



Roj: **STSJ M 4849/2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:4849**

Id Cendoj: **28079330062011100182**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/03/2011**

Nº de Recurso: **51/2011**

Nº de Resolución: **302/2011**

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **EVA ISABEL GALLARDO MARTIN DE BLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.6

MADRID

SENTENCIA: 00302/2011

Apelación nº 51/2011

Ponente: Sra. EVA ISABEL GALLARDO MARTÍN DE BLAS .

S E N T E N C I A N U M . 3 0 2

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEXTA

ILMOS . SRES . :

PRESIDENTE :

Dña. TERESA DELGADO VELASCO

MAGISTRADOS :

Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

Dña. AMPARO GUILLÓ SÁNCHEZ GALIANO

Dña . EVA ISABEL GALLARDO MARTÍN DE BLAS

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELÍAS

En la villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil once .

VISTO por la Sala el presente recurso de apelación núm. 51/2011, interpuesto por la Procuradora Sra. Martínez Serrano, en nombre y representación de D^a. Ana , contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm.4 de Madrid de fecha 7 de Octubre de 2010 , dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 1139/08, siendo parte apelada la Dirección General de Policía representada por el Abogado del Estado .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 7 de Octubre de 2010, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de los de Madrid dictó Sentencia en el Procedimiento Abreviado núm. 1139/08 cuya parte dispositiva desestimaba el recurso interpuesto contra la resolución dictada en fecha 4 de Noviembre de 2008, por la Dirección General de la Policía desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la actora frente a la Resolución del Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid- Barajas de 29 de Junio de 2008 que denegó la entrada de la actora en territorio nacional declarando la Resolución recurrida ajustada a Derecho .



Segundo.- El demandante en dicho proceso interpuso contra la anterior Sentencia recurso de apelación, que fue admitido a trámite y del que se dio traslado a la Administración demandada, que formuló escrito de oposición.

Tercero.- Emplazadas las partes, se elevaron los Autos a esta Sala señalándose, para la votación y fallo del recurso de apelación, la audiencia del día 28 de Marzo de 2011 teniendo así lugar.

VISTO siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sra. Dña. EVA ISABEL GALLARDO MARTÍN DE BLAS, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - El presente recurso de apelación se interpuso por la actora, contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de los de Madrid de 7 de Octubre de 2010, que desestimó la demanda interpuesta contra la Resolución de fecha 29 de Junio de 2008 del Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo, y, su confirmación por resolución de fecha 4 de Noviembre de 2008 de la Dirección General de la Policía, por la que se denegó la entrada en territorio español a la recurrente por no presentar los documentos que justificasen el objeto y condiciones de la estancia prevista, acordándose su retorno al lugar de procedencia a cargo de la Compañía Aérea Iberia que la transportó hasta España.

SEGUNDO . La Sala corrobora las apreciaciones del Juzgado de instancia al valorar los hechos y circunstancias que concurren en la parte actora tal como se desprenden del expediente administrativo.

En efecto para valorar los hechos y circunstancias se han tenido en cuenta en el Juzgado de instancia los datos obtenidos en el expediente administrativo mediante la actuación de la policía del Puesto Fronterizo. La Sala considera que la función de policía que efectúa la Administración, en la tramitación del procedimiento respecto del actor legitima a sus Agentes y les obliga a realizar las comprobaciones de que se reúnen los requisitos exigidos legalmente para la entrada en España, de tal forma que no puede considerar que se incurre en vulneración alguna cuando su actuación viene determinada y exigida por las normas como agentes de la Administración en su función de policía en los puestos fronterizos. No cabe, por lo tanto, entender que los Agentes actúan con arreglo a un criterio subjetivo ya que los mismos se limitan a constatar la documentación presentada de la que se deduce la ausencia de aquellos que se consideran necesarios para entrar legalmente en España y, en su caso, las condiciones objetivas que se consideran necesarias para probar que la permanencia de turismo. Partiendo de tales consideraciones, los datos suministrados por la policía fronteriza y la valoración realizada en relación con los motivos de entrada, condujeron al Juzgado de instancia a apreciar, acertadamente, que por la situación económica del actor y la ausencia de documentos exigidos legalmente para entrar en España no cabía entender acreditado que hacer turismo fuera el motivo de la entrada en territorio nacional.

