



Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 12
Abr. 2010, rec. 493/2009

Ponente: Alonso Díaz-Marta, Leonor.

Nº de Sentencia: 224/2010

Nº de Recurso: 493/2009

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Tipo de recurso de la resolución: APELACION

EXTRANJEROS. Entrada en España. Prohibición de entrada. -- Retorno, devolución y salidas obligatorias.

Normativa aplicada

TEXTO

En Murcia, a doce de marzo de dos mil diez

T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

MURCIA

[SENTENCIA: 00224/2010](#)

ROLLO DE APELACIÓN nº 493/09

SENTENCIA nº 224/10

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

Dª. Leonor Alonso Díaz Marta



D^o. Ascensión Martín Sánchez

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 224/10

En el rollo de apelación nº 493/09 seguido por interposición de recurso de apelación contra la Sentencia número 426, de 15 de junio de 2009, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia dictada en el procedimiento abreviado nº 844/08, en cuantía indeterminada, figuran como parte apelante D. Jose Ignacio representado por la Procuradora Sra. López Guisuraga y dirigido por el Letrado Sr. Navarro Valcárcel, y como parte apelada la Delegación del Gobierno de la Región de Murcia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, sobre devolución al país de origen y prohibición de entrada.

Siendo Ponente la Magistrada Il^{ta}. Sra. D^o. Leonor Alonso Díaz Marta, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 26 de febrero de 2010 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo formulado contra la desestimación presunta por silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno de Murcia de 10 de octubre de 2007, que acuerda la devolución del interesado a su país de origen con prohibición de entrada en nuestro país por tres años, de conformidad con lo establecido en el art. 58.2 Apdo. b), 58.4 y 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre , modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, el art. 157 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre , y el art. 96 del Convenio de aplicación del acuerdo Schengen.

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 6 de Murcia, para llegar a tal conclusión considera que es correcta la identificación y designación del Instructor y Secretario del expediente, que consta claramente en el expediente que el extranjero fue detenido por la



Guardia Civil al pretender entrar ilegalmente en España el 8 de octubre de 2007 a las 12:15 horas por el Barranco del Moro, Portman (Murcia), por lo que concurre el hecho legalmente previsto para proceder a la devolución del interesado. Considera además que el acuerdo de devolución está suficientemente motivado. Y en cuanto al principio de proporcionalidad, considera el Juez de Instancia que la devolución es la única medida legalmente prevista para los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en nuestro país, y entre ellos, los que sean interceptado en las fronteras o en sus inmediaciones; siendo la duración de la prohibición de entrada la mínima posible y no existiendo prueba alguna para considerar que con la devolución o la prohibición de entrada se causará al recurrente perjuicio alguno.

Alega la parte apelante para fundamentar el recurso de apelación: 1.- Falta de motivación del Acuerdo de devolución, pues ni la Administración demandada ni la sentencia que se recurre han fijado de forma concreta el supuesto de hecho que permite la aplicación del art. 58.2b): que el extranjero pretenda entrar ilegalmente en nuestro país; adoleciendo por ello de evidente falta de motivación.

2. Inadecuación del procedimiento, pues el apelante no fue sorprendido cuando pretendía entrar en nuestro país, sino que al momento de ser detenido había consumado ya la entrada, quedando impreciso el momento en que la misma aconteció y, por ello, si la duración de su estancia fue superior o inferior a noventa días.

3. Vulneración de los arts. 57.1 y 58.1 de la LO 4/2000 y 157.5 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, dado que no se justifica por qué se le impuso la prohibición de entrada por tres años, sin motivación alguna, lo que supone una vulneración del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado se opone al recurso de apelación, dado que no se han alegado motivos que desvirtúen los razonamientos y fundamentos de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los que resulten de la presente resolución.

Conviene precisar en primer lugar, como reiteradamente viene destacando esta Sala, que el objeto del recurso de apelación está constituido por la sentencia apelada. Es esencial por tanto hacer una crítica de la misma, rebatiendo sus argumentos para que dicho recurso pueda prosperar. Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 y 22 de junio de 1999, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia.

Por otro lado la jurisprudencia (sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993), ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de



ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo. Por lo tanto, los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear sin más el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso, ello sin perjuicio claro está de recordar que el recurso de apelación es un "novum iudicium" (Sentencia del TC 1998\101, de 18 de mayo), que permite la revisión "ex novo" de los hechos y de las pruebas practicadas y, por consiguiente, valorar aquellos y éstas en conciencia, pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en la instancia (auto del TC 122/98, de 1 de junio y las varias sentencias del propio TC que allí se citan).

