

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL T.S.J. DE MURCIA**

RECURSO NUMERO:
RECURRENTE:.
RECURRIDA:

AUTO

D. Abel A. Sáez Domenech
PRESIDENTE
Dña. Leonor Alonso Díaz-Marta
D. Joaquín Moreno Grau
MAGISTRADOS

Murcia a 22 de julio de dos mil ocho.

HECHOS

PRIMERO.- Ante esta Sala, registrado con número de recurso de apelación 219/08, se conoce de la impugnación de la sentencia nº 34/08, de 24 de enero, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Murcia.

La sentencia apelada desestimó el recurso presentado por D. Aurelio Choque Cabrera, de nacionalidad boliviana, contra la resolución del Delegado del Gobierno en la Región de Murcia de 30 de julio de 2007, por la que se acordaba la expulsión de del territorio español y se prohibía su entrada dentro del espacio Shengen por un periodo de 5 años por aplicación del artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, redacción de la Ley Orgánica 8/2000, que considera infracción grave:

“Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.”

La anterior conducta lleva asociada una sanción pecuniaria, pero fue sustituida por la expulsión ya que el artículo 57 de la misma Ley Orgánica 4/2000, redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, habilita a la Administración a hacerlo cuando dispone que:

“Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d) y f) del art. 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”.

Por otro lado, el apartado 3 del mismo artículo 57 establece que:

“En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”.

Se alega en el recurso de apelación que la sentencia de instancia ha valorado inadecuadamente la actuación administrativa y se considera improcedente el mantenimiento de la sanción de expulsión por no haber observado la administración los exigibles criterios de proporcionalidad y motivación en la valoración de la conducta del infractor que justifiquen la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión.

SEGUNDO.- La Sala tiene dudas en cuanto a la interpretación del derecho comunitario, y la compatibilidad del derecho español con aquél, en el sentido que quedará expuesto en los fundamentos de derecho de este auto.

TERCERO.- Dado traslado a las partes del procedimiento, apelante, y Administración del Estado, así como al Ministerio Fiscal, para que formularan alegaciones sobre el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ni el Abogado del Estado ni el Ministerio Fiscal las han formulado.

Por la representación del apelante, Sr. Choque, se sostiene que debe aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo de España en cuanto a la aplicación de los principios de proporcionalidad y motivación en la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión y que apartarse de esta doctrina obedecería a cuestiones ajenas a la estricta aplicación del Derecho.

CUARTO.- Contra la resolución que dicte esta Sala en este procedimiento no cabe recurso conforme al derecho interno, por lo que concurren los requisitos exigidos para el planteamiento de cuestión prejudicial por el artículo 68 CE.

Siendo Ponente el Magistrado **Ilmo. Sr. Don Joaquín Moreno Grau**, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La regulación de la materia en derecho comunitario.

La regulación comunitaria sobre la que se plantean dudas hace referencia a la entrada y permanencia de nacionales de Estados terceros en territorio de la Unión Europea.

Prescindiendo de antecedentes normativos y de la evolución de la regulación de la materia, las normas a tomar en consideración son las siguientes:

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada DOCE C 321 de 29 de diciembre de 2006 (en adelante TCE).

Artículo 62.1 y 2 a):

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam:

1) medidas encaminadas a garantizar, de conformidad con el artículo 14, la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países;

2) medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan:

a) las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras

Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario relativo al régimen de cruce de fronteras.

- El artículo 1 se refiere a su objeto y principios, señalando que “el presente Reglamento dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea”

Por otro lado, “establece normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea”.

- En su artículo 5 se regulan las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países

El apartado 1 se dedica a fijar las condiciones que han de reunir los nacionales de terceros países para estancias que no excedan de tres meses dentro de un período de seis meses (documento de viaje, visado, cuando sea exigible, o permiso de residencia válido, documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, no estar inscrito como no admisible en el SIS y 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)

Los apartados 2 y 3 hacen referencia, respectivamente, a la enunciación del anexo I en relación con la acreditación de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c), y al criterio para calcular los medios de subsistencia.

El apartado 4 fija determinadas excepciones a lo dispuesto en el apartado 1, y permite la autorización de entrada en varios supuestos: nacionales de terceros países que sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de regreso expedido por uno de los Estados miembros, aquellos que se les pueda expedir visado en la frontera en virtud del Reglamento (CE) no 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, sobre expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito y por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales.

- El artículo 11 se refiere a la presunción en lo que respecta al cumplimiento de las condiciones de duración de la estancia

Esta presunción se sienta en el apartado 1 al indicar que “cuando el documento de viaje de un nacional de un tercer país no lleve sello de entrada, las autoridades nacionales competentes podrán presumir que el portador no reúne o dejó de reunir las condiciones de duración de la estancia aplicables en el Estado miembro de que se trate”.