TERCERO . Partiendo, por tanto, de tales valoraciones, la Sala considera que debe tenerse en consideración que el artículo 19 de la Constitución Española que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente. Ahora bien, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/1993, de 22 de marzo, "la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 C.E y STC 107/1984), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de su ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, resulta lícito que las leyes y los Tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella". Sigue afirmando que "(.....)El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (RCL 1977\893 y ApNDL 3630) que -a diferencia del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627)- se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los arts. 19 y 13 de la Constitución, por imperativo de su art. 10.2. Las Leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado. Así pues, los extranjeros que por disposición de una Ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las Leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE. 4. Las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable [STC 85/1989 (RTC 1989\85), fundamento jurídico 3]. ».

Por consiguiente, para ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 CE reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión o extrañamiento debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería, u otro texto legal de igual valor, para adoptar



esa grave medida. Asimismo, la conformidad con la Ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el art. 27 de la Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa. Finalmente, deben ser respetados el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el art. 13 PIDCP, y los arts. 13, 19 y 24 de la Constitución, precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros, como declararon las SSTC 99/1985, fundamento jurídico 2.º y 115/1987, fundamento jurídico 4.º

Tampoco puede entenderse que concurre vulneración del artículo 14.2 de dicho Pacto relativo al derecho a la presunción de inocencia de quienes han cometido un delito debiendo insistir en que no cabe su invocación en el caso que nos ocupa, en tanto en cuanto como reiteradamente ha manifestado esta Sala, el presente expediente no es un expediente sancionador sino un procedimiento instruido, en el ámbito de las funciones de policía de la Administración, a consecuencia del incumplimiento de los requisitos y garantías que para la entrada en nuestro país se establecen. En este procedimiento no se actúa en base a una sospecha por parte de la Policía sino en base a la ausencia de requisitos establecidos en las normas y de aportación de la documentación necesaria por lo que la denegación de entrada en territorio español no tiene naturaleza sancionadora, sino que se rige por un procedimiento administrativo especial, regulado fundamentalmente en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, y el Real Decreto 864/2001, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo, y cuyo artículo 23 tan sólo exige que la denegación se efectúe mediante "resolución motivada y notificada con indicación de los recursos que proceden, plazos y autoridad competente", requisitos que fueron cabalmente cumplidos, tal y como consta en el expediente, por la resolución que constituye el objeto del presente proceso.

Por lo tanto, puesto que se cumple con la exigencia establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional, ya que se ha seguido el procedimiento administrativo dando cumplimiento, por lo tanto, a las previsiones al efecto de la Ley de Extranjería, no cabe considerar vulneradas las normas Internacionales.

En segundo lugar, hay que invocar la norma contenida en el artículo 5.1 del Acuerdo de Schengen establece, como requisitos para la autorización de la entrada del nacional extranjero, los siguientes: a) Poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité Ejecutivo; b) Estar en posesión de un visado cuando éste sea exigido; c) En su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; d) No estar incluido en la lista de no admisibles. De no cumplir alguno de los mentados requisitos "se negará la entrada"(artículo 5.3 del Acuerdo de Schengen).

En el presente caso, el Juez de instancia ha tenido en consideración que el actor pretendió entrar en territorio nacional sin observar los requisitos establecidos en el artículo 25 de la Ley 4/2000, de 11 de enero modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, señala que "el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y las 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".

Asimismo, en el apartado 2 del referido artículo, se señala que "salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando al extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español".

