

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 1038/2016

SENTENCIA NUMERO 452/2017

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:
DON ANGEL RUIZ RUIZ
DON JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a diez de octubre de dos mil diecisiete.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación, contra la sentencia nº 143/2016, de 11 de julio de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, que desestimó el recurso 14/2016, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 9 de diciembre de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que impuso sanción de expulsión, con prohibición expresa de entrar nuevamente en territorio español por periodo de 3 años, por infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular.

Son parte:

- **Apelante:** , representado por la Procuradora Doña María Elena Manuel Martín y dirigido por la letrada Doña Viviana Echeverría Pascual.

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Aslam Shazad recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia que estime íntegramente el Recurso de Apelación, revocando la sentencia de instancia y se estime íntegramente las peticiones formuladas en la demanda, y se declare nula la resolución dictada por la Subdelegación de Gobierno de Gipuzkoa de fecha 9 de diciembre de 2015, por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido o, subsidiariamente, la no conformidad a derecho de la resolución de expulsión y prohibición de entrada, por no ser el demandante expulsable y por falta de proporcionalidad a los oportunos efectos.

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 la Administración del Estado apelada en el presente procedimiento, se solicitó que se dictara sentencia que desestimase el recurso de apelación interpuesto y confirmase la sentencia recurrida.

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 10/10/17, 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.

El ciudadano nacional de Pakistán, recurre en apelación la sentencia nº 143/2016, de 11 de julio de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, que desestimó el recurso 14/2016, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 9 de diciembre de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que impuso sanción de expulsión, con prohibición expresa de entrar nuevamente en territorio español por periodo de 3 años, por infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular.

La resolución que impuso la sanción de expulsión, tras constatar la estancia irregular, recoge que el interesado ni siquiera disponía de documento identificativo personal válido internacionalmente, el pasaporte, ni constaba cómo ni por donde realizó la entrada, continuando con posterioridad en situación irregular, por no contar con ningún tipo de autorización y permiso, media además la ausencia de arraigo personal o social, y ello para justificar la imposición de la sanción de expulsión.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

Tras identificar la actuación administrativa recurrida, recoge las pretensiones del demandante y la oposición de la Administración del Estado.

Analiza en primer lugar lo pretendido por la demanda en relación con la nulidad de actuaciones, porque el expediente de expulsión debía haber sido tramitado por los cauces del procedimiento ordinario y no a través del procedimiento preferente, por no concurrir circunstancias exigidas por el ordenamiento jurídico, argumento que la Sentencia apelada rechazó con remisión a lo razonado en Sentencia de esta Sala 266/2016 de 1 de junio de 2016, recaída en el recurso de apelación 741/2015, para concluir que el supuesto era coincidente con el analizado en dicha sentencia, precisando que el recurrente se había limitado a alegar la infracción formal, pero no argumentó seriamente que la tramitación de dicho procedimiento le haya causado indefensión, y que como consecuencia de ello se le haya internado o que se haya ejecutado inmediatamente la expulsión impidiendo el abandonar voluntariamente el territorio nacional y por ello el motivo se desestimó.

En el FJ 5º, entra en el ámbito de la proporcionalidad en relación con la sanción impuesta, por infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, remitiéndose a las pautas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, trasladando razonamientos incorporados a la Sentencia de 29 de marzo de 2007, complementada con las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 27 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008, tras lo que traslada lo razonado en Sentencia de esta Sala y Sección Segunda de 17 de noviembre de 2010, recaída en el recurso 913/2009, lo que en ella se razonó en sus Fundamentos Sexto y Séptimo, para enlazar con lo razonado en las Sentencias de la Sala 372/2012 de 23 de mayo y en la Sentencia 232/2014 de 29 de abril en relación con el entendimiento de lo que son circunstancias negativas que conducen a la expulsión.

En el FJ 6º se detiene en la exigencia de motivación, para precisar lo que sigue:

<< En este sentido las SSTs de 25 de febrero y 7 de marzo de 1991, por todas, establecen la doctrina que se sintetiza en la conocida frase que dice “no cabe confundir la brevedad y la concisión de los términos con la falta de motivación”, de la que puede inferirse que el requisito de la motivación se entiende cumplido si se explicitan de forma suficiente, aunque de forma breve y concisa, las razones de la imposición de la sanción de expulsión. Así, el artículo 53 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, tipifica como infracción grave el supuesto contemplado por la resolución recurrida, ya que su apartado a) se refiere 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 hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”.

Sentado lo anterior, del expediente administrativo se infiere que en el momento del inicio del procedimiento sancionador la parte actora se encontraba irregularmente en territorio español, supuesto incardinado en el aludido artículo 53.a) de la Ley de Extranjería. En la resolución recurrida se indica que la recurrente se encontraba en situación de completa irregularidad. A ello se añade que carecía de pasaporte y que su entrada en territorio español se efectuó de manera totalmente ilegal, ignorándose cuándo y por donde entró en España, todo lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial a que se ha hecho alusión en el Fundamento anterior, motiva la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, al existir, junto a la mera estancia ilegal, otras circunstancias negativas, que aconsejan la imposición de la sanción más grave >>.