El apartado 2 prevé que la presunción contemplada en el apartado 1 pueda refutarse, y las indicaciones documentales que deben practicarse cuando la indicada refutación tenga lugar.

Por fin, el apartado 3 dispone que “de no refutarse la presunción a que se refiere el apartado 1, el nacional del tercer país será

expulsado por las autoridades competentes del territorio del Estado miembro de que se trate”.

- El artículo 13 se dedica a la denegación de entrada

El apartado 1 dispone que “se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada, tal como se definen en el art. 5, apartado 1, siempre que no pertenezca a ninguna de las categorías de personas indicadas en el art. 5, apartado 4. Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración”.

El apartado 2 se refiere a garantías procedimentales de la denegación de entrada (motivación, competencia, forma de la resolución y notificación) y a la eficacia inmediata de la resolución.

En el apartado 3 se recoge el derecho del interesado a recurrir la denegación de entrada, conforme al derecho interno, así como que la interposición de recurso no tendrá efecto suspensivo sobre la resolución de denegación de entrada. Contempla, asimismo, sin perjuicio de las indemnizaciones procedentes conforme al derecho interno, las consecuencias documentales de la estimación del recurso.

Los apartados 4 y 5 reflejan el deber de la guardia de fronteras de impedir la entrada del nacional de un tercer país al que se ha denegado la entrada, así como determinadas previsiones de tipo estadístico.

Por fin, el apartado 6 remite al anexo V, parte A, en que figuran las normas que regulan la denegación de entrada.

SEGUNDO.- La situación en derecho español.

Con carácter general, en derecho administrativo español, ante una actuación de un administrado que contraviene las correspondientes normas reguladoras de un sector de la actividad, se habilita a la Administración Pública a reaccionar frente al transgresor con el fin de restablecer el orden jurídico violado. Este es el fin esencial, reponer las cosas al estado anterior a la violación e impedir la persistencia en el incumplimiento de la norma correspondiente.

En ocasiones, ante el reproche que la conducta del administrado pueda ofrecer, se establece por el ordenamiento una reacción reforzada y pasa a considerársele infractor y como tal es sancionado como responsable de una infracción administrativa.

Sin embargo, las medidas de restablecimiento, en buena técnica, no se deben confundir con las medidas sancionadoras, de manera que es frecuente que un procedimiento sancionador por unos hechos acabe sin resultado sancionador y, en cambio, las medidas de restablecimiento derivadas de los mismos hechos, y encaminadas a restaurar el orden jurídico, se adopten con éxito y alcancen plena eficacia.

La razón que explica el anterior fenómeno se encuentra en que el procedimiento administrativo sancionador se inspira en unos principios, próximos a los del derecho penal, que establecen una mayor garantía a favor del infractor imputado. En cambio, las medidas de restablecimiento se adoptan con base en los principios generales de la actuación administrativa que permiten una flexibilización mayor de la valoración de la actuación administrativa y de la apreciación de motivos de anulación del acto administrativo por razones formales y de manera particular, por lo que se refiere a los efectos de lo que aquí interesa, por vulneración de los principios de proporcionalidad y motivación.

En el campo específico de la extranjería, en la legislación inmediatamente anterior a la vigente, constituida por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones la de multa, y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias (Sentencias del Tribunal Supremo de España, Sala de lo contencioso-administrativo de 14 de octubre y 22 de diciembre de 2005) Paradójicamente, la nueva legislación (Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000) sí considera la expulsión como una sanción que puede sustituir la sanción de multa.

El resultado de la anterior consideración, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de España (así las ya citadas sentencias de 14 de octubre y 22 de diciembre de 2005, cuya doctrina reiteran las de 10 de febrero, 30 de junio y 31 de octubre de 2006, así como la de 5 de julio de 2007, entre otras) es la de que, al ser considerada sanción debe recibir técnicamente el tratamiento de tal, lo que conduce a que sean aplicables en toda su extensión los principios de motivación y proporcionalidad en la selección de la sanción impuesta. La consecuencia es la de que, cuando un nacional de un tercer país no dispone de documentación que habilite su entrada y permanencia en el territorio de España, y por consiguiente de la UE, y no concurra circunstancia agravatoria de su conducta, la sanción a imponer es la de multa y no la de expulsión pues no existe el exigible plus que justifique la sustitución de la multa por la expulsión.

El resultado salta a la vista. Se produce la permanencia dentro del espacio de la Unión Europea de personas que carecen de los requisitos

necesarios para ello con la consecuencia de que el orden jurídico no es restablecido.

