

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 694/2016

SENTENCIA NÚMERO 106/2017

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a uno de marzo de dos mil diecisiete.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso de apelación, contra la sentencia nº 104/2016, de 12 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia / San Sebastián, que (1) estimó el recurso 452/2015, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado a instancias de ' , nacional de Pakistán, contra Resolución de 27 de octubre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que impuso sanción de expulsión del territorio nacional por infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, con prohibición de entrada por período de tres años, y (2) declaró la nulidad de la resolución recurrida.

Son parte:

- **Apelante:** Administración General del Estado [- Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa -], representada y dirigida por el Abogado del Estado.

- **Apelado:** D. , representado por el Procurador D. Aitor Villate Martínez y dirigido por la letrada D^a. Viviana Echeverría Pascual.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Ángel Ruiz Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por la Administración General del Estado recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimando el recurso presentado y revocando la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

Por D. [REDACTED] se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, suplicando se dicte sentencia desestimatoria del recurso de apelación efectuado por la Abogacía del Estado, confirmadno la sentencia de instancia.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 28 de febrero de 2017, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.

La Administración General del Estado recurre en apelación la sentencia nº 104/2016, de 12 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia / San Sebastián, que (1) estimó el recurso 452/2015, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado a instancias de [REDACTED] nacional de Pakistán, contra Resolución de 27 de octubre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que impuso sanción de expulsión del territorio nacional por infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, con prohibición de entrada por período de tres años, y (2) declaró la nulidad de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

Tras identificar la resolución recurrida, en relación con las pretensiones del demandante, traslada los motivos que planteó en primera instancia, nulidad de actuaciones, porque el expediente debía ser tramitado por los cauces del procedimiento ordinario en lugar del procedimiento preferente y, en segundo lugar, en relación con la desproporcionalidad de la sanción.

Tras ello la sentencia apelada va a soportar el pronunciamiento estimatorio del recurso, y por ello la nulidad de la resolución recurrida, al acoger el primero de los motivos, el referido a la nulidad del procedimiento, que es por lo que no pasó a analizar el segundo sobre la proporcionalidad de la sanción.

La sentencia apelada razona ese pronunciamiento en su FJ 4º, en los términos que siguen:

<< Alega en primer lugar la parte recurrente la nulidad de actuaciones, pues el expediente de expulsión debió ser tramitado por los cauces del Procedimiento Ordinario previsto en el art. 63 bis y no a través del Procedimiento Preferente, por no concurrir las circunstancias que para ello exigiría el art. 63.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero. Dispone el art. 63.1 de la LO 4/200 que: *“Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el artículo 53.1.d), 53.1.f), 54.1.a), 54.1.b), y 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente.*

Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

a) riesgo de incomparecencia.

b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.

c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

La cuestión del procedimiento empleado ha sido analizada por la jurisprudencia. En este sentido, traemos a colación la Sentencia de 24 Feb. 2012, rec. 895/2011, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, cuya doctrina es igualmente aplicable para la resolución del presente litigio, y que dice lo siguiente:

[...]

En el presente caso, aplicando la doctrina contenida en la meritada Sentencia, resulta que ya en la propia denuncia la policía consigna (folio 4-5 del expediente) que el recurrente declaró en el momento de su identificación que llevaba residiendo en España más de dos años, en Barcelona y últimamente en Bergara, en el número uno de la calle Amantegi, y posteriormente, en trámite de alegaciones, presentó certificados de empadronamiento en Bergara y en Barcelona, certificado de percepción de ayuda social, contrato de alquiler de vivienda, así como certificado de tramitación de renovación del pasaporte, circunstancias que, ante la declaración del recurrente sobre las mismas, debieron de haber sido objeto de mayor comprobación por la Administración demandada, y medios tiene para ello, antes de decidirse a incoar el procedimiento de expulsión por los trámites del preferente. En definitiva, que el recurrente no estaba en modo alguno inidentificado, dicho esto a los solos efectos de servir de base a un peligro o riesgo de incomparecencia por lo que la aplicación del régimen del procedimiento preferente fue excesivamente rigurosa, dadas sus consecuencias realmente perjudiciales para el administrado, sobre todo en orden a su posibilidad de salida voluntaria y no prohibición de retorno. Por ello la actuación de la administración debe considerarse que excedió de lo que le facultaba la ley y que perjudicó clara y totalmente al administrado, pese a la queja durante la tramitación de su Abogada (folio 34 del expediente). Ello determina la anulación de lo actuado en vía administrativa, previa estimación del recurso interpuesto, sin necesidad de entrar en el resto de alegaciones esgrimidas por el recurrente >>.