El FJ 7º se encabeza con remisión a lo trasladado por el recurrente en cuanto a la percepción de la RGI, ámbito en el que razona lo que sigue:

<< Al hilo de lo anterior, debemos hacer dos precisiones con respecto a lo alegado por el recurrente en su escrito de demanda y en la vista, sobre la percepción de la RGI así como sobre la solicitud deducida por el mismo de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. Con respecto a lo primero, dicha circunstancia no puede operar de forma automática para impedir su expulsión, en aplicación del art. 57.5.d de la LO 4/2000 sino que resulta necesario que se acredite que la misma está destinada a lograr la inserción social del recurrente, en este caso, mediante la aportación del correspondiente Convenio de Inserción que recoja las acciones específicas para procurar la inserción del beneficiario, (en este sentido Sentencia 499/2015, de 11 de septiembre, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV), carga que corresponde al demandante y que este no cumple satisfactoriamente, toda vez que el convenio que aporta en sede jurisdiccional es de fecha 1 de julio de 2016, es decir, de fecha posterior no sólo a la incoación del expediente sino al propio dictado de la resolución recurrida, por lo que ninguna virtualidad puede tener a los efectos pretendidos, por los motivos que a continuación se expondrán. Lo mismo decir en relación a la solicitud de una autorización de residencia y trabajo aportada en el acto de la vista, pues vemos que dicha solicitud fue presentada el día 12 de febrero de 2016, y 6 de mayo de 2016.

Es por ello que la resolución recurrida resulta plenamente conforme a derecho desde el momento en que la autoridad administrativa no pudo ni debía tener en cuenta unas circunstancias que no se habían producido y que tampoco se sabía si se iban a producir, por lo que la demandada no estaba obligada a investigar el resultado de una solicitud que aún no se había producido, ni a esperar que se resolviera la misma, pues lo que la

jurisprudencia exige es que la solicitud de regularización de la situación ilegal del extranjero incurso en el supuesto de infracción del artículo 53 a) de la Ley 4/2000 (o también en el apartado b) sea instada con anterioridad a la incoación del expediente de expulsión. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en, entre otras, Sentencias de 29 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1991, 25 de noviembre de 1995 (recurso de casación 1017/93, fundamento jurídico quinto), 17 de febrero de 1996 (recurso de casación 4842/93, fundamento jurídico cuarto), 19 de febrero de 2000 (recurso de casación 6184/95, fundamento jurídico tercero), 22 de julio de 2000 (recurso de casación 1904/96, fundamento jurídico sexto) y 19 de diciembre de 2000 (recurso de casación 5156/97, fundamento jurídico segundo). En este mismo sentido el Tribunal Constitucional (STC 22-3-1993) >>.

El FJ 8º lo dedica a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, recaída en el asunto C-38/14, que resolvió cuestión prejudicial planteada por esta Sala, para trasladar lo que en ella se razonó en los apartados 28 a 41, para concluir sus razonamientos exponiendo lo que sigue:

<< De modo que, en aplicación de la Directiva 2008/115, y conforme a la interpretación que de la misma hace la meritada Sentencia, apreciada la estancia irregular del recurrente en nuestro país, y sin que concurra ninguna de las circunstancias de exclusión de los apartados 2 a 5 del art. 6, que exceptúan la aplicación de la decisión de retorno en los supuestos siguientes (2. Los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1; 3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1; 4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia; 5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra

autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6) , circunstancias cuya concurrencia el recurrente ni alega ni acredita, ya no es posible sustituir, decimos, en aplicación del mencionado derecho comunitario, en atención a las circunstancias personales de arraigo del demandante, la sanción de expulsión por la de multa, como venía haciendo este Juzgado en aplicación de la doctrina contenida entre otras, en la sentencia de 29 de marzo de 2007 del Tribunal Supremo, así como en la Sentencia de 17 Nov. 2010, rec. 913/2009 Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, sino que al haberse declarado por el citado TJUE que <<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, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.>>, lo procedente es, en todo caso, aplicar la sanción de expulsión >>.

TERCERO.- El recurso de apelación.

Interesa de la Sala que se estime, para revocar la sentencia apelada y tras ello estimar íntegramente las pretensiones formuladas con la demanda, para que se declare la nulidad de la resolución que impuso la sanción de expulsión, como se dice por haberse prescindido el procedimiento legalmente establecido, o con carácter subsidiario por la no conformidad a derecho de la resolución de expulsión con prohibición de entrada, porque el demandante no era expulsable, unido a la falta de proporcionalidad.

