



Roj: **STS 589/2022 - ECLI:ES:TS:2022:589**

Id Cendoj: **28079130052022100044**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **14/02/2022**

Nº de Recurso: **1542/2021**

Nº de Resolución: **180/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11183/2020,**
ATS 9699/2021,
STS 589/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 180/2022

Fecha de sentencia: 14/02/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1542/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1542/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 180/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Fernando Román García

En Madrid, a 14 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1542/21 interpuesto por D.^a Amelia, representada por el procurador D. Juan Ramón Rico Palomar, bajo la dirección letrada de D.^a Marta Montserrat Areny Guerrero, contra la sentencia n^o 4676/20, de 16 de noviembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) en el recurso de apelación n^o 398/19, confirmatoria de la sentencia n^o 16/19, de 21 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n^o 16 de Barcelona, que desestimó el P.A. 289/16, sobre denegación de entrada en territorio Español, con obligación de retornar al lugar de procedencia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia n^o 4676/20, de 16 de noviembre, confirmatoria en apelación (398/19) de la sentencia n^o 16/19, 21 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n^o 16 de Barcelona, que desestimó el P.A. 289/16, deducido frente a la resolución de 29 de abril de 2015, confirmada en alzada por la de 25 de agosto del Servicio de Control de Extranjería (Puesto fronterizo del aeropuerto de El Prat de Barcelona), por la que se denegó la entrada en territorio español y el retorno al lugar de procedencia de doña Amelia.

La cuestión litigiosa que se plantea consiste en dilucidar si la actitud observada por la ciudadana extranjera en el puesto fronterizo en el momento de realizar el control de acceso a territorio español -que reconoce de excitación y agresividad hacia los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dado su nerviosismo e incomprensión por la situación padecida- puede considerarse como conducta que suponga una amenaza para la seguridad y el orden público determinante de la prohibición de entrada en territorio español.

La sentencia recurrida así lo ha entendido, expresando su razonamiento en los siguientes términos (FJ 2^o):

"El artículo 5 del Código de fronteras Schengen -Reglamento de la Unión Europea 2016/399 - dispone los requisitos exigibles para la entrada en los Estados miembros, requisitos entre los que se encuentra el de " no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos." Este es el precepto en el que la Administración motiva la denegación de entrada del recurrente en territorio español.

Del informe del funcionario actuante resulta que, a la llegada de la actora al aeropuerto la actora intentó evitar por dos veces el control de frontera; que llevaba una faja abultada que fue objeto de control, comprobándose que se trataba meramente de una faja comprensiva que, según manifestó, era debida a una reciente operación; que la actora mantuvo una actitud de agresividad y excitación, insultando a los agentes. La interesada manifestó que no entendía la situación, que estaba mal de salud y solo pedía un intérprete, que se enfadó porque estaba muy nerviosa, que posiblemente le afectó la medicación que tomaba a consecuencia de una reciente operación y le sentó mal una copa de vino que tomó, pidiendo disculpas al respecto.

El caso es que la actora mantuvo una actitud no solo agresiva e insultante sino también de desobediencia a los funcionarios de policía. Una actitud que afecta en sí misma el orden público y es susceptible de fundar razonablemente una sospecha en el sentido que la permanencia de la actora en España puede comportar un riesgo para la seguridad o el orden públicos.

Cabe señalar que no es necesario a estos efectos que se acredite una amenaza real, actual y suficientemente grave para la seguridad o el orden público que afecte un interés fundamental de la sociedad. Es este un postulado particularmente exigente que se corresponde con los casos de denegación de la autorización de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea o sus familiares según el artículo 15 en el Real Decreto 240/07, de trasposición de la Directiva 38/04.

No estamos en este caso ante una decisión que afecte el derecho de residencia de un ciudadano europeo, sino ante la denegación de entrada de un ciudadano de un tercer país, siendo así que se aplica en este caso el convenio de Schengen que es menos exigente en este aspecto.

