

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia  
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-C.P.: 48001  
TEL.: 94-4016655

NIG PV: 01.02.3-12/000932

NIG CGPJ: 01.059.33.3-2012/0000932

Procedimiento: **Recurso apelación 92/2014 - Sección 3ª**

Juzgado origen: Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de VITORIA-GASTEIZ  
Procedimiento origen: Procedimiento abreviado 287/2012

Apelante : HUMAYUN SALEEM  
Representado por: IÑAKI BERRIO UGARTE

Apelado: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN  
ALAVA  
Representado por: ABOGADO DEL ESTADO

ACTUACIÓN RECURRIDA: CONTRA RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA DE FECHA 17-08-12, DICTADA EN EXPEDIENTE 010020120002638 SOBRE ACUERDO DE EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL Y PROHIBICION DE ENTRADA POR UN PERIODO DE TRES AÑOS.

### PROVIDENCIA.-

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS: D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAINZA

Dª. MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ

Siendo Ponente Dª. MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ.



En Bilbao, a veintisiete de abril de dos mil quince.

Habiéndose planteado en la APE 195/2013, a través de auto de 17 de diciembre de 2013, cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al aquí enjuiciado, suspéndase su tramitación hasta la resolución de dicha cuestión prejudicial.

Para ilustración de las partes, con la notificación de esta providencia se les adjuntará copia del auto antes mencionado.

**MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN:** mediante **RECURSO DE REPOSICIÓN**, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de **CINCO DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

Para la interposición del recurso será necesaria la previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 019214, de un depósito de 25 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso". Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Lo acuerda la Sala y firma el Ilmo. Sr. Presidente, de lo que yo, Secretario, doy fe.

Recepcionado en el  
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

- 4 MAY 2015

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO  
PROKURADOREEN ELKARGO OHEETSUA  
EL PROCURADOR

Justicia Autónoma Euzko Lege Auzitegi  
Administrazioen Oriban Euzko

Paño de Oficio de la Administración de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-C.P.: 48001  
TEL.: 94-4016655

N.I.G. P.V.: 20.08.3-11/001638  
N.I.G. CGPJ: 20.089.33.3-2011/0001838

**Procedimiento: Recurso apelación 196/2013 - Sección 3ª**

Juzgado origen: Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Donostia  
Procedimiento origen: Procedimiento abreviado 549/201ª

Apelante: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN  
GIPUZKOA - EXTRANJERIA  
Representado por: ABOGADO DEL ESTADO

Apelado: SAMIR ZAIZOUNE  
Representado por: SAMIR ZAIZOUNE

ACTUACIÓN RECURRIDA: RESOLUCIÓN DE 19.10.11 DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN  
GIPUZKOA QUE ACUERDA LA EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL.

**AUTO**

ILMOS. SRES.:  
PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA  
MAGISTRADOS: D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO  
Dª. MARGARITA DIAZ PEREZ

Siendo Ponente D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO.

En Bilbao, a diecisiete de diciembre de dos mil trece.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Mediante Providencia de 26 de noviembre de 2013 se acordó la suspensión del curso de los autos y la audiencia a las partes sobre el eventual planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo previsto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Trámite que se practicado con el resultado que obra en las actuaciones.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- EL LITIGIO ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO.**

**A.1.- Objeto del recurso de apelación.**

La Administración General del Estado ha interpuesto recurso de apelación contra

la sentencia n.º 245/2012, de fecha 16 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Donostia-San Sebastián en el Procedimiento Abreviado n.º 549/2011.

La sentencia impugnada estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrada D.ª Alaitz Zugasti Otxoteko, en nombre y representación de D. Samir Zaizoune, contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, de fecha 19 de octubre de 2011, que acordaba la expulsión del Sr. Zaizoune del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo por un período de cinco años. En consecuencia, la sentencia anula el acto administrativo sometido a control jurisdiccional y sustituye la sanción de expulsión originariamente impuesta por la de multa en su grado mínimo.