1.- Comienza el apelante razonando sobre la inadecuación del procedimiento, con remisión a las pautas recogidas en el Ley Orgánica de Extranjería en su artículo 63, para insistir en que no concurrían ninguna de las circunstancias establecidas por la norma, por lo que se debió acudir al procedimiento ordinario, que posibilita la concesión de un periodo de salida voluntaria, enlazando con los razonamientos que trasladó la sentencia apelada, para no compartirlos, para señalar que no se comparte el criterio mantenido por la Sala, con remisión al escrito de alegaciones de 27 de julio de 2015 y a que se aportó: certificado de empadronamiento emitido por el Ayuntamiento de Bergara, el contrato de alquiler de habitación, el justificante de cobro de la RGI y el Certificado de la Embajada de Pakistán que acreditaba que la renovación de su pasaporte estaba en tramitación; se dice es por lo que el interesado exhibió ante los agentes actuantes en el momento de su identificación, como consta en el expediente, su documento de identificación de Pakistán,

documentación que constituía una identificación válida.

En cuanto al alegato de la sentencia apelada de que se limitó al interesado alegar la infracción formal, pero sin argumentar que se hubiera causado indefensión como consecuencia de la tramitación seguida, destaca el apelante que la elección entre el procedimiento ordinario y el preferente, tiene una singular importancia y trascendencia para el apelante, porque cuando se sigue el procedimiento de tramitación preferente, no existe obligación de conceder un plazo de cumplimiento voluntario para que el extranjero abandone el territorio nacional, imposibilitándose así que la prohibición de entrada que acompaña la orden de expulsión impuesta pueda revocarse una vez que el extranjero haya cumplido de forma voluntaria con la sanción.

Se ratifica que al tramitarse el procedimiento sancionador por los cauces del procedimiento preferente, se vulneró el procedimiento debido, y por ello los artículos 63 y 63 bis 1) de la Ley Orgánica de Extranjería y los artículos 226 y 234 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011 que determina la unidad de pleno derecho en relación con los motivos previstos en el artículo 62.1. a) de la Ley 30/92.

Alegato que se arroja con razonamiento parcial incorporado en la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2014, recaída en el recurso 14/2013.

2.- La alegación segunda razona sobre la infracción del artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería, ello frente a lo que razona la sentencia apelada de que no resultaba de aplicación al recurrente tal supuesto, remitiéndose al contenido del precepto, para rechazar lo argumentado al respecto por la sentencia apelada y enlazar con la regulación de la Ley Vasca 18/2008, para la garantía de ingresos y la inclusión social, remitiéndose a sus artículos 1, 6, 15 y 65 y siguientes, en cuanto a la definición de los convenios de inclusión, todo ello, en el fondo, para ratificar que la concesión de la Renta de Garantía para la inclusión y protección social, se hace depender del establecimiento de un Convenio de inclusión con la persona titular de la prestación económica que se dice refuerza el carácter de prestación económica ligada al fomento de la inclusión y la prevención de la exclusión social, laboral y económica.

Añade el apelante el hecho de que en la práctica desarrollada por LANBIDE, se ha venido eximiendo a personas en situación irregular de la firma de un Convenio individualizado de inserción o se ha dilatado en el tiempo su rúbrica, requisito necesario para la percepción de los mencionados ingresos de inserción, se destaca que no puede redundar en un perjuicio añadido para el apelante, como sería el caso de considerar que la Renta Básica para la inclusión y protección social de la que es preceptor, no constituye por sí misma un instrumento de inserción.

Precisa que la elaboración y suscripción de un Convenio de Inserción activa debe iniciarse de oficio por parte de la Administración, destacando la relevancia de esa precisión estando a la regulación legal.

Habla de deficiente práctica administrativa llevada a cabo por LANBIDE, instando la firma de un Convenio de Inserción individualizado con mucha posterioridad al momento de la concesión de la Renta de Garantía de Ingresos, insistiendo en que no puede implicar un perjuicio añadido, como tampoco puede implicar vulneración alguna de la naturaleza de prestación pública tendente a lograr su inserción social, para señalar que la firma del Convenio debe considerarse como un mero trámite que nada desvirtúa su naturaleza de prestación económica de carácter público destinada a lograr la inserción social o laboral del beneficiario.

En relación con ello, se hace cita de sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2016, recurso de apelación 806/2014 y de 1 de julio de 2015, recurso de apelación 734/2014, en los que se consideró que la Renta de Garantía de Ingresos, es prestación acorde a la Norma incluida en el artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería, sin hacer mención a la necesidad de existencia de convenio individualizado de inserción.

Finalmente, en este ámbito, el apelante traslada que el debate debe considerarse solventado una vez que se exhibió en la vista oral el Convenio de Inserción firmado con LANBIDE, quedando por tanto acreditada la existencia de una ayuda de las referidas en el artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería y por ello se dice hace inviable tanto el mantenimiento de la Sanción de Expulsión como su posterior ejecución.