TERCERO.- El recurso de apelación de la Administración General del Estado.

Interesa que se estime para revocar la sentencia apelada.

1.- Insiste en recalcar que en el supuesto sí concurrían los requisitos legales que justificaban la tramitación del expediente de expulsión por los cauces del procedimiento preferente, con remisión a la regulación legal, destacando que se daba riesgo de incomparecencia, trasladando al respecto lo que se razonó en el FJ 3º de la sentencia de la Sala 70/2015, de 11 de febrero, que retoma lo que sigue de la sentencia de 28 de enero de 2015, del recurso de apelación 566/2014.

Ello para destacar que en este caso ninguna indefensión se causó al demandante, porque durante la tramitación del expediente tuvo la oportunidad de alegar cuanto a su derecho ha convenido, y así lo hizo.

También trae a colación pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores de Justicia, la sentencia 1575/2013, de 28 de diciembre (JUR 2014/101871) y la sentencia del TSJ de Galicia 1303/2012, de 28 de noviembre, trasladando ampliamente su razonamiento relevante al respecto, para destacar, tras ello, que concurrían las circunstancias previstas en la Ley que habilitaban la tramitación del expediente de expulsión por los cauces del procedimiento preferente.

2.- En la alegación segunda, hace cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, para incorporar lo que plasmó al resolver la cuestión prejudicial, asunto C-38/14, así lo que razonó en sus apartados 29 a 41, y trasladar su pronunciamiento.

Tras ello se hace referencia al principio de primacía del derecho comunitario, conclusiones que se derivan de dicha sentencia, para ratificar la procedencia de confirmar la sanción de expulsión, porque quien fue demandante se encontraba irregularmente en territorio nacional, sin que concurriera ninguna de las circunstancias excepcionales contempladas en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115.

También alude a modo complementario a la falta de arraigo familiar y laboral en territorio nacional, destacando que el estar empadronado en municipio español o haber realizado determinados cursos no es muestra de arraigo en nuestro país que justifique dejar sin efecto la expulsión, insistiendo en previos pronunciamientos de la Sala y, en concreto, destacando que el empadronamiento no ha sido considerado por la Sala como muestra de arraigo, así, con remisión al recurso de apelación 133/2014.

Añade que el ser el demandante perceptor de ayuda de garantía de ingresos de la Diputación Foral de Gipuzkoa, con remisión al f. 40 del expediente, no tenía entidad alguna para enervar la sanción de expulsión, remitiéndose al FJ 3º de la sentencia de la Sala de 17 de junio de 2015, sentencia 315/2015, recurso de apelación 497/2014, ello para distinguir tales prestaciones en relación con los referidos en el art. 57.5.d) de la Ley Orgánica de extranjería.

CUARTO.- Oposición de ?

El apelado se ha opuesto al recurso de apelación de la Administración e interesa la desestimación de la sentencia apelada.

1.- Se remite a los antecedentes que reflejan las actuaciones, insistiendo en el defecto procedimental que apreció la sentencia apelada, para oponerse a que se siguiera el procedimiento preferente, remitiéndose a distintos pronunciamientos del orden jurisdiccional contencioso administrativo, para recalcar la relevancia del procedimiento que se debió seguir y destacar que de seguirse uno u otro procedimiento no era secundario sino trascendente.

