



Roj: **STSJ M 25985/2008 - ECLI: ES:TSJM:2008:25985**

Id Cendoj: **28079330012008101647**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2008**

Nº de Recurso: **1336/2008**

Nº de Resolución: **1947/2008**

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **ALFREDO ROLDAN HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AP 1336/08

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 01947/2008

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

APELACIÓN Nº 1336/08

SENTENCIA Nº 1947

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Alfredo Roldán Herrero

Magistrados:

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D^a. Francisca Rosas Carrión

D. José Félix Martín Corredera

En Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil ocho.

La Sala, integrada por los Sres. del margen, ha visto el presente recurso de apelación nº 1336/08 interpuesto por la Procuradora Sra. Nieto Bolaño en representación de D^a. Carolina contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid en los autos nº 833/06 seguidos a instancia de la misma contra la Administración General del Estado sobre denegación de entrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26-6-08 y por el Juzgado se dictó sentencia cuya parte dispositiva desestimaba el recurso.

SEGUNDO: Con fecha 16-7-08, y por la Procuradora Sra. Nieto Bolaño, se interpuso recurso de apelación mediante escrito en cuyo suplico interesaba que se revocase la sentencia apelada.

TERCERO: Admitido el recurso a trámite y dado traslado a la parte apelada, por la misma se formalizó oposición suplicando el Sr. Abogado del Estado la desestimación.

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, se señaló para votación y fallo el día 11-12-08, en que tuvo lugar.



Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Alfredo Roldán Herrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso originario se formalizó contra resolución de la Comisaría de Barajas de fecha 27-4-06, confirmada en fecha 19-7-06 que denegó la entrada a la natural de Paraguay D^a Carolina por no estimarse que el declarado turismo fuese el verdadero objeto del viaje.

SEGUNDO.- Respondiendo a las alegaciones de la demanda, la sentencia apelada estima suficientemente motivada la resolución; estimó que no afectaba la falta de traslado del llamado informe-propuesta por no recoger datos nuevos y, tras analizar las circunstancias concurrentes, concluyó que no se trataba de un verdadero turista. En esta alzada la parte apelante reproduce las alegaciones de la demanda.

TERCERO.- Tal y como se recoge y analiza en la sentencia, la extranjera, llegada vía Buenos Aires, esperó en frontera su intención de permanecer como turista 9 días en Madrid, sin saber nada de su destino y por su cuenta. Dijo traer 950 euros, sin medios alternativos de pago y siendo empleada doméstica en su país con sueldo de 300 dólares al mes. Viaja sola, está separada y tiene un hijo. Carecía aquí de familia o amigos. Tenía un voucher por solo tres noches de hotel.

CUARTO.- Dado que España era en este caso la frontera exterior de la Unión Europea así como país de destino al menos inicial, ejerció las competencias asumidas por el Convenio Schengen y asumió las obligaciones de control en el mismo contraídas frente a los demás Estados firmantes y ante quienes era responsable. Con esta filosofía ha de estimarse que los presupuestos del art. 5 del Convenio constituyen una enumeración "de mínimos" no generadora de un derecho automático caso de darse todos y cada uno de los condicionantes. "Podrá", dice el precepto y ese "podrá", hace recaer sobre la Administración de cada Estado la responsabilidad de admitir o no extranjeros para viajes de presumible corta duración. Se trata de un problema de valoración concreta de circunstancias teniendo siempre presente que la decisión que en cada caso adopte cada Estado vinculará a los demás signatarios. De ahí que sea preciso, en defensa del principio de soberanía nacional y de solidaridad con los demás Estados de la Unión Europea, cuidar con esmero las condiciones de acceso al espacio común europeo en caso, como el presente, en que el país receptor no exige visado a esa fecha concreta y respecto de ese extranjero.

QUINTO.- En términos generales la entrada de un extranjero en el espacio Schengen requerirá de visado, y así manifiestan tanto el art. 5-1-a y b del Convenio como el art. 25-1 de la L.O. 8/00 de 22 de diciembre. Sin embargo y por aquellas fechas no se exigía en España visado a los naturales de algunos países especialmente iberoamericanos y ello dio lugar en los años 2000 y 2001 a una verdadera riada de falsos turistas que terminaron engrosando la bolsa de inmigrantes ilegales. Por ello, y en aplicación del principio de solidaridad entre las Partes del Convenio, (art. 7) cuyas decisiones no afectan sólo al país en concreto sino que se extienden a los demás de la Unión, se hizo preciso exigir que el viajero sin visado, y por tanto sin control consular español en su país de origen, dejase bien acreditada la finalidad de su viaje y la seriedad de su anticipada intención de regreso. No se exige que el motivo sea turístico, pues vale cualquier otro lícito, siempre que esté debidamente justificado con historia o motivación creíble.