Alude a que la Abogacía del Estado en el Acto del juicio impugnó, en la vista oral, el documento Convenio de exclusión, porque como se plasmó por él era una fotocopia, señalando que en realidad lo que se aportó no era una fotocopia, sino un documento compulsado por un Ayuntamiento, con remisión a las pautas del artículo 46.2 de la Ley 30/92, sobre la valoración de las copias, consideración como documento Administrativo, destacando que un Ayuntamiento era un Órgano de la Administración Pública.

3.- En el alegato o motivo tercero razonó sobre la falta de adecuación y proporcionalidad de la sanción.

Destaca que lo que hace la sentencia apelada es una interpretación restrictiva de los elementos que configuran el arraigo, porque no se valora de forma adecuada la documentación aportada al expediente, el Certificado de Empadronamiento, el Contrato de alquiler de vivienda, la tarjeta sanitaria y la titularidad de una ayuda de carácter público, enfocada a facilitar la inclusión social, reiterando los argumentos que trasladan en primera instancia en cuanto a la compatibilidad del sistema de tipificación de las Sanciones aplicables a las infracciones graves por permanencia irregular en el territorio nacional regulado en los artículos 53 a 57 de la Ley Orgánica de Extranjería con la Directiva 2008/115/CE.

Todo ello para insistir en que la imposición de multa no resulta incompatible con la expulsión, porque solamente lo es mientras nos encontramos en el plazo de cumplimiento voluntario de la salida obligatoria, porque la sanción económica, con el correspondiente requerimiento de salida voluntaria, es compatible con la posterior orden de expulsión y si se incumple el plazo concedido, se desestima la solicitud de

regularización, insistiendo en que se acomoda a lo establecido en la Directiva, enlazando con el principio de proporcionalidad.

Señala finalmente el apelante que lleva en España más de 5 años, que había tratado de regularizar su situación administrativa en España, refiriendo que la solicitud le fue denegada por la insuficiencia de medios económicos del empleador responsable de la oferta laboral.

4.- Añade que en la vista oral aportó el justificante de haber solicitado autorización de residencia por circunstancias excepcionales, por arraigo social, el 6 de mayo de 2016, cuya respuesta aún se esperaba en aquel momento, remitiéndose al artículo 6.5 de la Directiva de retorno 2008/115/CE, para precisar que nada de ello se ha tenido en cuenta a la hora de resolver, porque se ha hecho caso omiso a las circunstancias del intento de la regularización de la situación administrativa por parte del apelante, habiéndose ignorado completamente que en el momento de la vista oral, tenía pendiente una resolución por haber solicitado autorización de residencia por arraigo social.

Concluye precisando que el arraigo acreditado debía hacer primar el principio de proporcionalidad, insistiendo en que no existen datos negativos que permitan justificar la adopción de la sanción de expulsión, en lugar de la ordinaria de multa, ello, como se dice, en contra de lo que recogió la resolución administrativa que acordó la expulsión.

CUARTO.- Oposición de la Administración General del Estado.

Interesa la desestimación y confirmación de la Sentencia apelada.

Comienza destacando que en este supuesto, junto a la estancia irregular en territorio nacional del apelante, se daba la situación de indocumentación, unido a la estancia en espacio Schengen de forma ilegal.

1.-Tras ello insiste en la relevancia de la indocumentación, con remisión a pronunciamientos de esta Sala, así sentencia 707/2011 recurso de apelación 911/2010, sentencia 642/2012, recurso de apelación 1057/2020, complementado con referencia a otros y trasladando lo razonado en la sentencia de 22 de julio de 2015, recaída en el recurso de apelación 391/2014.

Con alegatos complementarios para ratificar la relevancia de la indocumentación, unido a desconocerse cuando y por donde entró en España, como factores negativos que introducen un plus de gravedad en la conducta, que justifica la expulsión, con remisión a pronunciamientos de la jurisprudencia, la Administración traslada contenido parcial de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, sus apartados 29 a 41 y la conclusión, para incidir en la primacía del Derecho Comunitario, posición en la que se encuentra la Administración y ello para ratificar la sanción de expulsión como consecuencia de la estancia irregular en territorio nacional, sin que concurra ninguna de las excepciones contempladas en los apartados 2 al 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115/CE, añadiendo la falta de arraigo familiar y

laboral, y ello enlazando con lo que se razonó ya en la resolución administrativa que impuso la Sanción de Expulsión.

2.- También considera que no son relevantes en este caso las circunstancias vinculadas a la percepción de ayudas sociales, si no se trata de prestaciones ordenadas a la inserción social o laboral, para destacar que no sería suficiente, para justificar la aplicación del artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería, al dar relevancia a la ausencia de suscripción de un Convenio de Inserción laboral, con remisión a conclusiones alcanzadas en sentencia de esta Sala, con remisión a las recaídas en los recursos de apelación 333/2013 y 125/2014.