2.- Tras ello se remite a los argumentos que trasladó la demanda sobre la falta de proporcionalidad en la sanción de expulsión que se anuló por la sentencia apelada, remitiéndose a las pautas de la Ley Orgánica de Extranjería, a la Directiva 2008/115/CE, para defender en esencia la improcedencia de la sanción de expulsión, destacando el apelado que llevaba en España dos años, lo que le imposibilitaba acceder a la regulación mediante arraigo social, destacando que había residido en Barcelona y en Bergara, estando identificado, así en el momento de imponerse la sanción de expulsión, con domicilio conocido, siendo parte en contrato de arrendamiento, cursando estudios de lengua castellana y habiendo participado en acciones destinadas a fomentar la integración de los ciudadanos extranjeros en nuestra comunidad, siendo además beneficiario de una ayuda de carácter público destinada a favorecer su integración social y siendo demandante de empleo en Lanbide.

Con ello se justifica lo que se considera arraigo, que debería hacer primar el principio de proporcionalidad y por ello se dice, de no declararse nula la resolución recurrida, esto es, la sentencia apelada por la Administración, deberían retrotraerse las actuaciones al momento en que se debió haber tenido en cuenta el arraigo y por ello la proporcionalidad ahora a decidir entre una u otra sanción.

3.- Asimismo, en la alegación tercera, reitera los argumentos que se expusieron con la demanda en cuanto a la imposibilidad de imponer sanción de expulsión al que es beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público estando al art. 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería, destacando la percepción de prestación contributiva por desempleo o ser beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr la inserción o reinserción social o laboral, señalando el apelado que le resulta de difícil comprensión que el hecho de calificar a una ayuda pública, en concreto, la ayuda de garantía de ingresos, como destinada a atender necesidades básicas de subsistencia, la haga incompatible con la finalidad de lograr la inserción o reinserción social o laboral de su titular, y ello según se precisa, más allá del título competencial habilitante de la norma que la crea, de la partida presupuestaria que la sostiene o de la finalidad de política social que la anime, considerando claro que en la base de la exclusión social se encuentra la carencia de recursos económicos.

QUINTO.- No es relevante, en este caso, que se siguiera el procedimiento preferente y no el ordinario.

Con los argumentos que vamos a trasladar, la Sala tendrá que acoger el recurso de apelación, para revocar la sentencia apelada y, tras ello, entrando a analizar las cuestiones de fondo, porque así debe hacerse en relación con las pautas que se derivan de la doctrina del Tribunal Constitucional, con independencia de que quien fue demandante no se haya adherido al recurso de apelación, porque la sentencia solo incorporó pronunciamientos totalmente favorables a sus pretensiones, porque declaró la estimación del recurso y la nulidad de la resolución recurrida.

En primer lugar, en relación con el argumento que acogió la sentencia apelada, con el que declaró la nulidad de las resoluciones recurridas, al estimar nulo el procedimiento preferente seguido por estimar que no se justificaba, y por ello concluir

que debió seguirse el procedimiento ordinario, es un alegato que la Sala tendrá que acoger en los términos que se defienden con el recurso de apelación de la Administración General del Estado, como recogemos en el FJ 2º, enlazando con conclusiones que viene reiterando la Sala y que, efectivamente, entre otros pronunciamientos se ha plasmado en la sentencia 70/2015, de 11 de febrero, retomando lo que había razonado la previa sentencia de 28 de enero de 2015, ello en el ámbito del recurso de apelación 566/2014 cuando concluíamos:

<< Ahora bien, la tramitación del procedimiento preferente sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento (art.234 RLOEX), constituye un defecto de forma que por sí mismo no es invalidante de conformidad con lo dispuesto por el art. 63.2 LRJAP y PAC si no ha causado indefensión, de forma que la anulación de la resolución por dicha causa, no sólo exige argumentar que no concurren los supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente, sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concretas de defensa, o bien le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento o bien por haberse ejecutado inmediatamente la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español, privándole de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada >>.