Por consiguiente, no se puede considerar desproporcionada la valoración efectuada por la Administración en cuanto a la concurrencia de la causa de rechazo en frontera prevista en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen antes reproducido.

Corresponde en consecuencia desestimar el presente recurso de apelación."

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

La representación procesal de doña Amelia , prepara recurso de casación denunciando la vulneración de las siguientes normas: art. 4.1.g) del Real Decreto 557/2011; arts. 20.2 y 26.2 de la LOEX; art. 35 de la Ley 39/2015; art. 24 CE; art. 5.1.e) del Reglamento (CE) nº 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, que establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen); art. 24 CE; art. 6 del CEDH y arts. 47 y 48 de la Carta de Derechos de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Considera, en síntesis, que la denegación de entrada se fundamenta en una interpretación laxa y extensiva del supuesto de amenaza para la seguridad y el orden público, pero sin que se haya precisado en qué medida su conducta resulta encajable en dicho supuesto.

Invoca los supuestos de interés casacional del artículo 88.2.a), c) y f) LJCA. Señala, al efecto, que la sentencia recurrida contradice la STS de 10 de enero de 2007, en la que se contempla un supuesto de denegación de entrada en territorio español por resultar una amenaza para el orden público y la seguridad nacional, y ello con base en una interpretación del acuerdo Schengen que no es la seguida por la sentencia aquí recurrida.

Asimismo, argumenta que la cuestión suscitada afecta a un gran número de situaciones trascendiendo al supuesto concreto enjuiciado, dada la gran afluencia de extranjeros que pretenden entrar en territorio español por diversas razones y que posibilitaría la aplicación del supuesto en cuestión -amenaza para el orden público- a comportamientos como el observado por la recurrente.

Y en cuanto al supuesto previsto en el apartado f) de art. 88.2 LJCA, considera que la sentencia realiza una interpretación en aparente contradicción con la jurisprudencia del TJUE, citando las SSTJUE de 16 de enero (asunto C-240717) y 8 de mayo de 2018 (asunto C- 82/16) en relación con la interpretación de los conceptos "riesgo para el orden público" y de "seguridad pública".

TERCERO.Admisión del recurso.-

Mediante auto de 9 de febrero de 2021, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personada doña Amelia , por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 15 de julio de 2021, acordando:

<< 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 1542/21, preparado por la representación procesal de Dña. Amelia contra la sentencia -16 de noviembre de 2020- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestima el recurso de apelación 398/19 interpuesto contra la sentencia -21 de enero de 2019- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 16 de Barcelona que desestimó el P.A. 289/16 deducido frente a la resolución -29 de abril de 2015, confirmada en alzada por la de 25 de agosto- del Servicio de Control de Extranjería (Puesto fronterizo del aeropuerto de El Prat de Barcelona), por la que se denegó su entrada en territorio español y el retorno al lugar de procedencia.

2º) Precisar que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si una actitud del extranjero en puesto fronterizo igual o similar a la descrita en el presente caso -agresiva, insultante y de desobediencia a los funcionarios públicos en el puesto de control de frontera-, puede incardinarse en el supuesto normativo que condiciona la entrada en territorio español de extranjeros que no supongan un peligro para el orden público.

3º) Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, los artículos 4.1.g) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que 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 (LOEX); 20.2 y 26.2 de la LOEX; 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 5.1.e) del Reglamento (CE) nº 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, que establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.



5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de doña Amelia con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala, que: <<mediante el presente escrito tenga por interpuesto el recurso de casación y, en consecuencia, estime el mismo y 1º.- fije doctrina en el sentido de determinar que una actitud de un extranjero en puesto fronterizo, igual o similar a la descrita en el presente caso, no puede incardinarse en el supuesto normativo que condiciona la entrada en territorio español de extranjeros que supongan un peligro para el orden público. 2º.- Y case la sentencia impugnada, reconociendo los daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia, daño moral y vulneración del derecho a no sufrir dilaciones indebidas reconociendo el derecho a ser compensada con un importe no inferior a 3.000 Euros, así como a los derechos morales por importe de 500 Euros y costas del procedimiento.>>

QUINTO. No oposición al recurso.-

No habiéndose personado la parte recurrida y no considerando necesaria la Sala la celebración de vista, por providencia de 12 de noviembre de 2021 se señaló para votación y fallo la audiencia del día 1 de febrero de 2022, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso.

