

TRIBUNAL SUPREMO
SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (Sec. 5ª)

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 5

Nº de Recurso: 6845/2002

Nº de Resolución:

Fecha de Resolución: 28/02/2006

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: PEDRO JOSE YAGÜE GIL

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXTRANJEROS. CONTROL DE ENTRADA EN EL PAÍS.5.1.c) SCHENGEN. 88.1.C INCONGRUENCIA OMISIVA.INFRACCIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR , POR RAZÓN DE LA INMEDIATEZ EN LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN.88.1.D) INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 54.1.A) Y B), 89.3 Y 5 DE LA 30/1992.Y 18 Y 24 DE LA L.O. 4/2000 (FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA). INCONGRUENCIA OMISIVA. ESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN SOBRE LA SUSPENSION DEL RETORNO.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Febrero de dos mil seis.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación 6845/2002, interpuesto por D. Serafin, representado por el Procurador Javier Huidobro Sánchez Toscano y asistido por Letrado, siendo parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra sentencia de 5 de julio de 2002 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso contencioso administrativo número 135/01 sobre denegación de entrada en territorio español y retorno al lugar de procedencia. Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso 135/01 promovido por D. Serafin y en el que ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, sobre denegación de entrada en territorio español.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia en fecha 2002 del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Huidobro Sánchez-Toscano en nombre y representación de D. Serafin, contra la resolución dictada por la Dirección General de la Policía, de fecha de 2 de marzo de 2001, desestimatoria de recurso de alzada de recurso de

alzada interpuesto contra la resolución dictada por la Comisaría de Policía adscrita al Aeropuerto de Barajas, Servicio de Control de Entrada de Extranjeros de fecha 2 de octubre de 2000, por la que se procedió a denegarle la entrada en territorio español, declaramos ajustada a Derecho las antedichas resoluciones, sin costas".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de D. Serafin se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha de 10 de septiembre de 2002, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 31 de octubre de 2002 escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer el motivo de impugnación que consideró oportuno, solicitó se dictara resolución en la que se case y anule dicha sentencia dictando otra en su lugar en los términos interesados por el recurrente.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por auto de 8 de abril de 2005, si bien limitando dicha admisión a los motivos articulados al amparo del artículo 88.1. c) de la LJCA, ordenándose también por providencia de 21 de junio de 2005, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO) a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha de 7 de septiembre de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 27 de Febrero de 2006, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación número 6845/2002 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó en fecha de 5 de Julio de 2002, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo nº 135/01, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Javier Huidobro Sánchez Toscano, en nombre y representación de D. Serafin contra la resolución dictada por la Dirección General de la Policía, de fecha 13 de Diciembre de 2000, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la anterior Resolución del Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas (por delegación del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid), de fecha 2 de octubre de 2000, que denegó al recurrente la entrada en el territorio nacional y dispuso el retorno al lugar de su procedencia.

SEGUNDO.- El recurrente, articula un único motivo impugnatorio al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, con cita del artículo 5.4 de la LOPJ y 24 del texto constitucional, cual es la denuncia de un vicio de incongruencia omisiva en la sentencia combatida y ello por no haberse pronunciado la sentencia sobre la alegación realizada en la demanda sobre la ejecución por la Administración del acuerdo de denegación de entrada y retorno sin haber resuelto previamente la medida cautelar de suspensión

solicitada en vía administrativa y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC. (Este es el único motivo de casación admitido por esta Sala en auto de 8 de Abril de 2005).