Partiendo de la exigencia legal de tales requisitos, la Sala comparte que el hecho de viajar sin tener concertada su actividad turística ni asegurada la estancia ya que si bien afirma que el tiempo de su estancia es de nueve días sólo está pagada la reserva de cinco y no presenta carta de invitación que reúna los requisitos del artículo 7.2.b) del R.D. 2393/04. Además cuenta, únicamente, con el dinero en efectivo que portaba sin llevar consigo tarjetas de crédito o documentación bancaria de cualquier clase que le permitiera disponer de dinero en caso de agotarse el efectivo. Los indicados son datos todos ellos que, valorados en su conjunto, desvirtúan las alegaciones de la actora respecto del motivo turístico de su viaje ya que no es inherente a la actividad de turismo no portar más que el dinero en efectivo para hacer frente a los gastos propios de la actividad turística durante el período de un mes en que pensaba permanecer en España sin realizar ingreso alguno. El hecho de que portara una cantidad de dinero no significa que automáticamente deba considerarse legal la entrada en



España si el resto de los factores no ratifican la finalidad turística del viaje que la actora ha invocado . Tener en consideración los datos a que hemos hecho referencia para entender que no está acreditada la finalidad turística del viaje no es una motivación subjetiva sino el fruto de la valoración de los datos objetivos que concurren en quien pretende su entrada en territorio nacional sin el visado que legalmente le proporcionaría el derecho a dicha entrada .

Por otra parte, esta Sala no desconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de Abril de 2005 sobre denegación de entrada, y, que incide de modo particular acerca de los factores que influyen en la conclusión de la finalidad turística del viaje, sin embargo se considera que no resulta aplicable al caso por cuanto se refiere a la legislación anterior a la Ley 4/2000 en la que no se establecía preceptivamente la obligación de presentar los documentos que reglamentariamente justifiquen el objeto y condiciones de la estancia en territorio nacional motivo por el cual la no presentación exigía acudir a las presunciones derivadas de la situación del actor . En el caso que nos ocupa, los hechos acaecieron el día 29 de Junio de 2008 cuando ya estaba vigente la Ley 4/2000 modificada por la 8/2000 que, en su artículo 25.1 , establecía preceptivamente la obligación de presentar los documentos que reglamentariamente justifiquen el objeto y condiciones de la estancia en territorio nacional . Puesto que tales extremos no se han acreditado debe considerarse que la denegación de entrada no es contraria a Derecho

CUARTO . En cuanto al procedimiento tramitado, ha de precisarse que se ha respetado en las actuaciones el derecho de defensa del demandante, al resultar constatado en el expediente que el mismo no sólo conoció perfectamente los hechos por los que se le denegó la entrada, sino que pudo en todo momento ejercitar las acciones que tuvo por conveniente conforme a las directrices y límites que la normativa proclama; fue, en efecto, asistido por letrado desde la primera declaración, y, además, la propia tramitación de este proceso evidencia la inexistencia de la vulneración invocada.

El artículo 26.2 de la Ley de extranjería establece que los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

Según el tenor literal del precepto la intervención letrada es precisa en el seno de los procedimientos administrativos o judiciales , por lo que tal intervención se precisa una vez iniciado el procedimiento administrativo lo que se ha cumplido en el presente caso , esto es, cuando se constata que el extranjero que intenta la entrada va a estar inmerso en un procedimiento administrativo y va a necesitar tal defensa, ya que en momento anterior es imposible determinar si no se va a permitir tal entrada en territorio nacional .

Por otra parte, al no tratarse de un procedimiento sancionador, sino del incumplimiento de los requisitos y garantías que para la entrada en nuestro país se establecen, no resulta exigible el traslado para alegaciones al interesado con anterioridad a la decisión que pone fin al procedimiento administrativo, ya que la resolución recurrida no ha tenido en cuenta otros hechos o documentos que los inicialmente considerados (y declarados por el demandante), por lo que resultaba innecesario un nuevo trámite de traslado del informe propuesta del actuante y , en cualquier caso , se trata de un informe propuesta que se contempla en la propia Resolución denegatoria , por lo que dando traslado de ésta a la parte actora para que desvirtúe su argumentos se cumple con la observancia del principio de contradicción, máxime cuando por el instructor no se realizó actuación alguna para comprobar la veracidad de las declaraciones del actor.