La parte apelante, sin embargo, vuelve a reiterar los mismos argumentos aducidos ante el Juzgado, los que le han sido desestimados en la sentencia, cuyos razonamientos comparte esta Sala, excepto en el extremo referido al tiempo de prohibición de entrada, de la que hablaremos después.

TERCERO.- Se alega la nulidad del acuerdo de devolución por inadecuación del procedimiento seguido, pero dicho motivo de apelación no puede prosperar. El art. 58.2.b) de la Ley de Extranjería tras la reforma operada por Ley 14/2003 dispone que: "2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (...) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país", y el art. 157 del Reglamento de Extranjería establece que: "1. De conformidad con lo establecido en el art. 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de orden del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos: (...) b) Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país; se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. 2. En el supuesto del párrafo b) del apartado anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución, los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía (...)".

En el presente caso consta al folio 3 del expediente administrativo que el recurrente fue detenido por la Guardia Civil de Cabo de Palos, Murcia, al pretender entrar ilegalmente en España el día 8 de octubre de 2007 a las 12:15 h. por el Barranco del Moro, Portman (Cartagena). Concorre, por tanto, el supuesto de hecho legalmente previsto para proceder a la devolución del recurrente a su país, y, en consecuencia, la resolución recurrida es conforme a derecho. Pese a lo manifestado por el Letrado apelante el procedimiento aplicable en este supuesto no es el de expulsión, ya que no consta, pese a lo señalado por el citado Letrado que el extranjero fuera detenido en el pueblo de Portman o en Cartagena, sino como hemos manifestado "cuando pretendía entrar... por: Barranco del Moro" Conforme el Art. 58.2. b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ya citado, no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país. En este caso, la conducta que se le imputa tiene encaje en aquel precepto, ya que nos encontramos ante uno de esos supuestos de intento de entrada clandestina del extranjero en España, produciéndose su detención



por agentes de la Guardia Civil, cuando pretendía hacerlo. No nos encontramos ante un procedimiento sancionador y el recurrente ni en el expediente ni en el recurso de alzada, acredita otra circunstancia.

CUARTO.- Otro de los motivos del recurso de apelación es la nulidad de la resolución dictada por el Director General de la Policía y la Guardia Civil, por falta de motivación y vulneración del art. 138 de la Ley 30/1992 y artículo 24 de la Constitución Española.

En primer lugar, no apreciamos la falta de motivación aducida. El Decreto recurrido está debidamente motivado, pues constan en el mismo, tal y como impone el artículo 54 de la Ley 30/92, de forma sucinta los hechos que se imputan -detención cuando pretendía entrar ilegalmente en territorio español-, el precepto que contempla esta situación -artículo 58.2 apartado b) de la Ley 4/00 y la medida a aplicar en este caso, que es la de devolución del interesado a su país de origen y la prohibición de entrada por tres años, de acuerdo con el artículo 58.4 de igual Ley. Ha tenido de este modo pleno conocimiento el interesado de las razones que le llevaron a adoptar aquella resolución, por lo que ninguna indefensión se le ha originado, máxime, insistimos, cuando no nos encontramos ante un procedimiento sancionador.

La alegación de vulneración del principio de proporcionalidad respecto a la prohibición debe estimarse parcialmente. El citado artículo 157.5 del R.D. 2393/2004 establece textualmente: Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del art. 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

La resolución recurrida efectivamente impone la prohibición de entrada del apelante en territorio Schengen por un plazo de tres años. Tal prohibición no está suficientemente motivada, pues es cierto que se le ha impuesto al recurrente el grado máximo de tres años sin que conste motivación alguna sobre este particular, por lo que esta Sala considera más adecuado que la prohibición de entrada se reduzca a un año.

QUINTO.- En razón de todo ello procede estimar en parte el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida en todos sus extremos salvo en lo que se refiere a la prohibición de entrada del apelante en territorio español o territorio Schengen, que será de un año, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de esta instancia de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación 493/09 interpuesto por D. Jose Ignacio, contra la Sentencia número 426, de 15 de junio de 2009, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia dictada en el procedimiento abreviado nº 844/08, confirmando dicha sentencia salvo en el extremo referido al tiempo de prohibición de entrada en territorio Schengen que se reduce a un año, sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de esta instancia.



Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA:

Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.