Se interpone el presente recurso de casación 1542/2021 por la representación de doña Amelia , a la sazón ciudadana de la Federación de Rusia, contra la sentencia 4676/20, de 16 de noviembre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el rollo de apelación 398/2019, que había sido interpuesto por la mencionada recurrente, contra la sentencia 16/2019, de 21 de enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 16 de los de Barcelona, en el recurso contencioso-administrativo 289/2016, en impugnación de la resolución de la Jefatura del Puesto Fronterizo del Aeropuerto del Prat-Barcelona, de 23 de abril de 2018, por la que se le denegaba la entrada en territorio Español, con obligación de retornar al lugar de procedencia.

La mencionada resolución administrativa había decretado la medida de prohibición de entrada por motivos de orden público, conforme a lo establecido en los artículos 26.2º y 60 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), motivándose la prohibición de entrada en España en la agresividad mostrada por la recurrente contra los agentes en el preceptivo control de pasaportes.

La sentencia de primera instancia desestima el recurso y confirma la resolución impugnada, al estimar, de acuerdo con lo que se razona en sus fundamentos, en especial en el segundo, que conforme resulta del expediente, la recurrente mostró una hostilidad extrema frente a los agentes al realizar el preceptivo control policial de frontera, actuación que legitimaba la prohibición de entrada, conforme a los preceptos que ya se mencionaban en la resolución impugnada.

Recurrida esa decisión del Juzgado ante la Sala territorial de Cataluña, en la sentencia objeto del presente recurso se desestima la apelación y se confirma la sentencia del Juzgado, justificándose dicha decisión en los razonamientos que se contienen, en lo que trasciende al presente recurso, en el fundamento segundo, en el que se declara:

"El artículo 5 del Código de fronteras Schengen -Reglamento de la Unión Europea 2016/399- dispone los requisitos exigibles para la entrada en los Estados miembros, requisitos entre los que se encuentra el de "no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos." Este es el precepto en el que la Administración motiva la denegación de entrada del recurrente en territorio español.



"Del informe del funcionario actuante resulta que, a la llegada de la actora al aeropuerto la actora intento evitar por dos veces el control de frontera; que llevaba una faja abultada que fue objeto de control, comprobándose que se trataba meramente de una faja compresiva que, según manifestó, era debida a una reciente operación; que la actora mantuvo una actitud de agresividad y excitación, insultando a los agentes. La interesada manifestó que no entendía la situación, que estaba mal de salud y solo pedía un intérprete, que se enfadó porque estaba muy nerviosa, que posiblemente le afecto la medicación que tomaba a consecuencia de una reciente operación y le sentó mal una copa de vino que tome, pidiendo disculpas al respecto.

"El caso es que la actora mantuvo una actitud no solo agresiva e insultante sino también de desobediencia a los funcionarios de policía. Una actitud que afecta en si misma el orden público y es susceptible de fundar razonablemente una sospecha en el sentido que la permanencia de la actora en España puede comportar un riesgo para la seguridad o el orden públicos.

"Cabe señalar que no es necesario a estos efectos que se acredite una amenaza real, actual y suficientemente grave para la seguridad o el orden público que afecte un interés fundamental de la sociedad. Es este un postulado particularmente exigente que se corresponde con los casos de denegación de la autorización de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea o sus familiares según el artículo 15 en el Real Decreto 240/07, de trasposición de la Directiva 38/04.

"No estamos en este caso ante una decisión que afecte el derecho de residencia de un ciudadano europeo, sino ante la denegación de entrada de un ciudadano de un tercer país, siendo así que se aplica en este caso el convenio de Schengen que es menos exigente en este aspecto.

