *stricto sensu* un estado civil y, por tanto, no deben tener acceso al Registro Civil.*

⁸⁴ La SAP Las Palmas (Sección 2ª) 1 diciembre 2008 (JUR 2009, 117267), declara que «el delito contemplado en el artículo 318 bis, fue introducido en el Código penal, por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su finalidad no es otra que la de proteger el derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social, evitando que se abuse de su situación de necesidad, seduciéndoles a cambio de cantidades de dinero, para ellos desorbitadas, a abandonar su país, en la creencia de que el otro al que se dirigen, les ofrece mayores posibilidades de bienestar, cuando la realidad es, que su condición de inmigrantes ilegales, les expone en la mayoría de los casos, a la marginación, el desarraigo, o la aceptación forzada de condiciones de trabajo, más desfavorables en ocasiones que las que tienen en su país de origen. El fundamento por ello del injusto del artículo 318 bis, reside en la privación o menoscabo del disfrute de tales libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal, sancionando todas aquellas conductas que consistan en promover, favorecer o facilitar ese tráfico ilegal de personas, sin que se exija para su consumación, la acreditación de la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo, y siendo indiferente que el mismo haya prestado su consentimiento, al tratarse de un bien jurídico irrenunciable y no disponible. Por su parte, el artículo 318 bis, 3, contempla un subtipo agravado, para el caso en que dichas conductas se realizaren con ánimo de lucro, entendiéndose por tal, cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica, que se pretende obtener con el tráfico ilegal de personas, aplicándose en su mitad superior, la pena prevista en el mismo, no sólo cuando concurre este ánimo de lucro sino también cuando además se hubiere puesto en peligro la vida, la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad».

Sobre esta cuestión, cfr. SANTANA VEGA, D., «Comentario al artículo 318 bis del Código Penal», *Comentarios al Código Penal. Reforma Lo 1/2015 y LO 2/2105*, Valencia, 2015, p. 1119.

⁸⁵ Cfr. STS (Sala 2ª) 20 octubre 2015 (RJ 2015, 5139).

consolidada es contraria a la sanción penal por falsedad documental por cuanto los contrayentes o miembros de la pareja incurrirán exclusivamente en falsedad ideológica:

«[...] No cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación *ex novo* de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras, una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico» [STS (Sala 2ª) 6 abril 2017 (RJ 2017\2248)]⁸⁶.

Con base en lo expuesto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) de 13 de febrero de 2019⁸⁷, absuelve a una pareja de hecho como autores responsables de un delito de falsedad en documento oficial al no concurrir los requisitos del artículo 392 del Código Penal. Como señala la referida Sentencia

«[...] En el presente caso nos encontramos ante una falsedad ideológica por parte de los ciudadanos relacionados en el *factum* al inscribirse como pareja de hecho. En efecto, el presupuesto causal del matrimonio o parejas de hecho de complacencia, aunque pueda comportar una declaración falsaria ante el funcionario competente que tramita el expediente sólo puede ser considerada ideológica. Y ello porque no concurren los requisitos de ninguno de los tres primeros apartados del artículo 390.1 del Código Penal [...] cabe estimar que la inscripción como pareja de hecho en el Registro de Uniones Civiles de un Ayuntamiento no responde a una efectiva relación de pareja; pero este acto carece de relevancia penal, pues se inscribe en el contexto dentro de la falsedad ideológica que los particulares no pueden cometer. Esta inscripción se obtiene a partir de

⁸⁶ Sobre un matrimonio de complacencia, la SAP Soria (Sección 1ª) 25 junio 2018 (ARP 2019, 1437), absuelve a los apelantes de la comisión de un delito de falsedad documental. En el asunto litigioso se deduce de las declaraciones de los Guardias Civiles que la recurrente simuló la convivencia como pareja de hecho, y posteriormente como esposa con un ciudadano extranjero, con el único objetivo que éste regularizara su situación en España, presentando unos documentos, para inducir a los funcionarios a error, simulando una situación que no existía. Ahora bien, señala la Audiencia Provincial que «la celebración matrimonial fue “existente”, el matrimonio *in fieri* se celebró, se contrajo y en su curso se emitió declaración de voluntad de adquirir estado matrimonial, que efectivamente se deseaba y otorga la ceremonia en forma reconocida, al margen de la diferenciada voluntad de asumir las obligaciones del matrimonio *in facto esse* [...]. Es decir, el matrimonio se contrajo, y el hecho que vivan o no juntos, que conozca o no la apelante el nombre de los parientes de su marido, el hecho que supuestamente convivan con otros, determinaría, en su caso, la declaración de nulidad del matrimonio, por incumplimiento de las obligaciones propias del mismo».