Aquí estamos ante un supuesto, en relación con el contenido del expediente, en el que debemos concluir en ratificar que se han trasladado las precisiones que hacíamos en el precedente que hemos traído a colación y, sobre todo, tener presente que no puede considerarse que se generara indefensión material, soporte de la nulidad pretendida, y ello en relación con un expediente en el que el interesado tuvo oportunidad de hacer alegaciones en los términos que consideró.

SEXTO.- Infracción grave por estancia irregular del art. 53.1.a) Ley Orgánica de Extranjería; expulsión; proporcionalidad; previa sanción por la misma infracción, por la que se impuso sanción de multa; referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, recaída en el asunto C-38/14.

Tras ello debemos proseguir, como hemos anticipado, en el análisis de las cuestiones que se plantearon en primera instancia, por ello entrar en el debate central referido a la proporcionalidad de la sanción que se impuso, la expulsión en relación con la infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular.

Por los razonamientos que vamos a trasladar, la Sala tendrá que revocar la decisión de la Administración, en lo que interesa en cuanto vino a considerar justificada, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la sanción de expulsión en este caso.

Para ello debemos recordar las conclusiones que viene reiterando la Sala en relación con la infracción grave por estancia irregular del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, y las pautas de aplicación bajo el principio de proporcionalidad y, asimismo, sobre sus pautas de aplicación incluso tras la STJUE de 23 de abril de 2015 recaída en el asunto C-38/2014, a la que se refirió la sentencia apelada, a la que también se refiere el recurso de apelación en los términos que hemos recogido en el FJ 3º.

En relación con ello, como venimos señalando, tras la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el artículo 57.1 de la Ley Orgánica de Extranjería expresamente plasma referencia al principio de proporcionalidad y a la exigencia de motivación; la nueva redacción del precepto recoge que *<< 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 >>*; por ello la resolución que impone la sanción de expulsión es la que la tiene que motivar.

Nueva redacción que viene a recoger las pautas que derivan del ordenamiento jurídico sancionador en general, con la exigencia de motivación en la propia resolución recurrida (Art. 138.1 de la Ley 30/1992) y la vinculación al principio de proporcionalidad (Art. 131 de la Ley 30/1992), al tener presente la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional; por todas la STC 140/2009, de 15 de junio.

La Sala concluirá bajo las pautas del principio de proporcionalidad, que en el presente caso no era adecuada la sanción de expulsión, con los argumentos que vamos a dar.

Conclusión alcanzada que se debe ratificar, sin que a tales efectos pueda considerarse que tenga relevancia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, recaída en el asunto C-38/2014, recaída en respuesta a cuestión prejudicial planteada por la Sección Tercera de esta Sala, por la singularidad de que la decisión administrativa recurrida recayó en el ámbito de un procedimiento sancionador, cuya naturaleza no puede desconocerse en este momento, sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional [- en la STC 169/2015, de 20 de julio -] al considerar relevante, por contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, alterar la naturaleza sancionadora de una decisión administrativa recurrida, al no atribuirle carácter sancionador.

En este ámbito venimos señalando, entre otras en la sentencia 376/15, de 21 de julio, Apelación 814/14, como hemos recordado recientemente en la sentencia 158/2016 de 13 de abril, Apelación 704/15, que nos encontramos, desde la regulación del derecho interno, ante un expediente sancionador en el que rigen las pautas propias del derecho administrativo sancionador derivadas de la Constitución y recogidas en el ordenamiento

jurídico vigente, con carácter general en el art. 129 de la Ley 30/92, a la que se remite tanto al art. 50 de la Ley Orgánica de Extranjería como al art. 112 del Reglamento, aprobado por R.D. 557/2011, cuando recogen las exigencias del principio de tipicidad, quedándonos aquí, exclusivamente, con el mandato que incorpora el art. 129.2 de la Ley 30/92 cuando señala que únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones, que en todo caso estarán delimitadas por la Ley.