Tras ello se razona cumplidamente sobre la percepción de la RGI y su incidencia en el supuesto del artículo 56.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería, en relación con la regulación recogida en la Ley Vasca 18/2008, que regula la Renta de Garantía de Ingresos, enlazando con los datos ya valorados, la aportación en el acto de la vista de una fotocopia del convenio de inclusión social suscrito entre LANBIDE y el apelante, el 1 de julio de 2016, por ello se destaca que con posterioridad a la concesión de la Renta de Garantía de ingresos, Convenio que es de fecha posterior, no solo a la incoación del expediente, sino al propio dictado de la resolución recurrida, por lo que al dictarse la orden de expulsión por la Administración resultaba incontrovertido que si bien el apelante era receptor de la RGI desde el 2011, dicha prestación no era asumible en el supuesto del artículo 53.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería, porque la prestación debía tener como finalidades estar dirigida a lograr la inserción social o laboral del beneficiario, lo que se dice se cumple en el caso de la Renta de Garantía de Ingresos a través de la suscripción con la persona titular de un convenio de inclusión en los términos recogidos en la citada Ley de 2008, enlazando aquí con lo concluido en la Sentencia de la Sala de 21 de enero de 2016 recurso de apelación 553/2015.

Esa argumentación se arropa también con remisión a las sentencias de la Sala de 18 de noviembre de 2015, recurso de apelación 151/2015 y de 4 de junio de 2015, recurso de apelación 252/2013.

3.- En cuanto a la alegación referida a la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que se presentó por el apelante el 12 de febrero de 2016 y el 6 de mayo de 2016, la Administración se remite al Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia apelada, porque se comparte lo en ella recogido.

4.- La Administración en su alegación segunda, se detiene en lo debatido sobre la inadecuación del procedimiento seguido en la tramitación del Derecho sancionador, para defender la tramitación del procedimiento preferente como ajustada a derecho, en contra de lo que se defiende con la demanda, que existían requisitos legales que justificaban la tramitación del expediente de expulsión por los cauces del procedimiento preferente, con remisión a la regulación legal destacando que concurría riesgo de incomparecencia que se dice en este caso se daba por carecer de domicilio y documentación identificativa.

Con remisión a pronunciamientos de la Sala, destaca la sentencia 70/2015 de 11 de febrero, que se remite a la sentencia de 28 de enero de 2015, recaída en el recurso de

apelación 566/2014, para extraer de ella el razonamiento que tina relevante al caso.

Para la Administración, en este supuesto ninguna indefensión se causó al apelante, porque durante la tramitación del expediente tuvo la oportunidad de alegar cuanto a su derecho convino y así lo hizo.

Para ratificar las conclusiones que se defienden con la oposición de la Administración, se trasladan razonamientos parciales de la sentencia número 1575/2013 de 20 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, así como de la sentencia 1303/2012 de 28 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Ello para soportar que solo tengan relevancia los defectos procedimentales capaces de causar indefensión material, todo ello sin perjuicio de resaltar, finalmente, que en el supuesto concurrían las circunstancias previstas en la ley que habilitaban para la tramitación del expediente de expulsión por los cauces del procedimiento preferente.

QUINTO.- Irrelevancia de la de las solicitudes de autorización por circunstancias excepcionales, por arraigo social, por ser posteriores a la resolución que concluyó el procedimiento sancionador.

Varias son las cuestiones que se plantean con el recurso de apelación, en el fondo, reproduciendo los argumentos que se introdujeron en primera instancia ya con la demanda, ya en el acto de la vista celebrada ante el Juzgado que dictó la sentencia apelada.

Comenzaremos despejando lo que se ha venido debatiendo en relación con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, por arraigo social, la primera que se presentó el 12 de febrero de 2016, y que se desestimó por resolución de 14 de marzo de 2016, y la segunda presentada el 6 de mayo de 2016.

Ello ha de ponerse en relación con la regulación sobre la *conurrencia de procedimientos*, recogida en el art. 241 del reglamento de la LOEx, aprobado por RD 557/2011.

Al margen de la no relevancia en relación con lo que se venía planteando de la primera de las solicitudes, porque había sido desestimada por resolución de 14 de marzo de 2016, debemos remarcar que ni en esa solicitud y resolución, ni la posterior solicitud de 6 de mayo de 2016, en cuanto a reiteración de la solicitud de autorización por circunstancias excepcionales por arraigo social, condicionaban la conformidad o no a derecho de la resolución recurrida, porque era de fecha anterior, de 9 de diciembre de 2015, por lo que en el ámbito del procedimiento sancionador en la que recayó, ninguna incidencia podía tener una solicitud inexistente, dado que la primera solicitud se planteó el 14 de marzo de 2016.