#### A.2.- Antecedentes administrativos.

El 15 de julio de 2011, en los alrededores del barrio de Behovia, en la localidad de Irún, el Sr. Samir Zaizoune, de nacionalidad marroquí, fue interceptado por funcionarios adscritos a la Unidad de Extranjería y Fronteras de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Irún, que estaban realizando labores de control de extranjería. El Sr. Zaizoune, al ser requerida la documentación que acreditase su identidad y el hecho de hallarse regularmente en territorio español, no exhibió ningún documento acreditativo de ello. El Sr. Zaizoune fue detenido y ese mismo día le fue incoado un procedimiento administrativo sancionador de expulsión.

La Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, como consecuencia de dicho procedimiento administrativo, impuso al extranjero la sanción de expulsión por la comisión de la infracción prevista en el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE, núm. 10, de 12/1/2000; disponible en: <http://www.boe.es/>), que tipifica como infracción grave la siguiente conducta: *“Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”*.

La fundamentación de la decisión administrativa sancionadora se basaba en la siguiente constatación: *“D. Samir Zaizoune se encontraba en España irregularmente ya que no poseía título alguno (prórroga de estancia, autorización de residencia, etc...) que permitiera su estancia ilegal. A ello se añade que sobre el mismo pesan antecedentes penales en España (2 años y seis meses de prisión por la comisión de un delito sobre sustancias nocivas para la salud por sentencia de 01/02/2005 del Juzgado de lo Penal N.º 27 de Madrid). A dicha situación de permanencia irregular en España, ignorándose cuándo y por dónde entró en España, se considera procedente la imposición de la*

expulsión)".

La prohibición de entrada en el territorio español, en virtud del artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, se extendía también a los territorios de Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Italia, Grecia, Austria, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Noruega, Islandia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa.

No existe constancia en el procedimiento de que el Sr. Zaizoune se encuentre en algunas de las situaciones previstas en los apartados 2º a 5º del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular a que se hace referencia en el Fundamento de Derecho Tercero, C.1, de esta resolución.

### A.3.- La sentencia de primera instancia.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Donostia-San Sebastián estima el recurso contencioso-administrativo por falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión impuesta al extranjero.

Así, en el Fundamento de Derecho Cuarto, cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección 2ª) de 17 de noviembre de 2010 (Recurso de Apelación n.º 913/2009, Repertorio Oficial de Jurisprudencia, en adelante ROJ, núm. STSJ PV 4289/2010; disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>) que, a su vez, recoge la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la sentencia de 22 de febrero de 2007 (Recurso de Casación n.º 9560/2003, ROJ STS 1230/2007), en relación a la procedencia de las sanciones de multa o de expulsión respecto de la infracción de estancia irregular de los extranjeros en España. Esta jurisprudencia se expone en el Fundamento de Derecho Segundo, B.2, de esta resolución.

La sentencia del Juzgado aplica dicha doctrina al caso enjuiciado mediante el siguiente razonamiento:

*"Pues bien, en el caso de autos, únicamente habrá de tenerse en cuenta la permanencia ilegal en España, sin que exista ningún dato negativo sobre la conducta del interesado que justifique la sanción de expulsión. Así, si bien la resolución impugnada en su motivación de la sanción basa sus argumentos en el propio tipo, carecer de documentación suficiente, al que añade como elemento negativo el hecho de que sobre el recurrente pesan antecedentes penales por la comisión de un delito sobre sustancias nocivas para la salud, la apreciación de dicho elemento negativo ha de decaer en el presente contencioso pues, del expediente administrativo, es de ver, al folio 24, como el recurrente fue condenado a la pena de 2 años, 6 meses y 1 día por sentencia dictada por*