Además el artículo 4 del R.D 2393/04 incluye, entre los requisitos necesarios para la entrada en territorio nacional, además de la titularidad del pasaporte y del visado, la justificación del objeto y las condiciones de la estancia en los términos del artículo 7 , en el que se dispone que ". Los extranjeros deberán, si así se les requiere, especificar el motivo de su solicitud de entrada en España. Los funcionarios responsables del control de entrada en función, entre otras circunstancias, del objeto del viaje y de su duración podrán exigirles la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud del motivo de entrada invocado." En consecuencia valorar la verosimilitud del motivo de entrada invocado es una función legalmente prevista que deben realizar los funcionarios responsables del control de entrada sin perjuicio de que tal valoración sea valorada e incluso revisada tanto en vía administrativa como en esta vía judicial

Y es que, como esta Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos, la denegación de entrada en territorio español no tiene naturaleza sancionadora, sino que se rige por un procedimiento administrativo especial, regulado fundamentalmente en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, y el Real Decreto 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo, y cuyo artículo 26 tan sólo exige que la denegación se efectúe mediante "resolución motivada con indicación de los recursos que proceden, plazos y



autoridad competente", requisitos que fueron cabalmente cumplidos, tal y como consta en el expediente, por la resolución que constituye el objeto del presente proceso.

Además la Resolución al recurso de alzada se ha dictado por la Autoridad competente que es el Director General de la Policía .

QUINTO . Por último, tal como se apreció en la instancia, no se ha producido indefensión en el litigio en relación con la inobservancia del requisito de la motivación al resultar constatado que el recurrente no sólo conoció perfectamente los hechos por los que se le denegó la entrada, sino que pudo en todo momento ejercitar las acciones que tuvo por conveniente conforme a las directrices y límites que la normativa proclama; fue, en efecto, asistido por letrado desde la primera declaración, y, además, la propia tramitación de este proceso evidencia la inexistencia de la vulneración invocada.

El requisito de la motivación, además, tiene por finalidad dar a conocer a los administrados las razones de la decisión, lo que no sólo asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, sino que permite al interesado impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda y, en último término, facilita el control que el artículo 106.1 C.E . encomienda a los Tribunales de Justicia. Así, tal y como ha proclamado reiteradamente la jurisprudencia, la motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia del aludido requisito cuando es suficientemente indicativa de las bases y presupuestos en que se asientan las decisiones administrativas impugnadas, lo que, a juicio de la Sala, ocurre en el caso enjuiciado, ya que los actos administrativos señalan expresamente que el motivo de la denegación de entrada fue el de "no reunir el requisito de presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, así como carecer de medios económicos". Ni que decir tiene que esos son los requisitos que la legislación exige para que pueda autorizarse la entrada a tenor de lo establecido en el artículo 25.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, preceptos que son expresamente citados por la Administración en las Resoluciones recurridas y aplicables en la fecha en que se pretendió la entrada en España sin perjuicio de que, en momento anterior, en relación con la Orden invocada por la actora , los requisitos fueran de carácter más general lo que no puede tenerse en cuenta cuando normas posteriores han especificado más los requisitos provocando una sucesión normativa que debe ser aplicada en función del momento temporal de aplicación de cada norma . Por lo tanto, y, con independencia de que la mayor parte de las manifestaciones y razonamientos incluidos en la misma se reflejen en otras tantas Resoluciones de la Administración, lo cierto es que el motivo de denegación está especificado y que a la conclusión de que la actora se encuentra incurso en la causa concreta indicada en la Resolución se ha llegado tras la tramitación de un expediente en el que se han verificado las actuaciones legalmente previstas . En cualquier caso, como manifestó la Sentencia de instancia y esta Sala comparte, la motivación de la Resolución ha sido suficiente y no ha generado indefensión en la actora .

Por todo ello, la Sala además de tener en consideración los argumentos expuestos , ha de ratificar los acertados argumentos de la Sentencia de instancia, y confirmar la misma .

SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la Ley 29/98 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 394.1 de la misma, no se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales puesto que la cuestión sometida a este Tribunal presentaba dudas de derecho .

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación, interpuesto por la Procuradora Sra. Martínez Serrano, en nombre y representación de D^a. Ana , contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm.4 de Madrid de fecha 7 de Octubre de 2010 , dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 1139/08, por lo que debemos confirmar íntegramente la mencionada Sentencia, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Devuélvase las actuaciones originales al órgano de procedencia con certificación de la presente Sentencia, que se notificará conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.