"Por consiguiente, no se puede considerar desproporcionada la valoración efectuada por la Administración en cuanto a la concurrencia de la causa de rechazo en frontera prevista en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen antes reproducido."

La referida sentencia es la que se recurre en el presente recurso de casación.

SEGUNDO. Interposición, admisión y oposición al recurso.

Contra la decisión del Tribunal de Cataluña se prepara el recurso de casación que, como ya se dijo, fue admitido a trámite, estimándose en el auto de admisión que la cuestión que suscitaba interés casacional para la formación de la jurisprudencia, era "determinar si una actitud del extranjero en puesto fronterizo igual o similar a la descrita en el presente caso -agresiva, insultante y de desobediencia a los funcionarios públicos en el puesto de control de frontera-, puede incardinarse en el supuesto normativo que condiciona la entrada en territorio español de extranjeros que no supongan un peligro para el orden público." A tales efectos se consideraban que debían ser objeto de interpretación, entre otros que se estimaran pertinentes, el artículo 4.1º.g) del Reglamento de la LOEX, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril; los artículos 20.2º y 26.2º de la LOEX; el artículo 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen); mejor que el artículo 5.1º.e) del Reglamento (CE) nº 562/2006, que había sido sustituido por el antes mencionado.

En el escrito de interposición del recurso se aduce por la defensa de la recurrente, en primer lugar, cuestiones de naturaleza formales, aunque sistemáticamente en el escrito de interposición sean los finales, reprochando a la Sala sentenciadora, de una parte, la vulneración de las normas antes mencionadas referidas al procedimiento administrativo, en cuanto se considera que la denegación de entrada constituye una medida que debe estar condicionada por las peculiaridades de cada caso, de que, desde el punto de vista del procedimiento, la constancia de las circunstancias que concurran exigen una exhaustiva motivación de la procedencia de dicha medidas, motivación que, a juicio de la defensa de la recurrente, no consta ni en la resolución administrativa impugnada ni en la sentencia que la revisa, por cuanto no se valora que la recurrente no niega los hechos que sirven de base a la denegación de la entrada en España, así como la causa de tales hechos, considerando que no se ha motivado las razones por las que de tales hechos se concluye en la amenaza para el orden público. En segundo lugar y en el ámbito de los vicios formales, se reprocha a la sentencia de instancia no haber valorado la demora en la tramitación del procedimiento, que comporta la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución.

Las cuestiones aducidas en contra de la sentencia de instancia de naturaleza sustantiva se refieren, en primer lugar, a que el Tribunal sentenciador ha realizado una interpretación de los preceptos aplicables a la entrada de los extranjeros vulnerando lo declarado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del TJUE en relación con la determinación de la amenaza para el orden público como motivo de denegación de entrada de los extranjeros en España. Se considera que, en el caso de autos, aun cuando el comportamiento de la recurrente "



no fuera el más adecuado", no puede estimarse que, conforme a dicha jurisprudencia, pueda constituirse como una amenaza para el orden público.

El segundo de los motivos que se aducen en contra de la sentencia se centra en el artículo 6 del CFS y en el artículo 4.1º del Reglamento de la LOEX, que exigen interpretar el concepto de orden público de manera ponderada.

El tercer motivo se centra en la vulneración del artículo mencionado de la norma comunitaria que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE fijando los criterios a valorar para considerar que concurre la exigencia de amenaza para el orden público. Se estima que en el caso de autos no se cumplen dichas exigencias.

Se termina suplicando que se fije como doctrina legal la que se refleja en el auto de admisión, en cuya aplicación al caso de autos debe comportar la estimación del recurso, casar la sentencia de instancia y, dictando otra en sustitución, se anule la resolución administrativa originariamente impugnada.

No ha comparecido en el recurso para oponerse la Administración demandada.

TERCERO. Examen de la cuestión casacional.