Todo ello para ratificar la relevancia que tiene el que el procedimiento seguido contra la apelante fue un procedimiento sancionador, en relación con una infracción grave de estancia irregular del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, que no está en cuestión, para la que la Ley Orgánica de Extranjería establece como sanción ordinaria la de multa, pudiendo agravarse, bajo las pautas del principio de proporcionalidad, para imponer la sanción de expulsión, por lo que se excluye en este estricto ámbito del procedimiento sancionador modificar la naturaleza jurídica de la decisión que debe alcanzarse en un procedimiento sancionador, que lleva a tener que excluir que la sanción de expulsión pueda considerarse como una singular decisión de retorno, dado que no es lo que resolvió la Administración en este concreto caso.

La Sala viene ratificando que la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es relevante a los efectos que nos ocupa, para excluir los mandatos sustantivos en el ámbito sancionador que incorpora la Ley Orgánica de Extranjería, en lo que aquí interesa las previsiones de su artículo 57.1 en relación con el artículo 53.1.a).

Si ello debe ser así, tampoco podemos perder de vista que en aplicación del principio de proporcionalidad en relación con la sanción procedente por la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por ello la aplicación de las pautas del artículo 57.1 de la Ley Orgánica, con la correcta motivación al caso concreto, puede sustituirse la sanción ordinaria de multa, que es la que pretende el apelante, por la de expulsión.

En este ámbito venimos teniendo presente que en la sentencia de esta Sección 2ª de 10 de septiembre de 2008, recaída en el recurso de apelación núm. 361/07, en una labor de refundición de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, recogíamos que se considera circunstancias o datos negativos que justifican la expulsión, la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida (STS de 22 de febrero de 2007); el hallarse, además, indocumentado e ignorarse cuándo y por dónde entró en España (STS 23 de octubre de 2007, Rec. 1624/2004 , 5 de julio de 2007, Rec.1060/2004); disponer de documentación falsa (STS de 25 de octubre de 2007, Rec. 2260/2004); constar una previa prohibición de entrada (STS de 4 de octubre de 2007, Rec. 2244/2004); invocar una falsa nacionalidad (STS 8 de noviembre de 2007 Rec. 2448/2004); tales factores introducen un plus de gravedad en la conducta que justifica la expulsión.

En este caso, con todo ello, no podemos sino ratificar, como se defendió por el interesado con la demanda, y reitera con la oposición al recurso de apelación, que no existen elementos negativos que conduzcan, en el ámbito del principio de proporcionalidad, a imponer la sanción cualificada de expulsión frente a la ordinaria de multa, en relación con la infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, debiendo tener presente, asimismo, entre otras circunstancias que reflejan las actuaciones, la acreditación de la residencia en España en distintos domicilios, en Barcelona y Bergara, así como con remisión a los certificados de empadronamiento que se han aportado, junto a otras consideraciones en relación con la vinculación a nuestro país que refiere el apelante, como hemos recogido en el punto 2 del FJ 4º, unido al dato también significativo a tales efectos de ser perceptor de la ayuda de ingresos reconocida por la Diputación Foral de Gipuzkoa, como refleja el expediente, ello al margen de que tal prestación, como pasamos a razonar, no se integre en las previsiones del art. 57.5 d) de la Ley Orgánica de Extranjería, por lo que no es obstáculo para imponer la sanción de expulsión, de ser procedente.

Así, en relación con ello, la Sala viene reiterando que la Ayuda de garantía de ingresos de la Diputación Foral de Gipuzkoa no impide la expulsión, razonando al respecto, como hacíamos en el FJ 4º de la sentencia del recurso de apelación 446/2014, lo que sigue:

<< [...]