SEXTO.- Tales condiciones no se dan en el caso y la demanda nada nuevo aporta, tan sólo insistir en que objetivamente el viajero reunía los requisitos para entrar en el país. Examinada la situación en su conjunto, no basta con que formalmente se den varios (o incluso todos) los condicionamientos objetivos (dinero, pasaje, invitación) que pudieran favorecer al viajero, y ello porque, de un lado, es dudosa la existencia de un derecho subjetivo en cualquier extranjero y en cualquier circunstancia a entrar en el país salvo disposición expresa o compromiso internacional que así lo disponga y, de otro, la norma exige expresamente acreditar la finalidad del viaje. No es conforme con la lógica que un viaje tan largo y costoso se emprenda sin un mínimo de preparación, sólo con dinero de bolsillo, con escasas o nulas noticias del país de destino, (cuando no erróneas), con casi absoluta inseguridad en cuanto a otros viajes, alojamientos... como normalmente se aprecia, y ello agravado con el dato de la llegada a España en los últimos años de decenas de miles de "turistas" procedentes de países como Ecuador, Colombia o Perú cuyas economías están deprimidas. El verdadero turista normalmente sabe dónde va, qué le interesa en concreto sin perjuicio de que pueda hacer descubrimientos que le sorprendan, dónde va a alojarse e incluso lo que le cuesta.

SEPTIMO.- Estas consideraciones personales que venimos repitiendo en casos similares son en lo esencial aplicables al caso. Personalizando un poco más, hemos de coincidir con el Juzgado en que la tesis del turismo no se sostiene por lógica. De un lado, el billete no contiene regreso Buenos Aires - Paraguay, que tendría que pagar de su bolsillo. De otro, no está cubierta en hotel toda la estancia, que también sería necesario pagar así como manutención, desplazamiento, gastos menudos corrientes... todo ello con 100 euros/día, sin seguro



médico que se exige a todo viajero para en el caso de visado y que es lógicamente extensible a los casos en que no era exigible el visado.

OCTAVO.- Esta Sala no desconoce la S.T.S. de 1-4-05 y otras coetáneas que anularon resoluciones en sentido similar a lo que aquí estudiamos, pero tales decisiones jurisdiccionales lo que hacen es abordar las circunstancias del caso concreto y la valoración que de las mismas hicieron tanto la Administración como la Sala de instancia, tal vez poco contundente y escasamente crítica en su función revisora de lo actuado en el expediente. El Convenio exige la acreditación documental del objeto del viaje "en su caso", lo que entiende la Sentencia citada que la Administración debe explicar por qué "en su caso" se ha exigido esta acreditación, qué razones de duda existían acerca de la intención del viajero. Lo que hace el Convenio en su art. 5-1 -c es dejar a las partes la determinación de cuándo han de exigirse acreditamientos concretos, y nótese que esas Sentencias del Tribunal Supremo vienen referidas a la originaria redacción del art. 23 (entonces) de la L.O. 4/00 de 11 de enero que no preveía tal exigencia, mientras que la vigente redacción del art. 25-1 dice imperativo que "deberá presentar" los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia. Ya no hay opción para exigirlo unas veces si y otros no, sino que es el viajero a quien le incumbe acreditar que sus intenciones declaradas son ciertas y ello siempre que se pretenda entrar en España, incluso para solicitar visado con ese fin siendo entonces las Oficinas Consulares las encargadas de poner en marcha los filtros pertinentes, y eso es así, con mayor razón cuando no hay visado y el viajero se presenta directamente en frontera.

NOVENO.- La demanda insiste en que el acto recurrido no dice qué requisitos no se cumplían, y sin embargo, (y dentro de lo escueto) claramente se dice que el acreditamiento del objeto del viaje. Se mencionan infringidos los arts. 13 , 17 , 19 y 24 CE (tutela judicial), pero se olvida: a) que la tutela ha de referirse al procedimiento judicial, a poder recurrir, a ser oído, a alegar y a recibir respuesta, y todo eso lo ha tenido; b) los extranjeros no tienen un derecho subjetivo absoluto a entrar en España (S.T.C. 4-4-05) y en tanto no lo hayan hecho no se les puede reconocer derecho a circular y residir, porque todos esos derechos son respecto de los extranjeros de configuración legal (art. 13 CE) y ejercitables en la medida que cumplan los requisitos establecidos (A.T.C. de 6-3-96 , STC nº 94/93), de manera que es el art. 13 CE la norma habilitante de la específica legislación de extranjería. Por lo demás, debe destacarse que la denegación de entrada y el retorno no es un acto sancionador de expulsión (STC de 4-4-05). Finalmente, y en cuanto a la alegada inmotivación a) como ya dejamos apuntado antes, no puede decirse que exista un derecho subjetivo a entrar en España a menos que así se disponga expresamente por las leyes o los tratados, y, por tanto, en los supuestos de presuntos viajes turísticos no se lesionan derechos subjetivos cuyo desconocimiento requiera motivación; b) tan es así que hoy con la L.O. 8/00 solo se motivará la denegación de visado en casos de reagrupación familiar y trabajo por cuenta ajena (art. 27-5), y si eso se produce con los visados, con mayor razón cuando se pretenda acceder sin cumplimentar ese requisito; y c) es que la motivación existía y se resalta en negrita en la resolución, y a esa conclusión se llega como lo hacemos nosotros, valorando las circunstancias.

DECIMO.- Procede por lo expuesto rechazar la pretensión deducida en esta alzada, con costas al recurrente. En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contra la sentencia de fecha 26-6-08 , que confirmamos íntegramente, con costas al apelante.

Contra la presente no cabe recurso.

Dedúzcase testimonio que en unión de los autos originales se remitirá al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.