Sin perjuicio de examinar los concretos motivos de impugnación aducidos en el escrito de interposición del presente recurso en un momento posterior, conforme al orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de nuestra Ley procesal; debemos proceder ahora al examen de la cuestión objetiva que se delimita en el auto de admisión, referida, como ya se dijo, a determinar si una actitud como la reflejada por la recurrente en el momento de solicitar la entrada en España en el puesto fronterizo, que se acepta por la interesada, puede suponer la justificación para considerar que constituye una amenaza para el orden público y, por tanto, denegar dicha entrada. La vinculación del dicho objeto a las circunstancias concretas del caso enjuiciado, que ciertamente dificulta la fijación de una interpretación objetiva de la cuestión casacional, obliga a examinar la normativa reguladora de la entrada de los extranjeros en España, que, por otra parte, constituye la normativa que se determina sean objeto de interpretación.

La entrada de los extranjeros en España se contempla en el artículo 20 de la LOEX, conforme al cual dicha entrada deberá hacerse por los puestos habilitados y deberán "hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad... no estar sujeto a prohibiciones expresas... presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios." Las previsiones generales de la Ley se desarrollan en el Reglamento de manera concreta, sin que para el debate de autos sea necesario reseñar dicha regulación, baste con señalar que en el artículo 4 se establecen los requisitos específicos para autorizar la entrada, entre los que se impone --apartado 1ºg)-- "No suponer un peligro para... el orden público..." En tales supuestos y conforme a lo establecido en el artículo 26.2º de la LOEX, cuando no proceda autorizar la entrada, se dictará "resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo."

En relación con esta materia, es de aplicación, con carácter imperativo, lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen), que en su artículo 6 regula "las condiciones de entrada para nacionales de terceros países serán las siguientes: e) no suponer una amenaza para el orden público, ..."

Todo el debate de autos se centra en determinar el contenido del mencionado concepto jurídico indeterminado de orden público, así como la necesidad de que, una vez determinado su contenido, cuándo pueda considerarse que el solicitante de la entrada comporta esa "amenaza". En este sentido debemos acudir a la determinación que del concepto se ha establecido por la jurisprudencia, tanto nacional como europea, habida cuenta de la imposición del concepto de orden público por una y otra norma, como era obligado.

Suscitado el debate en tales términos este Tribunal ha de confirmar los razonamientos que se contienen en la sentencia de instancia, que se han transcrito anteriormente, en orden a la determinación del concepto de orden público a los efectos de la denegación de entrada en el espacio Schengen, más concretamente y a la vista de lo aducido en el escrito de interposición del recurso, que no es extrapolable a los supuestos de entrada en un País de la Unión, el concepto de amenaza al orden público aplicado para los supuestos de retorno de residente en dichos países, que es el fundamento que se acoge en la sentencia recurrida, como se ha visto en su transcripción.



En efecto, ratifica dicho criterio el TJUE en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-380/18; ECLI: EU:C:2019:1071) que, dando respuesta a una cuestión prejudicial, suscitada por un Tribunal (Países Bajos) en relación a la aplicación de la excepción de orden público para acodar la denegación de entrada –en realidad permanencia– de quien, estando ya en el País, es denegada dicha permanencia por las autoridades nacionales por existir sospecha de haber cometido el extranjero un delito; supuestos que el Tribunal asimila a la denegación de la entrada, por estimarse que concurre la excepción de salvaguarda de amenaza para el orden público, a que se refiere el artículo 5.1º.e) realizando las siguientes consideraciones, relevantes para el debate de autos:

1º. "con objeto de precisar el alcance del concepto de "amenaza para el orden público", a efectos del artículo 6, apartado 1, letra e), del código de fronteras Schengen, resulta necesario tener en cuenta el tenor literal de esta disposición, su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de junio de 2015, T., C-373/13, EU:C:2015:413, apartado 58, y de 4 de abril de 2017, Fahimian, C-544/15, EU:C:2017:255, apartado 30)." (33)... *Debe señalarse, en primer lugar, que el tenor del artículo 6, apartado 1, letra e), del referido código, a diferencia de lo señalado, en particular, en el artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, no exige expresamente que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad para que dicha persona pueda ser considerada una amenaza para el orden público...*