Por ello, ninguna relevancia puede tener en la conformidad a derecho, ni en nada condicionó el curso del procedimiento administrativo sancionador, como en su caso lo

hubiera sido de haber existido una solicitud pendiente de resolución mientras no había recaído resolución de expulsión.

SEXTO.- Infracción grave por estancia irregular del artículo 53.1.a) Ley Orgánica de Extranjería; expulsión; proporcionalidad; 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; la situación de indocumentado, por no aportar el pasaporte en el curso del expediente, justifica la expulsión.

Tras ello, nos encontramos con que el debate ha girado en relación con la conformidad o no a derecho de la decisión de la Administración de concluir el expediente sancionador con la sanción de expulsión por infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, justificándose la imposición de la sanción de expulsión en la indocumentación, en lo que interesa en la ausencia de pasaporte, y por ello sin poder acreditar de forma válida la identidad y nacionalidad.

Al responder a este ámbito en debate, debemos partir en recordar que lo que la sentencia apelada confirmó fue la decisión de la Administración de imponer sanción de expulsión por infracción grave del artículo 53.1. a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, justificándose la imposición de la sanción de expulsión en la indocumentación, en lo que interesa en la ausencia de pasaporte, y por ello sin poder acreditar de forma válida la identidad y nacionalidad.

Tendremos presentes las pautas en las que se desenvuelve la imposición de sanciones por infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería por estancia irregular, enlazando con el principio de proporcionalidad, recogido en el artículo 57.1 de la Ley Orgánica, ello a la vista de lo razonado y concluido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015.

Por ello, debemos recuperar las conclusiones que viene reiterando esta Sección Segunda sobre 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 referido 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 concluye que bajo las pautas del principio de proporcionalidad, en el presente caso fue adecuada la sanción de expulsión, como ratificó la sentencia apelada.

Conclusión alcanzada que se debe ratificar, sin que a tales efectos pueda considerarse que tenga la 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.

Con ello ratificamos que lo concluido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, no implica que deba sin más acordarse la expulsión de los ciudadanos extranjeros que se encuentren irregularmente en España, al margen de las obligaciones derivadas de la normativa europea sobre el retorno, dado que desde la perspectiva del precepto que aplicó la Administración, un precepto sancionador, en relación con la infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, exige cumplir los postulados específicos que nuestro Ordenamiento Jurídico recoge para el derecho sancionador, en concreto, aquí la aplicación, el mandato del artículo 57.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, recordando irrelevante que para tal infracción, está prevista como infracción ordinaria la de multa y solo se podrá imponer la cualificada de expulsión cuando bajo las pautas del principio de proporcionalidad se justifique en el caso concreto.

Tras ello, añadiremos que la Sala viene refundiendo las causas que según la jurisprudencia justifican la sanción de expulsión cuando se discute sobre la vulneración o no del principio de proporcionalidad por aplicación de la sanción de expulsión prevista por el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en lugar de la de multa prevista en el art.55.1.b)

Así 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, recogimos 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.

Ratificamos que la situación de indocumentado justifica la expulsión, sobre lo que es oportuno traer a colación las precisiones que se han recogido en la sentencia 132/2015, de 18 de marzo, recaída en el recurso de apelación 757/2013, en la que la ratificamos en su FJ 3º que hallarse indocumentado justifica la expulsión, al razonar como sigue:

<< En el supuesto de autos, la resolución que dispuso la incoación del procedimiento atribuyó al interesado el hecho de hallarse indocumentado y, pese a ello, se limitó a aportar una fotocopia del pasaporte, lo que la resolución consideró insuficiente.

Como hemos dicho en el precedente fundamento jurídico, la doctrina jurisprudencial (STS 31 de enero de 2008 –Rec.1743/2004-, 26 de diciembre de 2007 –Rec.3573/2004- 23 de octubre de 2007 - Rec. 1624/2004-, 5 de julio de 2007 - Rec.1060/2004-, 20 de abril de 2007 –Rec.9484/2003-, 29 de marzo de 2007 –Rec.788/2004), establece que el hallarse indocumentado e ignorarse cuándo y por dónde entró en España el extranjero comporta un plus de reprochabilidad a su estancia ilegal, que justifica la imposición de la sanción de expulsión.

A dichos efectos, está indocumentado quien no presenta su pasaporte a requerimiento de los funcionarios competentes, ni lo hace con posterioridad ante la Oficina de Extranjería competente en la tramitación del expediente sancionador (art.261.3 RLOEX) a lo largo de la tramitación del procedimiento sancionador, a lo que viene obligado por los arts. 4 LOEX y 205 RLOEX. No basta con aportar una supuesta fotocopia de dicho documento, sino que ha de exhibirse el documento original, y ni siquiera subsana la ausencia de documentación en la vía administrativa el hecho de que se aporte el pasaporte en sede jurisdiccional, puesto que aun cuando así

se haga, el hecho cierto es que a los efectos de la resolución sancionadora que el órgano jurisdiccional está llamado a controlar, el interesado se hallaba indocumentado, bien porque no dispusiera de dicho documento bien porque no quisiera exhibirlo para evitar su retención cautelar, o por cualquier otra razón, y, de otro lado, que la exhibición del pasaporte ante el órgano judicial no puede suplir la omisión de identificación en la vía administrativa, ya que es la Oficina de Extranjería el órgano competente para verificar la autenticidad del documento.