Ahora bien, en la vista oral el recurrente alegó que era perceptor de una prestación económica asistencial de la Diputación Foral de Gipuzkoa, aportando como documento número 7 una fotocopia de una resolución de 23 de febrero de 2013 por la que, al amparo del Decreto Foral 31/2012, de 19 de junio por el que se establece la ayuda para la garantía de ingresos, se le concede una ayuda económica de 602,28 € con efectos retroactivos al mes de enero de 2013 y por un periodo de seis meses hasta el 21 de junio de 2013. Asimismo aportó como documento número nueve una fotocopia de la resolución de 25 de julio de 2013 de la Diputación Foral de Gipuzkoa por la que se prorroga hasta el 21 de diciembre de 2013 la citada ayuda económica.

La cuestión que ello suscita es si se trata de una “prestación de carácter asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral” que *ex* artículo 57.5.d) *in fine* LOEX impida la imposición de la sanción de expulsión, y, en el supuesto de que la respuesta sea favorable, determinar la validez o invalidez de la resolución sancionadora por infracción de dicho precepto, teniendo en cuenta que la resolución por la que se concedió la prestación (1) se dictó el 23 de febrero de 2013, una vez incoado el procedimiento el 8 de agosto de 2012, (2) con anterioridad a la resolución sancionadora de 26 de febrero de 2013, (3) teniendo en cuenta que la resolución tiene efecto retroactivo al mes de enero de 2013, esto es, anterior a la fecha de la incoación del

procedimiento sancionador, y (4) que no fue aportada en el expediente administrativo sino en sede jurisdiccional.

Ley vasca 18/2008, de 23 de diciembre, para la garantía de ingresos y para la inclusión social, y el Decreto del Gobierno vasco 147/2010, de 25 de mayo, que la desarrolla, contemplan una prestación periódica de naturaleza económica, dirigida tanto a la cobertura de los gastos básicos para la supervivencia como a la de los gastos derivados de un proceso de inclusión social y/o laboral, y destinada a las personas integradas en unidades de convivencia que no dispongan de ingresos suficientes para hacer frente a dichos gastos, de conformidad con lo previsto por el art. 11 en la redacción dada por el art.4 de Ley 4/2011 de 24 noviembre 2011, siendo beneficiarios de la prestación quienes acrediten el empadronamiento y la residencia efectiva durante tres años anteriores a la solicitud, o de sólo un año si acreditan además cinco años de actividad laboral dentro de los diez anteriores, o, finalmente si no acreditando un año de empadronamiento y residencia efectiva anterior a la solicitud, acreditan cinco años continuados de empadronamiento y residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art.16).

La Ley vasca 4/2011, de 24 de noviembre, modificó la Ley 18/2008 endureciendo los requisitos para tener derecho a la renta de garantía de ingresos, ya que en su redacción original se exigía el empadronamiento y la residencia efectiva superior a un año, y en el supuesto de no cumplir dicho requisito, acreditar el empadronamiento y la residencia continuada de al menos cinco años dentro de los diez inmediatamente anteriores.

El Decreto Foral 31/2012, de 19 de junio, de la Diputación Foral de Gipuzkoa, por el que se establece en la Ayuda para la Garantía de Ingresos, se dicta sin invocar la Norma Foral ni el título competencial de cobertura, lo que dificulta su correcta comprensión teniendo en cuenta que en materia de asistencia social, de conformidad con lo dispuesto por el art. 7.b).6.c).1 de la Ley vasca 27/1983, de 25 de noviembre, los Territorios Históricos tienen únicamente competencia de ejecución de la legislación que dicten las Instituciones comunes en ejercicio de la competencia exclusiva que el art. 10.12 del estatuto de Autonomía para el País Vasco reconoce a la Comunidad Autónoma.

En todo caso, la ayuda que contempla dicho decreto foral tiene por finalidad proteger a las personas y unidades de convivencia que no cumplen los requisitos para acceder a la renta de garantía de ingresos prevista por la Ley vasca 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, y se destina, según la exposición de motivos, a atender situaciones de falta de medios económicos para la subsistencia, y se dirige a las personas que estén empadronadas y tengan residencia efectiva en algún municipio de Gipuzkoa durante los últimos doce meses anteriores a la solicitud (art.7.2), y no dispongan de ingresos, o no en cuantía suficiente para atender las necesidades básicas de su unidad

de convivencia (artículos 2, 3.1 y 10), teniendo un carácter finalista dirigido a hacer frente a los gastos asociados a las necesidades básicas (artículo 3.1).