En su análisis de los matrimonios de complacencia y el Derecho penal, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO concluye que «los matrimonios de conveniencia no originan delito de falsedad ni en contrayente ni en celebrantes, a pesar de conocer y consentir todos ellos los pormenores o especialidades del acuerdo» (*Los matrimonios de complacencia como instrumentos de política migratoria*, Madrid, 2018, p. 230).

⁸⁷ ARP 2019, 529.

la simple emisión de una declaración ante el funcionario correspondiente por lo que *per se* sólo es una manifestación mendaz»⁸⁸.

En conclusión, la formalización de una pareja de hecho de complacencia no constituye un ilícito penal, salvo que concurra ánimo de lucro *ex* artículo 318.2 bis del Código penal, ya que la declaración falsa ante la autoridad competente para su inscripción en un Registro público sólo puede ser considerada falsedad ideológica, no tipificada penalmente.

Ahora bien, que los hechos sean atípicos no significa que no exista sanción, puesto que como ha quedado expuesto anteriormente, la simulación de una relación de afectividad análoga a la conyugal con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia es una infracción grave tipificada en el artículo 53 LOEx, pudiendo los miembros de la pareja de hecho ser sancionados con una multa administrativa cuantificada entre los quinientos un euros a los diez mil euros.

4. REFLEXIONES FINALES

La normativa de extranjería equipara las parejas de hecho a la institución del matrimonio, incluyendo como miembro de la familia nuclear del reagrupante al miembro extracomunitario de la pareja de hecho registrada en un Registro público de parejas de hecho o meramente convivencial -no registrada-. Esta equiparación, sin embargo, colisiona con el silencio del legislador y la doctrina jurisprudencial contraria a la aplicación de las normas matrimoniales a las parejas de hecho en el orden civil.

La ausencia de una norma estatal que regule el régimen jurídico de las parejas de hecho parece responder a una postura del legislador contraria al reconocimiento de las denominadas parejas de hecho «*de derecho*». Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 de enero de 2008⁸⁹, a cuyo tenor «[...] la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aún más, hoy en día, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus

⁸⁸ En parecidos términos, la SJP núm. 4 de Barcelona 28 abril 2017 absuelve a una pareja de hecho como autores responsables de un delito de falsedad en documento oficial, pese a haber formalizado en escritura pública una unión estable de pareja, puesto que faltar a la verdad en la narración de los hechos es una conducta atípica no regulada en el art. 392 CP.

⁸⁹ RJ 2009, 404.

consecuencias» y; la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013⁹⁰, al afirmar que «[...] el elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que «se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas».

La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio en la normativa de extranjería, por un lado, y el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por *analogía legis* de las normas propias del matrimonio, por otro, permiten al ciudadano extracomunitario, miembro de una pareja de hecho (registrada o no), obtener la residencia legal en España y, en su caso, adquirir la nacionalidad española a través de una fácil vía de fraude a las normas de nacionalidad y extranjería ante la ausencia de mecanismos de control similares a los existentes para evitar o sancionar la celebración de un matrimonio de complacencia.

Así, las parejas de hecho con elemento extranjero evitan el trámite de audiencia previo y por separado de control del consentimiento *matrimonial*, que deben realizar los contrayentes ante el encargado del Registro Civil durante la tramitación del expediente previo matrimonial (o antes de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil); sortean, asimismo la presencia del Ministerio Fiscal en su constitución; e impiden que el Ministerio Fiscal o cualquier persona con interés directo y legítimo pueda ejercitar una acción de nulidad de la pareja de hecho simulada.

Ello significa que la pareja de hecho de complacencia sólo puede acreditarse en vía administrativa a través de la denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario o por reagrupación familiar por la (sub)Delegación del Gobierno en España o la autoridad diplomática o consular en el Estado del solicitante y, en su caso, de la posible sanción por la comisión de una infracción grave *ex* artículo 53 LOEx. Sin embargo, dicho control administrativo se configura como un control indirecto que, aun cuando evita la residencia legal del miembro de la pareja de hecho en nuestro país no permite un control de legalidad de la pareja de hecho que seguirá produciendo efectos.