La Sala no comparte la sentencia apelada en cuanto aprecia que no le fue requerido el pasaporte, ya que, como hemos dicho, desde la resolución que dispone la incoación se manifiesta que se le requirió la documentación y no la presentó, y se le reprocha el que se hallaba indocumentado, pese a lo cual no presentó su pasaporte, no debiéndose olvidar que se hallaba asistido de Letrado.

Por lo demás, tampoco comparte la Sala el razonamiento según el cual al acreditar el empadronamiento, acredita hallarse documentado por la razón de que para efectuar el empadronamiento ha de exhibirse el documento de identidad, ya que en primer lugar da por probado el empadronamiento en virtud de una mera fotocopia aportada en el expediente a la que la Administración negó validez, sin que se haya aportado en sede jurisdiccional el original, ya que nuevamente se aportó una fotocopia, pero aun admitiendo la eficacia probatoria de dicho documento, fundamentalmente porque con dicho razonamiento se ignora el deber de identificación que incumbe al extranjero y se abre paso a la negativa a la identificación sin consecuencias legales, lo que cuestiona en su esencia el control de los flujos migratorios >>>.

La respuesta que la Sala ha dado lo es teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico sancionador interno, puesto en relación con la incidencia que al respecto ha de darse, como esta Sección Segunda viene reiterando, a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, ello unido a que como , en este caso, al ratificar que existe un elemento cualificado que justifica, desde el punto de vista la proporcionalidad, en aplicación del artículo 57.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, la sanción agravada de expulsión frente a la ordinaria de multa, dicha no hace sino ratificar la conclusión alcanzada.

Con lo que llevamos razonado solo queda ratificar la conformidad a derecho de la sentencia apelada, en cuanto confirmó la sanción de expulsión, tanto desde la perspectiva del ordenamiento interno, en relación con las pautas normativas de la Ley Orgánica de Extranjería, su régimen sancionador, las previsiones sobre las sanciones procedentes para la infracción grave del artículo 53.1.a), por estancia irregular, ordinaria de multa y cualificada de expulsión, previa justificación y motivación, por exigencias del principio de proporcionalidad, como en relación con las consecuencias que la Administración extrae de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, dado que ratificamos que en este supuesto los dos caminos conducen a la conformidad a derecho de la decisión de expulsión del territorio nacional, sin que concurran las circunstancias, desde la perspectiva de la Directiva 2008/115/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2005, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, que se opongan a la orden de retorno, en concreto al tener que partir, como la Administración traslada al oponerse al recurso de apelación, que no concurre en ninguno de los supuestos o causas previstos en los números 2 a 5 del artículo 6 de la citada Directiva.

Con todo ello debemos ratificar que en este caso se daba el elemento negativo relevante de la ausencia de pasaporte original, sin necesidad de insistir en su relevancia, en los términos ya referidos, de que debe constar en el expediente para que pueda ser contrastado por la Policía Nacional, como competente a tales efectos en relación con la documentación de los ciudadanos extranjeros.

Sobre ello no puede tener relevancia lo que se defiende, en ello se insiste por el apelante cuando alude a que presentó una copia de todas las hojas compulsadas por el Ayuntamiento de Bergara, folios 77 y ss expediente; sobre ello, además de que no se identifica al funcionario que suscribe las diligencias, debemos reiterar, con la sentencia de esta misma fecha del recurso de apelación 1043/16, que ello no transforma el documento, esas fotocopias, por más que estén compulsadas, en aportación del documento original, que debe ser el que tiene que tener presente la Administración en el curso del expediente.

Ratificamos, por tanto, la conformidad a Derecho de la sanción de expulsión que impuso la Administración, por lo que en este ámbito ratificamos la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- La percepción de la prestación asistencial de Renta de Garantía de Ingresos impide la imposición de sanción de expulsión; artículo 57.5.d) LOEX.

Sin perjuicio de ello, en este caso nos encontramos con que la Sala tiene que acoger el argumento referido a la existencia de causa que se oponía a la expulsión que acordó la Administración, nos estamos refiriendo a la aplicación del artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería.

Debemos ratificar que la percepción de la prestación asistencial, Renta de Garantía de Ingresos, a criterio reiterado de esta sección Segunda, impide la imposición de sanción de expulsión; conclusión que ratificamos, para lo que retomamos la sentencia 154/2016, de 12 de abril, recaída en el recurso 916/2014, en la que en su FJ 3º la Sala ha razonado como sigue:

<< [...]