2º. Asimismo, si bien es cierto que el considerando 27 y el artículo 8, apartado 2, párrafo tercero, de este código se refieren expresamente a la situación en que una persona representa una "amenaza real, actual y suficientemente grave" para el orden público, estas referencias aluden únicamente a la situación de beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 2, punto 5, de dicho código. En estas circunstancias, si el legislador de la Unión hubiera querido asimismo supeditar la aplicación del artículo 6, apartado 1, letra e), del código de fronteras Schengen a la existencia de tal situación, lógicamente habría formulado esta disposición de la misma manera que el artículo 8, apartado 2, párrafo tercero, de dicho código." (36 a 39)

3º. "esta disposición también está estrechamente relacionada con el código de visados. Por lo tanto, las facultades discrecionales que el Tribunal de Justicia reconoce a las autoridades competentes de los Estados miembros cuando comprueban el cumplimiento de las condiciones a que se supedita la expedición de un visado uniforme, lógicamente, y habida cuenta de la complejidad de tal examen (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Koushkaki, C-84/12, EU:C:2013:862, apartados 56 a 60), también deben reconocerse a dichas autoridades cuando estas han de determinar si un nacional de un tercer país constituye una amenaza para el orden público, a efectos del artículo 6, apartado 1, letra e), del código de fronteras Schengen.

4º. "El concepto de "amenaza para el orden público" se ha interpretado posteriormente de la misma manera en el contexto de varias directivas que regulan la situación de nacionales de terceros países que no son miembros de la familia de un ciudadano de la Unión (véanse las sentencias de 11 de junio de 2015, Zh. y O., C-554/13, EU:C:2015:377, apartado 60; de 24 de junio de 2015, T., C-373/13, EU:C:2015:413, apartado 79, y de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 67). Sin embargo, no toda referencia del legislador de la Unión al concepto de "amenaza para el orden público" debe entenderse necesariamente como una referencia exclusiva a una conducta individual que represente una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de que se trate. Así, por lo que se refiere al concepto conexo de "amenaza para la seguridad pública", el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el contexto de la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO 2004, L 375, p. 12), este concepto debe interpretarse con mayor amplitud que en la jurisprudencia relativa a los beneficiarios del derecho a la libre circulación y puede, en particular, incluir amenazas potenciales para la seguridad pública (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de abril de 2017, Fahimian, C-544/15, EU:C:2017:255, apartado 40). Esta apreciación se ve corroborada, en segundo lugar, por el contexto en que se sitúa el artículo 6, apartado 1, letra e), del código de fronteras Schengen."

5º. "queda de manifiesto, por una parte, que la preservación del orden público es, por sí sola, uno de los objetivos perseguidos por dicho código y, por otra, que el legislador de la Unión se ha propuesto luchar contra todas las amenazas para el orden público."

6º. "el artículo 6, apartado 1, letra e), del código de fronteras Schengen... [debe interpretarse que la] práctica nacional debe ajustarse al principio de proporcionalidad, que es un principio general del Derecho de la Unión, y en consecuencia no debe ir más allá de lo necesario para proteger el orden público (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de mayo de 2019, Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350, apartado 24; de 17 de abril de 2018,



Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 68, y de 9 de julio de 2015, K y A, C-153/14, EU:C:2015:453, apartado 51)."

7º. "De ello se desprende, por una parte, que... si no ha habido condena, las autoridades competentes solo pueden invocar una amenaza para el orden público si existen motivos coherentes, objetivos y precisos para sospechar que dicho nacional ha cometido tal delito."

8º. "el artículo 6, apartado 1, letra e), del código de fronteras Schengen debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una práctica nacional en virtud de la cual las autoridades competentes pueden dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país no sujeto a la obligación de visado que se encuentra en el territorio de los Estados miembros para una estancia de corta duración, porque se le considera una amenaza para el orden público, ... siempre que esta práctica solo se aplique si... dichas autoridades disponen de información coherente, objetiva y precisa que corrobore sus sospechas, circunstancias que debe comprobar el tribunal remitente."