*el Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid, de fecha 1 de febrero de 2005, siendo la fecha de remisión definitiva de la citada pena el 29 de agosto de 2008, por lo que, acudiendo al art. 136 del Código Penal, y habiendo transcurrido más de tres años desde la remisión, resulta que el recurrente se encuentra en situación de obtener la cancelación de los indicados antecedentes, por lo que no podemos concluir que existan factores que introduzcan el plus de gravedad en la situación de ilegalidad, que no se niega, que justifique la imposición de la sanción de expulsión. Así la ausencia total de motivos y pruebas de cargo que lleven a la Administración a acordar la expulsión, llevan a la estimación del presente recurso, acogiéndome a la citada doctrina jurisprudencial, y por ello, procede la anulación del acuerdo de expulsión, y la imposición de una multa, que dado que no constan circunstancias agravantes deberá imponerse en su grado mínimo. ”.*

#### **A.4.- El recurso de apelación y el escrito de oposición a la apelación.**

La Administración General del Estado solicita en el recurso de apelación que se dicte sentencia por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la que se revoque la sentencia del Juzgado.

La Administración General del Estado considera contraria a derecho la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que revoca la sanción de expulsión decretada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, de fecha 19 de octubre de 2011, y la sustituye por una sanción de multa.

El recurso de apelación fundamenta su petición revocatoria en la existencia en la situación del extranjero, junto a la permanencia irregular en territorio español, de un plus adicional especialmente negativo. A su juicio, este plus negativo adicional se deriva, en primer lugar, del hecho de que el Sr. Zaizoune, cuando fue interceptado por los funcionarios encargados de los servicios de vigilancia y control del régimen de extranjería, estaba indocumentado, ya que al serle requerida la documentación que acreditase su identidad no exhibió documento alguno. Posteriormente, en el expediente administrativo, figura únicamente la fotocopia de la primera página de un pasaporte, que carece en su opinión de valor probatorio alguno para acreditar la filiación del interesado. En segundo lugar, se desconoce cuándo y por dónde realizó el Sr. Zaizoune su entrada en España. Por último, en tercer lugar, el Sr. Zaizoune fue condenado por sentencia firme de fecha 1 de febrero de 2005 por la comisión de un delito sobre sustancias nocivas para la salud del art. 359 del Código Penal.

El Sr. Zaizoune, a través del escrito de oposición, ha interesado de la Sala que se confirme la sentencia de primera instancia.

Sostiene, a tal efecto, que está documentado e identificado, habiendo aportado al procedimiento copia de su pasaporte. Considera que no existe, en el presente caso, motivación suficiente para la imposición de la sanción de expulsión, pues está

identificado y tiene arraigo en territorio español. Señala que en 2001 ya estaba empadronado en Irún y que, durante este período de tiempo, ha residido en diferentes ciudades del territorio nacional, trasladándose por motivos de trabajo. Añade que ha asistido a cursos de formación y que no ha podido regularizar su situación en España al no haber recibido ninguna oferta de trabajo que cumpliera todos los requisitos legales exigidos. Además, afirma que vive con su hermano y con su madre y que ésta tiene residencia legal en España. Respecto a la condena penal, el Sr. Zaizoune afirma que ya cumplió la condena y que los antecedentes penales estaban cancelados al tiempo de ser incoado el procedimiento de expulsión.

## **SEGUNDO.- EL MARCO JURÍDICO NACIONAL.**

### **B.1.- La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.**

La regulación del régimen sancionador en materia de extranjería se contiene en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El art. 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por el art. único. 28 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que está vigente desde el 13 de diciembre de 2009, establece:

*"La salida será obligatoria en los siguientes supuestos: (...)c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España."*

El art. 51.2 de la Ley Orgánica 4/2000, renumerado por el art. 1.44 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, vigente desde el 23 de enero de 2001, establece:

*"Las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica se clasifican en leves, graves y muy graves."*

El art. 53.1.a) de la citada Ley Orgánica, en redacción dada por el art. único. 56 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que está vigente desde el 13 de diciembre de 2009, establece que:

*"Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente."*

El art. 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por el art. único. 58

Euskal Autonomia Erledegoako Justizia  
Administrazioaren Ofizio Papera

Papei de Oficio de la Administración de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que está vigente desde el 13 de diciembre de 2009, establece:

*"Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10.000 euros. En el supuesto contemplado en el artículo 53.2.a) de esta Ley, además de la sanción indicada, el empresario también estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje."*

Por su parte el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por el art. único. 58 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que está vigente desde el 13 de diciembre de 2009, establece:

*"Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia."*

El art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por el art. único. 59 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que está vigente desde el 13 de diciembre de 2009, dispone:

*"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 artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción."*

El art. 57.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por el art. único. 59 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que está vigente desde el 13 de diciembre de 2009, contiene la siguiente regla:

*"En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa."*

El art. 24 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se 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, (BOE núm. 103, de 30/4/2011), en vigor desde el 30 de junio de 2011, establece en sus tres primeros apartados:

*"1. En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia,*

*de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia.*

*No contendrán orden de salida obligatoria las resoluciones de inadmisión a trámite de solicitudes dictadas de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.*

*2. La salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurran circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.*

*3. Si los extranjeros a que se refiere este artículo realizasen efectivamente su salida del territorio español conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, no serán objeto de prohibición de entrada en el país y eventualmente podrán volver a España, con arreglo a las normas que regulan el acceso al territorio español."*

### **B.2.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

En la interpretación de la sanción procedente para la infracción de estancia irregular de los extranjeros en España, multa o expulsión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir del año 2005, ha establecido que en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa y que la expulsión, en cuanto sanción más grave y secundaria, requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente con la multa.

Igualmente ha declarado que la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha indicado que, en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que,



unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

Esta doctrina jurisprudencial se recoge, entre otras muchas resoluciones, en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2005 (Recurso de Casación n.º 5.824/2002, ROJ STS 7749/2005), de 14 de diciembre de 2005 (Recurso de Casación n.º 4.464/2003, ROJ STS 8131/2005), de 22 de diciembre de 2005 (Recurso de Casación n.º 6.096/2003, ROJ STS 8138/2005), de 27 de enero de 2006 (Recurso de Casación n.º 6.787/2003, ROJ STS 139/2006), de 28 de febrero de 2007 (Recurso de Casación n.º 10.263/2003, ROJ STS 1353/2007) y de 31 de enero de 2008 (Recurso de Casación n.º 1.743/2004, ROJ STS 267/2008).

La doctrina citada se expresa en el Fundamento Jurídico Quinto de esta última sentencia de 31 de enero de 2008 en los siguientes términos:

*"De esta regulación se deduce:*

*1º- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53 -a), es decir, de la permanencia ilegal.*

*Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de Julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión*

*2º- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional",*

*3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que*

*ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.*

*4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.*

*En efecto:*

*A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.*

*B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora."*

### **TERCERO.- EL MARCO COMUNITARIO.**

#### **C.1) La Directiva 2008/115/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.**

El art. 1 de la Directiva 2008/115/CEE establece que la misma tiene el siguiente objeto:

*"La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos."*

El art. 4 de la Directiva 2008/115/CEE, bajo el título "Disposiciones favorables", dispone:

*"2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más*

*favorable para el nacional de un tercer país.*

*3. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva."*

El art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CEE establece:

*"Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5."*

El art. 20.1 de la Directiva 2008/115/CEE prevé el siguiente régimen temporal de incorporación al Derecho nacional:

*"Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 24 de diciembre de 2010. Por lo que respecta al artículo 13, apartado 4, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 24 de diciembre de 2011. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.*

*Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia."*

### **C.2) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la interpretación de la Directiva 2008/115/CEE en las sentencias de 28 de abril de 2011 (Sala Primera, Asunto C-61/11, Hassen El Dridi), de 6 de diciembre de 2011 (Gran Sala, Asunto C-329/11, Alexandre Achughbadian) y de 6 de diciembre de 2012 (Sala Primera, Asunto C-430/11, Md Sagor).

En todos estos casos, no obstante, la normativa nacional contemplada es distinta y prevé soluciones diferentes a la considerada en el presente pleito, a que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución.