TERCERO.- Opinión de esta Sala

Los magistrados integrantes de esta Sección de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia se inclinan por considerar que la regulación de la cuestión por el Derecho Comunitario implica que la estancia de nacionales de terceros países en el territorio de la UE, sin poseer las condiciones necesarias que les habiliten, impone necesariamente la salida de su territorio, bien mediante la denegación de entrada bien mediante su expulsión. Alcanzamos esta conclusión por los siguientes motivos:

- Porque la entrada y estancia de corta duración presupone el cumplimiento de los requisitos sustantivos uniformes establecidos en el artículo 5 del Reglamento 562/2006, cuya ausencia determina:
 - La denegación de entrada, de conformidad con su artículo 13.1, con las salvedades que se indican en el artículo 5, apartado cuarto y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración. Estas salvedades implican que sólo podrá permanecer en territorio de la Unión Europea quien posea un título jurídico que le habilite, bien para la corta estancia bien para una estancia superior.
 - La expulsión del territorio del Estado miembro de que se trate por aplicación del artículo 11, que establece la presunción de que, cuando el documento de viaje de un nacional de un tercer país no lleve sello de entrada, las autoridades competentes podrán considerar que el portador no reúne o dejó de reunir las condiciones de duración de la estancia aplicables en el Estado miembro correspondiente. La anterior presunción es refutable por los medios señalados en el apartado 2 de este artículo, y la falta de refutación determina, imperativamente, la expulsión (*de no refutarse la presunción a que se refiere el apartado 1, el nacional del tercer país **será expulsado** por las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate*)
Entendemos que tanto en caso de falta de constancia de sello de entrada en el documento de viaje como, con mayor motivo, cuando se carezca de dicho documento, operará esta presunción, pesando en el interesado la carga de desvirtuarla. La consecuencia de la falta de prueba será la expulsión, como imperativamente señala el artículo 11.3 del Reglamento.

- Porque la estancia de larga duración, aunque corresponda a los Estados miembros la regulación de las condiciones de extensión de visado y de permisos de residencia, al no haberse desarrollado el artículo 63.3.a) del Tratado CE, implica necesariamente el cumplimiento de los requisitos de entrada y estancia de corta duración, especialmente en los casos de excepción del artículo 5, apartado 4, letra a), que llevan consigo la tenencia de títulos habilitantes -permiso de residencia o visado- emitido por el Estado miembro. De esta manera, en ausencia de estos documentos, o de los previstos en las otras letras del artículo 5, apartado 4 y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración – como señala el artículo 11.1-, entrará en juego la presunción del artículo 11.

Por otro lado, de acuerdo con el Reglamento 1091/2001, la expedición de un visado de larga duración se equipara al visado de corta duración, permitiendo transitar por un periodo máximo de tres meses. En consecuencia, la ausencia de documentación habilitante llevará también aparejada la salida del territorio UE de acuerdo con artículo 11 y 13 del Reglamento 562/2006.

- Porque la acción comunitaria, plasmada en la Decisión 575/2007/CE de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios, pone en evidencia la necesidad de ordenar el retorno a sus países de procedencia de nacionales de terceros países que no satisfacen o han dejado de satisfacer las condiciones de entrada y estancia e implica que la ausencia de esas condiciones lleva aparejado el retorno.

El apartado (3) de esta Decisión es expresivo de los objetivos de la Unión en este campo cuando señala que una política comunitaria de retorno eficaz es un complemento necesario de una política de asilo e inmigración legal digna de crédito, así como un importante componente de la lucha contra la inmigración ilegal. Los Estados miembros consagran presupuestos considerables a la aplicación de programas de retorno y realización de operaciones de retorno forzoso. Unas acciones comunes de la Unión Europea en este campo, respaldadas por los adecuados medios financieros procedentes de la Comunidad, podrían apoyar la labor de los Estados miembros, subrayar la necesidad del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y reforzar la solidaridad entre Estados miembros.

- Porque la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento

Europeo y del Consejo relativa a los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM(2005) 0139-C6-0266/2005-2005/0167(COD)) establece un procedimiento que conduce a poner fin a la estancia ilegal mediante la expedición de una decisión de retorno a cualquier nacional de un tercer país que se encuentre ilegalmente en el territorio y que, en caso de que no se produzca un retorno voluntario, conducirá a su ejecución mediante una orden de expulsión.

- Porque el principio de cooperación leal recogido en el artículo 10 TCE, conforme al cual “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad”, impone que en el desarrollo de los procedimientos nacionales esté garantizada la eficacia del Derecho Comunitario.

CUARTO.- Juicio de relevancia. Transcendencia de la respuesta prejudicial para la decisión del litigio principal.

Sin prejuzgar el fallo que decida este recurso de apelación, en el actual estado de legislación española de extranjería y su interpretación por el Tribunal Supremo de España, existe un alto grado de probabilidad de que esta Sala deba revocar la sentencia apelada y anular el acto administrativo impugnado, ordenando a la Administración que sustituya la sanción de expulsión impuesta por la de multa.