Parece obligado recordar aquí la doctrina de esta Sala en relación con la incongruencia omisiva y así entendemos que dicha incongruencia se produce cuando en la sentencia "no se resuelve alguna de las cuestiones controvertidas en el proceso" (art. 80 LJ/56; art. 67 LJCA). Es conocido que la primera jurisprudencia identificaba "cuestiones" con "pretensiones" y "oposiciones", y aquéllas y éstas con el "petitum" de la demanda y de la contestación, lo que la llevó en más de una ocasión a afirmar que cuando la sentencia desestima el recurso resuelve todas las cuestiones planteadas en la demanda. Pero es cierto, sin embargo, que esta doctrina fue matizada e, incluso, superada, por otra línea jurisprudencial más reciente de esta misma Sala que viene proclamando la necesidad de examinar la incongruencia a la luz de los arts. 24.1 y 120.3 de la CE; de aquí que para definirla no baste comparar el "suplico" de la demanda y de la contestación con el "fallo" de la sentencia, sino que ha que atenderse también a la "causa petendi" de aquéllas y a la motivación de ésta (Sentencias de 25 de marzo de 1992, 18 de julio del mismo año y 27 de marzo de 1993, entre otras). Así, la incongruencia omisiva se produce esencialmente cuando no existe correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia, pero ello incluye también los supuestos en que en la fundamentación de ésta se produce una preterición de la "causa petendi", es decir, de las alegaciones o motivos que sirven de fundamento a los escritos de demanda y contestación (Cfr. SSTS de 13 de octubre de 1998 y 12 de mayo de 2001).

En este sentido, desde la STS de 5 de noviembre de 1992, esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc.; que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso contencioso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal pronunciarse no solamente sobre las pretensiones, sino sobre los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso.

Asimismo, esta Sala tiene declarado que el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. El requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (Cfr. SSTS de 20 de diciembre de 1996 y 11 de julio de 1997, entre otras muchas). Basta con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). Y se han de ponderar, además, las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 y 5 de febrero de 1994).

Por todo ello el motivo debe ser estimado pues, efectivamente, la sentencia combatida ningún examen realiza sobre la solicitud de suspensión articulada en vía administrativa y el silencio de la Administración

o aún su desestimación tácita por la Administración, pues nada de ello refiere en sus fundamentos de Derecho.

TERCERO.- Estimado el primer motivo y casada la Sentencia debemos resolver el recurso contencioso administrativo en los términos en que aparece planteado el debate, según determina el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción.

Ahora bien; dado que el aspecto sobre el que hemos declarado la incongruencia de la sentencia impugnada (a saber, la suspensión del acto impugnado) es perfectamente separable de la conformidad o disconformidad a Derecho de la denegación de entrada y retorno, y dado que los motivos de casación referidos a esta última cuestión han sido inadmitidos por auto de esta Sala de fecha 8 de Abril de 2005, sólo queda como cuestión a examinar ahora la que se refiere a la suspensión del acto impugnado.

CUARTO.- En el hecho cuarto de la demanda, y en su cuarto fundamento de Derecho, la parte actora planteó el problema de la falta de respuesta adecuada a la solicitud de suspensión del acto impugnado, solicitud que formuló por medio de otrosí en el recurso de alzada, el cual fue presentado por medio de fax a las 21'30 horas del día 2 de Octubre de 2000 (folio 13 del expediente) y reiterado por escrito el siguiente día 3 a las 10 horas de su mañana. (El retorno estaba anunciado para el propio día 3 a las 11'30, en que, en efecto se llevó a cabo, sin que la Administración hubiera resuelto antes sobre esa petición de suspensión).

Al obrar así la Administración infringió el artículo 111-2 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, que obliga a la Administración a resolver la petición de suspensión antes de ejecutar el acto recurrido.

En efecto, debe anotarse que a diferencia de los casos de expulsión (en que la Ley Orgánica 4/2000, reformado por la L.O. 8/2000, establece en el procedimiento preferente que "la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata", [artículo 63.4], precepto del que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 2003, casación nº 488/01, ha derivado la conformidad a Derecho del artículo 112-6 del Reglamento de dicha Ley aprobado por R.D. 864/01, de 20 de Julio, que dispone la "Improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno" de la resolución de expulsión), repetimos, a diferencia de los casos de expulsión, en los supuestos de denegación de entrada y retorno, lo que el artículo 60-1 de la Ley establece es que el retorno se realizará "en el plazo más breve posible", sin que de aquí pueda ya deducirse que no quepa solicitar la suspensión y que la Administración haya de resolver sobre ella; y, en efecto, el Reglamento 864/01, de 20 de Julio no la prohíbe, limitándose a repetir en su artículo 137-3 el tenor de la Ley, en lo que aquí importa.