Todo ello lleva a concluir que la constitución de una pareja de hecho de complacencia reduce considerablemente el riesgo en la detección del fraude a las normas de

⁹⁰ RTC 2013, 93.

extranjería y nacionalidad, convirtiéndose en una vía fácil de fraude frente a la institución del matrimonio⁹¹.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Matrimonios de complacencia», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3 (2006), pp. 2167-2169.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «El matrimonio de complacencia», *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Laborum, Madrid, 2009, pp. 119-142.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2007), pp. 1472-1488.

CEINOS SUÁREZ, Ángeles, «Comentario al artículo 17 de la Ley Orgánica de Extranjería», *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*, Comares, Madrid, 2012, pp. 286-295.

DIAGO DIAGO, María del Pilar, «La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la “pareja de hecho” en la enésima modificación de la Ley 4/2000», *Revista de derecho migratorio y extranjería* (2011), BIB 2013\139084, pp. 1-19.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, «Los matrimonios de conveniencia como forma de inmigración fraudulenta. Mecanismos de control», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2012, pp. 1183-1202.

GARCÍA HERRERA, Vanessa, *Los matrimonios de conveniencia*, Dykinson, Madrid, 2016.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista electrónica de estudios internacionales* (2018), pp. 1-49.

LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente, «Familiares de ciudadanos de la Unión Europea y registros de parejas de hecho de comunidades autónomas y ayuntamientos», *Revista de derecho migratorio y extranjería* (2012), pp. 29-54.

⁹¹ En este mismo sentido, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS destaca que «la equiparación en España de la unión registrada al matrimonio a efectos de determinar los beneficiarios del “régimen comunitario” abre las puertas a la conformación de “uniones registradas de conveniencia”, a la vez que relativiza el interés de contraer matrimonio sin verdadero consentimiento matrimonial. En primer lugar, porque la conformación de una unión registrada fraudulenta puede generar menos reticencias desde un punto de vista psicológico o emocional que la celebración de un matrimonio. Y, en segundo término, porque en lo que respecta a las uniones registradas no se han dispuesto mecanismos de lucha similares a los existentes frente a los matrimonios de complacencia» («Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, p. 222).

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *Los matrimonios de complacencia como instrumentos de política migratoria*, Reus, Madrid, 2018.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia:

- *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2001.

- «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2006), pp. 1547-1559.

- «Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, Servicio de publicaciones de la Universidad Santiago de Compostela, 2009, pp. 219-246.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, *Los matrimonios de conveniencia*, Sepín, Madrid, 2018.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, «La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN», *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 287-296.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, «La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», *Tratado de extranjería*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2012, pp. 441-524.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, «Matrimonios de complacencia (A propósito de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. II*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 871-880.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.

SANTANA VEGA, Dulce María, «Comentario al artículo 318 bis del Código Penal», *Comentarios al Código Penal. Reforma Lo 1/2015 y LO 2/2105*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1117-1127.

SOLANS PUYUELO, Francisco, «Las parejas de hecho entre extranjeros y españoles. ¿Solución definitiva?», *Blog del Consejo General de la abogacía española* (2015).

SOTO MOYA, Mercedes, «La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2007), pp. 1704-1712.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación, *Matrimonios ilegales y derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- STJUE 8 noviembre 2012 (JUR 2012, 351105).
- STJUE 14 abril 2005 (TJCE 2005, 90).

2. Tribunal Constitucional:

- STC 22 marzo 1993 (RTC 1993, 94).
- STC 23 abril 2013 (RTC 2013, 93).
- STC 9 junio 2016 (RJ 2016, 110).

3. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo):

- SAN 28 septiembre 2016 (JUR 2016, 223346).
- SAN 1 marzo 2012 (JUR 2012, 93542).

4. Tribunal Supremo

- STS (Sala 1ª) 12 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148).
- STS (Sala 1ª) 30 octubre 2008 (RJ 2009, 404).
- STS (Sala 2ª) 9 julio 1997 (RJ 1997, 5489).
- STS (Sala 2ª) 20 octubre 2015 (RJ 2015, 5139).
- STS (Sala 2ª) 6 abril 2017 (RJ 2017, 2248).
- STS (Sala 3ª) 6 junio 2000 (RJ 2000, 6119).
- STS (Sala 3ª) 1 junio 2010 (RJ 2010, 5470).
- STS (Sala 3ª) 20 octubre 2011 (RJ 2012, 1333).
- STS (Sala 3ª) 25 abril 2014 (RJ 2014, 2358).
- STS (Sala 3ª) 23 julio 2014 (RJ 2014, 4453).
- STS (Sala 3ª) 20 julio 2016 (RJ 2016, 4384).
- STS (Sala 3ª) 18 julio 2017 (RJ 2017, 3227).
- STS (Sala 3ª) 10 junio 2019 (RJ 2019, 2236).

5. Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-administrativo):

- STSJ Galicia 1 junio 2011 (JUR 2011, 223959).
- STSJ Valencia 26 mayo 2015 (JUR 2015, 224976).
- STSJ Andalucía 24 septiembre 2015 (JUR 2015, 287833).
- STSJ Galicia 14 octubre 2015 (JUR 2015, 247945).
- STSJ Castilla-La Mancha 17 junio 2016 (JUR 2016, 181505).
- STSJ Castilla y León 10 abril 2017 (JUR 2017, 132448).
- STSJ Valencia 2 mayo 2017 (JUR 2017, 220449).
- STSJ Madrid 7 junio 2017 (JUR 2018, 76013).
- STSJ Castilla-La Mancha 18 junio 2018 (JUR 2018, 256465).
- STSJ Madrid 22 junio 2018 (JUR 2018, 222051).
- STSJ Andalucía 18 febrero 2019 (JUR 2019, 183252).
- STSJ Murcia 17 abril 2019 (JUR 2019, 163512).
- STSJ Galicia 12 junio 2019 (JUR 2019, 202329).

- STSJ Islas Baleares 22 mayo 2019 (JUR 2019, 196642).

6. Audiencias Provinciales:

- SAP Málaga (Sección 6ª) 30 mayo 2007 (AC 2007, 2191).
- SAP Las Palmas (Sección 2ª) 1 diciembre 2008 (JUR 2009, 117267).
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 21 diciembre 2009 (JUR 2010, 138216).
- SAP Lleida (Sección 2ª) 3 julio 2012 (JUR 2012, 291049).
- SAP Guadalajara (Sección 1ª) 8 febrero 2013 (AC 2013, 908).
- SAP Sevilla (Sección 2ª) 12 septiembre 2013 (AC 2013, 2390).
- SAP Barcelona (Sección 21ª) 10 diciembre 2015 (JUR 2017, 196768).
- SAP Guipúzcoa (Sección 3ª) 30 marzo 2016 (AC 2016, 1041).
- SAP Murcia (Sección 4ª) 16 noviembre 2017 (JUR 2018, 28474).
- SAP Soria (Sección 1ª) 25 junio 2018 (ARP 2019, 1437).
- SAP Ourense (Sección 2ª) 13 febrero 2019 (ARP 2019, 529).

7. Dirección General de los Registros y del Notariado:

- RDGRN 9 octubre 1993 (RJ 1993, 7969).
- RDGRN 23 marzo 1996 (RJ 1996, 4254).
- RDGRN 8 enero 1997 (RJ 1997, 9199).
- RDGRN 16 mayo 2005 (RJ 2005, 7279).
- RDGRN 3 marzo 2011 (JUR 2012, 92743).
- RDGRN 3 marzo 2011 (JUR 2012, 92743).
- RDGRN 23 agosto 2012 (JUR 2013, 92689).
- RDGRN 10 octubre 2012 (JUR 2013, 322256).
- RDGRN 9 mayo 2013 (JUR 2013, 330006).
- RDGRN 17 febrero 2014 (JUR 2014, 216982).
- RDGRN 20 mayo 2014 (JUR 2015, 133466).
- RDGRN 3 julio 2015 (JUR 2016, 41927).
- RDGRN 31 julio 2015 (JUR 2016, 41932).
- RDGRN 11 septiembre 2015 (JUR 2016, 50338).
- RDGRN 11 septiembre 2015 (JUR 2016, 50163).
- RDGRN 20 noviembre 2015 (JUR 2016, 116163).
- RDGRN 22 enero 2016 (JUR 2016, 217843).
- RDGRN 6 mayo 2016 (JUR 2017, 313493).
- RDGRN 10 septiembre 2018 (JUR 2019, 343963).
- RDGRN 27 septiembre 2018 (JUR 2019, 344057).

Fecha de recepción: 03.04.2020

Fecha de aceptación: 12.09.2020