De igual modo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en la sentencia de 22 de octubre de 2009 (Sala Tercera, Asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera) en relación a la compatibilidad del régimen sancionador nacional, descrito en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, con el marco jurídico comunitario.

No obstante, en las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia citada, la normativa comunitaria interpretada venía constituida por los artículos 6 *ter* y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común, así como por el artículo 11 del Reglamento (CE) nº 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).

Además, resulta relevante, a nuestro juicio, que en la sentencia de 22 de octubre de 2009, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró "*...procède conclure que la volonté real del legislador no fue imponer a los Estados miembros de que se trata la obligación de expulsar de su territorio al nacional de un tercer país que no consigue refutar la presunción contemplada en el apartado 1 de dicho artículo, sino dejarles la facultad para hacerlo*" (apartado 56). En cambio, interpretando la Directiva 2008/115/CE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que: "*Una vez comprobada la irregularidad de la situación, dichas autoridades deben, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la referida Directiva y sin perjuicio de las excepciones que ésta establece, adoptar una decisión de retorno*" (sentencia de 6 de diciembre de 2011, Gran Sala, Asunto C-329/11, Alexandre Achughbabian y Préfet du Val-de-Marne, apartado 31).

#### **CUARTO.- LA PROCEDENCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.**

Contra la decisión del Recurso de Apelación n.º 195/2013 que adopte la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no cabe ningún recurso judicial de Derecho interno.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al enjuiciar el asunto sometido a su decisión en el Recurso de Apelación n.º 195/2013, alberga dudas acerca de la interpretación de la Directiva 2008/115/CE.

En concreto, las dudas se centran en la compatibilidad de un régimen nacional que permite, ante la constatación de la situación irregular de un extranjero, que se le pueda imponer una consecuencia distinta de la decisión de retorno prevista en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE, como sucede en el supuesto de imponerle exclusivamente una sanción económica que no lleva aparejada de modo específico la obligación de retorno y que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión. De igual modo, resulta dudoso, a criterio de la Sala, si este régimen nacional resulta amparado, con carácter general, por alguna disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país (art. 4.2 de la Directiva 2008/115/CE). Finalmente, resulta controvertido, a criterio de la Sala, si un régimen nacional como el descrito en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución está amparado por el derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica en forma compatible con la Directiva 2008/115/CE (art. 4.3 de la Directiva 2008/115/CE).

En consecuencia, al amparo de lo establecido en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Sala estima procedente plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

**“A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115/CE deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?”**

La respuesta del Tribunal de Justicia, al interpretar los preceptos de la Directiva 2008/115/CE a que se refieren las dudas expresadas en el párrafo anterior, resulta necesaria para resolver el litigio planteado ante la Sala. Así, la respuesta sobre la compatibilidad del régimen nacional que sanciona con expulsión o multa la estancia irregular de los extranjeros es decisiva al enjuiciar, sobre la base de los motivos planteados en el recurso de apelación por la Administración General del Estado, la validez de la sentencia que, al amparo de dicho régimen, ha sustituido la sanción de expulsión impuesta por la Administración por otra de multa en su grado mínimo que, además, resulta incompatible con aquélla. Pues no debe olvidarse que, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incumbe *“al tribunal remitente, encargado de*

Euskal Autonomia Erkidegoa Justizia  
Administrazioaren Ofizio Papere

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

*aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, y de garantizar su plena eficacia, dejar inaplicada cualquier disposición del Decreto Legislativo nº 286/1998 contraria al resultado de la Directiva 2008/115” (sentencia de 28 de abril de 2011, Sala Primera, Asunto C-61/11, Hassen El Dridi, apartado 61).*

#### **LA SALA ACUERDA:**

**PRIMERO.-** Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la siguiente cuestión prejudicial:

“A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115/CE deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?”

**SEGUNDO.-** Suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial.

**Contra esta resolución no cabe recurso alguno.**

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al margen citados. Doy fe.