Así pues, de las consideraciones anteriores hemos de concluir que, como ya se dijo, son plenamente acertados los razonamientos de la sentencia recurrida, que este Tribunal comparte y reitera a la vista de la jurisprudencia mencionada, que desmerece la invocación de la citada por la defensa de la recurrente.

CUARTO. Examen de la cuestión que suscita interés casacional.

De conformidad con lo establecido anteriormente, debemos dar respuesta a la cuestión casacional que, en la forma delimitada, obliga a considerar las circunstancias del caso, a la que después deberemos referirnos de manera concreta, señalando que una actitud como la mostrada por la recurrente en puesto fronterizo comporta la amenaza para el orden público a los efectos de ordenar la denegación de entrada en España.

QUINTO. Examen de la pretensión accionada en el proceso.

De conformidad con el orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debemos proceder ahora, en aplicación de la interpretación realizada, a examinar la pretensión accionada en el proceso que, al momento presente, está referida a la petición de la recurrente de que se case la sentencia de instancia, se estime el previo recurso de apelación y se anule la resolución originariamente impugnada.

A la vista de dicha pretensión debemos recordar que los motivos de carácter sustantivo que se aducen en el escrito de interposición deben rechazarse en aplicación de la jurisprudencia que ya se ha expuesto. Y en cuanto a los motivos de carácter formal, ya se dijo que se aduce una pretendida falta de motivación, en cuanto ni la Administración al dictar la resolución impugnada, ni los Tribunales al revisarla en vía contencioso-administrativa, han motivado la decisión adoptada porque, a juicio de la defensa de la recurrente, no se han valorado las circunstancias que concurrieron en los hechos que sirven de justificación a la decisión adoptada; de otra parte, que tampoco se ha valorado la demora en la tramitación del procedimiento.

Suscitado el debate en relación a vicios del procedimiento debe tenerse en cuenta que, en la medida que no se reprocha a la actuaciones una omisión total y absoluta del procedimiento, esos pretendidos defectos solo podrían ocasionar la ineficacia del acto impugnado por la vía de la anulabilidad, regulada ahora en el artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual, para que concurra dicha anulabilidad de los actos administrativos se requiere que el aducido defecto de procedimiento ocasionen indefensión o impida al acto producir su fin. Pues bien, ninguno de los referidos presupuestos concurre en el caso de autos, porque claramente debe apreciarse que no se ha ocasionado indefensión alguna a la recurrente que, al margen de que no invoca de qué omisiones procedimentales se ha visto privada, ha tenido oportunidad, y la ha aprovechado, de hacer cuantas alegaciones ha tenido por conveniente y de haber aportado las pruebas que ha considerado oportunas. Así pues, en modo alguno pueden aceptarse las objeciones que se aducen en el escrito de interposición.

Además de lo antes señalado, de por sí suficiente para rechazar el motivo, debe hacerse constar que en las actuaciones se deja constancia acreditada –la misma recurrente las admite– de las circunstancias que concurrieron a los hechos que sirven de justificación a la prohibición de entrada, como se ha visto en la transcripción de la sentencia, en la que se hace expresa referencia a dichas circunstancias y, que por afectar a materia de valoración de prueba, no puede cuestionarse en casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 87. Bis de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por otro lado y en relación a la demora en la tramitación del procedimiento, es lo cierto que, sin perjuicio de desconocer la tramitación de quien no residía, al parecer, en nuestro País, debe recordarse que el párrafo tercero del antes mencionado artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que "[l]a realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo



establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo", por lo que en modo alguno puede estimarse que proceda la anulación de la resolución impugnada.

Las razones expuestas comportan que debe declararse no haber lugar al presente recurso de casación.

SEXTO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Dando respuesta a la cuestión casacional conforme a lo referido en el fundamento cuarto, y en su aplicación, no ha lugar al presente recurso de casación 1542/2021, interpuesto por Doña Amelia, contra la sentencia 4676/20, de 16 de noviembre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el rollo de apelación 398/2019, mencionada en el primer fundamento; sin hacer expresa condena de las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.