El "plazo más breve posible" para llevar a cabo el retorno es el de setenta y dos horas (artículos 60-1 de la Ley y 137-3 del Reglamento), ya que una tardanza mayor exige la comunicación al Juez de Instrucción para que determine el lugar de internamiento.

Por lo tanto, podemos deducir de lo dicho que en los casos de denegación de entrada y retorno, cabe la suspensión de su ejecución, pues no existe en las normas sectoriales precepto que la prohíba, y debe acudir entonces a la regla general del artículo 111.2 de la Ley 30/92.

QUINTO.- Ahora bien, el artículo 137.6 del Reglamento 864/01, de 20 de Julio dispone que "la resolución de retorno no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes", lo que se reitera en su Disposición Adicional 6ª.

Esta previsión remite al artículo 114-1 de la Ley 30/92, que prevé, para poner fin a la vía administrativa, la interposición del recurso de alzada, en el plazo de un mes (artículo 115-1).

El establecimiento del plazo de un mes para recurrir en alzada la denegación de entrada y retorno y para pedir en él la suspensión (artículo 111-2 de la Ley 30/92), es contrario a la ejecución del retorno en "el plazo más breve posible", como ordena el artículo 60-1 de la Ley Orgánica 8/2000, (y obstaculiza el acceso inmediato a los Jueces y Tribunales para solicitar la suspensión judicial de la resolución administrativa, aspecto éste sobre el que nada dice la parte recurrente).

Y la única manera de compaginar ambos preceptos es interpretándolos en el sentido de que si antes de ejecutarse el retorno el interesado solicita la suspensión del acto administrativo interponiendo recurso de alzada, no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión.

Interpretándolos así, tales preceptos permiten compaginar la urgencia del retorno con la posibilidad de que se solicite la suspensión y se decida sobre ella.

SEXTO.- En el presente caso el interesado solicitó la suspensión antes de que el retorno se llevara a cabo (tal como hemos explicado más arriba), y, en consecuencia, obró la Administración con disconformidad a Derecho al ejecutar el retorno sin resolver previamente la petición de suspensión que se le había formulado.

Y carece de sentido que la Administración responda a esta petición, resolviendo la alzada, en fecha 21 de Marzo de 2001, (es decir, más de cinco meses después de que el Sr. Serafin fue retornado), y que lo haga dejando a salvo los efectos del artículo 111-3 de la Ley 30/92, es decir, la concesión presunta de la suspensión por el silencio de la Administración durante treinta días desde la solicitud, pues, tal como sucedieron las cosas, ese precepto es de todo punto ineficaz.

SÉPTIMO.- En consecuencia, revocada la sentencia de instancia por incongruencia, hemos de estimar el recurso contencioso administrativo en lo referente a la ilegalidad del retorno sin resolver previamente sobre la suspensión solicitada, con desestimación del resto de las pretensiones.

OCTAVO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley 29/98) ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación número 6845/2002 interpuesto por D. Serafin, representado por el Procurador D. Javier Huidobro Sánchez Toscano, contra Sentencia de 5 de julio de 2002 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el recurso contencioso administrativo número 135/01, sobre denegación de entrada en territorio español y retorno, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dicha sentencia.

2º.- Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo nº 135/01 interpuesto por D. Serafin contra la resolución del Sr. Jefe del Servicio de la Comisaría adscrita al Aeropuerto de Barajas (Madrid) de fecha 2 de Octubre de 2000 (confirmada en alzada por el Sr. Director General de la Policía en resolución de 21 de Marzo de 2001), que le denegó la entrada en territorio nacional y decretó su retorno al lugar de procedencia.

3º.- Declaramos la disconformidad a Derecho de la ejecución de la resolución impugnada por haberse llevado a cabo sin que la Administración resolviera previamente la petición de suspensión que el interesado tenía formulada.

4º.- Desestimamos en lo demás el recurso contencioso administrativo nº 135/01.

5º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.