A diferencia de renta de garantía de ingresos prevista por la Ley vasca 18/2008, de 23 de diciembre, la ayuda foral de Gipuzkoa, aun siendo una prestación pública, es cuestionable su carácter asistencial y en cualquier caso no tiene una finalidad de inclusión social, sino una finalidad más primaria de atender a las necesidades básicas de subsistencia, razón por la cual no cumple los presupuestos de las prestaciones que conforme al art. 57.5.d) *in fine* LOEX impiden la imposición de la sanción de expulsión.

[...] >>.

Ratificamos por tanto, como defiende el recurso de apelación de la Administración, que la ayuda de garantía de ingresos reconocida por la Diputación Foral de Gipuzkoa a la que nos hemos referido, que refleja el expediente (f. 40), no tenía entidad para enervar la sanción de expulsión, por no enmarcarse en el ámbito del art. 57.5) de la Ley Orgánica de Extranjería, pero ello no excluye que sea un elemento más a valorar a la hora de determinar la sanción procedente en los términos del art. 53.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, que exige operar con el principio de proporcionalidad, que lleva en este caso a la conclusión clara de que no existían elementos que condujeran a cualificar la sanción, esto es, a pasar de la ordinaria de multa a la cualificada de expulsión que finalmente impuso la Administración.

Por todo ello, en conclusión, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Administración General del Estado, revocamos la sentencia apelada y, resolviendo el debate de primera instancia, estimamos las pretensiones ejercitadas con la demanda, con soporte en la denuncia de desconocimiento del principio de proporcionalidad, y por ello revocamos parcialmente la resolución recurrida, dejando sin efecto la sanción de expulsión que impuso, sustituyéndola por multa en cuantía de 501 €, ello recordando que no está en cuestión el supuesto típico, la estancia irregular en España de quien fue demandante y ahora es apelado, de .

SÉPTIMO.- Costas.

Estando a los criterios en cuanto a costas del artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, como consecuencia de las conclusiones alcanzadas, no se hará expreso pronunciamiento en relación con las de ambas instancias.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Que, estimando el **recurso de apelación nº 694/2016**, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia nº 104/2016, de 12 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia / San Sebastián, que (1) estimó el recurso 452/2015, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado a instancias de [redacted] nacional de Pakistán, contra Resolución de 27 de octubre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que impuso sanción de expulsión del territorio nacional por infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, con prohibición de entrada por período de tres años, y (2) declaró la nulidad de la resolución recurrida, debemos:

1º.- Revocar la sentencia apelada.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimamos parcialmente las pretensiones ejercitadas por el demandante y declaramos la parcial nulidad de la resolución de 27 de octubre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que impuso sanción de expulsión del territorio nacional por infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, para dejar sin efecto la sanción de expulsión y sustituirla por la de multa en cuantía de 501€.

3º.- No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0694 16, de un depósito de 50 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).

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

RECURSO: Apelación 694/2016
SECCIÓN: 2ª NRT
DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA: SENTENCIA

DILIGENCIA DE COMUNICACIÓN FUERA DE SEDE TRIBUNAL
CON EFECTO ART. 151.1 LEC

En Bilbao, a _____

La extiendo yo, el/la Auxiliar de la Administración de Justicia, para hacer constar que me constituyo en la sede de ABOGADO DEL ESTADO, con objeto de llevar a efecto el acto de comunicación acordado en las actuaciones de referencia.

Teniéndole presente, le hago entrega del documento que se indica en el encabezamiento de esta diligencia, en el que consta el recurso que cabe contra el mismo, el plazo y el órgano ante el que debe interponerse.

Realizado el acto de comunicación expresado, firma conmigo el receptor.

Firma del receptor

Firma del funcionario