Entendemos que esta solución podría ser contraria a las normas de derecho comunitario antes expuestas, si fueran interpretadas en el sentido de que la falta de habilitación de un nacional de un tercer país para permanecer en el territorio de la UE implica su expulsión.

Si la respuesta del Tribunal de Justicia se orientase en esta dirección, estaríamos obligados a hacer un esfuerzo interpretativo para garantizar la efectividad de la aplicación del Derecho Comunitario pues no encontramos que exista norma de Derecho español que contrarie de manera abierta y patente el Derecho Comunitario, lo que obligaría a su franca inaplicación. No obstante, sí apreciamos que la técnica legislativa empleada por la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, es inadecuada y que la consideración de la expulsión como sanción conduce a conclusiones contrarias al Derecho Comunitario.

Conscientes de que el principio de autonomía descarga en los procedimientos nacionales la aplicación ordinaria del Derecho Comunitario, también lo somos de que ese principio no es ilimitado sino que se encuentra condicionado por los principios de equivalencia y de efectividad (Sentencias Rewe 33/76 y Comet 45/76, entre las primeras).

Precisamente entendemos que será el principio de equivalencia, en caso de que la respuesta del Tribunal de Justicia sea afirmativa, el que nos obligará a interpretar el Derecho nacional de manera que conduzca a resultados que garanticen la aplicación efectiva del Derecho Comunitario, lo que, previsiblemente, podrá determinar que la expulsión sea aplicada en todo caso cuando un nacional de un tercer país se encuentre en España sin título que le habilite para la entrada y permanencia.

QUINTO.- Acumulación al asunto C-261/08 (María Julia Zurita García contra Delegado del Gobierno en la Región de Murcia).

En auto de planteamiento de cuestión prejudicial dictado por esta Sala el día 12 de junio de 2008, y que ha dado lugar a la incoación por el Tribunal de Justicia del procedimiento **C-261/08 (María Julia Zurita García contra Delegado del Gobierno en la Región de Murcia)**, se planteaba la misma pregunta prejudicial que aquí se formula. La diferencia entre aquel procedimiento y éste se encuentra en que, en aquél, existía un problema relativo a la aplicación temporal del Reglamento 562/2006 pues los hechos que dieron lugar a la incoación del expediente ocurrieron cuando el Reglamento no estaba aún en vigor, pero la resolución sancionadora se dictó cuando ya había entrado en vigor. En aquel auto explicamos por qué entendíamos que la respuesta del Tribunal era relevante ya que la vigencia del Reglamento no afectaba a la tipificación de los hechos, sino sólo al juicio de ponderación a realizar para la elección de las sanciones y medidas de restablecimiento de la legalidad adecuadas.

En este caso, en cambio, tanto los hechos que dan lugar a la incoación de expediente administrativo (14 de mayo de 2007) como la resolución que le pone fin (30 de julio de 2007) se producen con posterioridad al 13 de octubre de 2006, fecha de entrada en vigor del Reglamento, por lo que aquel problema intertemporal no se da en este caso.

SEXTO.- La pregunta prejudicial.

La duda que se plantea a esta Sala y que es objeto de consulta prejudicial es:

“Atendido el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en especial su artículo 67.1 y 2 a), así como el Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en particular sus artículos 5, 11 y 13:

¿Deben interpretarse las anteriores normas en el sentido de que se oponen a una regulación, como la nacional y la jurisprudencia que la interpreta, que posibilita la sustitución de la expulsión, de todo aquel

“nacional de un tercer país” que no disponga de título habilitante para la entrada y permanencia en el territorio de la Unión Europea, por la imposición de una multa?”

Por lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la siguiente Cuestión Prejudicial:

“De acuerdo con el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en especial su artículo 67.1 y 2 a), así como el Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en particular sus artículos 5, 11 y 13:

¿Deben interpretarse las anteriores normas en el sentido de que se oponen a una regulación, como la nacional y la jurisprudencia que la interpreta, que posibilita la sustitución de la expulsión, de todo aquel “nacional de un tercer país” que no disponga de título habilitante para la entrada y permanencia en el territorio de la Unión Europea, por la imposición de una multa?”

Se somete a la consideración del Tribunal de Justicia la conveniencia de acumular esta petición de pronunciamiento prejudicial a la tramitada bajo número de asunto **C-261/08 (María Julia Zurita García contra Delegado del Gobierno en la Región de Murcia)**.

Notifíquese a las partes personadas haciéndose saber que la presente resolución es firme.

Lo acordó la Sala y firma el Ilustrísimo Sr. Ponente; doy fe.