La sentencia apelada, pese a considerar acreditada la percepción de la renta de garantía de ingresos rechaza que la resolución sancionadora infrinja el artículo 57.5.d) LOEX, considerando que el hecho tiene relevancia en el momento de la ejecución de la resolución sancionadora pero carece de virtualidad anulatoria, siguiendo al efecto el criterio expresado por la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala 975/2011, de 14 de diciembre

dictada en el recurso de apelación 114/2009, a la que el Abogado del Estado añade la sentencia 226/2013, de 4 de abril dictada en el recurso nº 538/2010.

Esta Sección no comparte dicho criterio, y así lo ha mantenido en reiterados pronunciamientos, así en las sentencias nº 99/2016, de 2 de marzo (Recurso de apelación 536/2015), y nº36/2016, de 29 de enero (Recurso de apelación nº806/2014), en la medida en que la literalidad del precepto establece que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los extranjeros que sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral, habiéndose pronunciado la Sala en reiteradas ocasiones declarando que la renta de garantía de ingresos contemplada por la Ley vasca 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social y por el Decreto del Gobierno Vasco 147/2010, de 25 de mayo por el que se regula la Renta de Garantía de Ingresos, cumple cabalmente los requisitos del artículo 57.5.d) LOEX, por lo que excluye la imposición de la sanción de expulsión, lo que determina la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada y, resolviendo el debate planteado en la instancia, la estimación parcial del recurso contencioso administrativo y la anulación de la resolución recurrida en cuanto impone la sanción de expulsión, debiendo quedar degradada a la sanción de multa de cuantía mínima >>.

Vemos como en ella se tiene presente la postura no coincidente de la Sección Tercera.

En este supuesto nos encontramos con que en el expediente ya se acreditó que el interesado era titular de la prestación de Renta de Garantía de Ingresos, como se certificó por Lanbide el 20 de abril de 2015, folio 37, que refleja la percepción de la RGI por importe de 619,29 euros mensuales, y prestación complementaria de vivienda de 200 euros mensuales, ello al margen de que en el curso de los autos, en el acto de la vista, se aportara fotocopia, además del pasaporte, del Convenio de inclusión activa de 1 de julio de 2016, suscrito por Lanbide y el interesado, además de certificado en el que reflejaba que en aquellas fechas era preceptor de la RGI por importe de 825,58 euros.

La conclusión que hemos alcanzado en relación con lo debatido sobre la situación de preceptor de la RGI del hoy apelante, estando al marco normativo legal de esta Comunidad Autónoma del País Vasco, debe llevar a acoger las pretensiones ejercitadas por el apelante, al concluir que estamos ante un supuesto que excluye poder imponer la sanción de expulsión en aplicación del artículo 57.5 .d) de la Ley Orgánica de Extranjería.

Añadiremos, sin necesidad de introducimos en alegatos complementarios que trasladó la Administración desde el acto del juicio, respecto a la documental con la que se acreditaba la existencia del Convenio de Inclusión activa, que lo sea de fecha 1 de julio de 2016, por ello posterior a la conclusión del expediente sancionador, no excluye la aplicación de las consecuencias del reconocimiento de la renta de garantía de ingresos, aunque no se hubiera firmado en su momento el preceptivo y vinculado convenio de inclusión activa por parte de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, como así viene

ratificando esta Sección Segunda, sin perjuicio de reseñar que, en este caso, el avance de las fechas y el avance de la actuación de Lanbide en relación con el apelante, debamos concluir que finalmente se suscribió el Convenio de inclusión activa el 1 de julio de 2016.

Por todo ello, en conclusión, ratificando la irrelevancia de las solicitudes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo social, tanto la presentada el 12 de febrero de 2016, desestimada por resolución de 14 de marzo de 2016, como la presentada el 6 de mayo de 2016, sin que se haya trasladado la resolución que en ese ámbito haya podido recaer, para la conformidad o no a derecho de la resolución de 9 de diciembre de 2015 que sancionó con expulsión por infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería.

Asimismo debemos desestimar el planteamiento del apelante en relación con la no concurrencia de los presupuestos legales para imponer la sanción de expulsión, ratificando que no estaba en cuestión el supuesto típico, la estancia irregular en España, todo ello desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, en relación con las pautas legales de aplicación a las que nos hemos referido, ratificando la relevancia en este caso, desde el punto de vista de la proporcionalidad, de la existencia del elemento negativo cualificado, como es el no aportar pasaporte original en el curso del expediente administrativo.

Tras ello, debemos acoger el planteamiento subsidiario que se ha venido ejercitando por el demandante y apelante, y apreciar que concurría la causa de exclusión de la sanción de expulsión del artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica de Extranjería, porque no consta, nada se ha acreditado ni alegado al respecto, que estemos ante un supuesto de reincidencia, por lo que al ser perceptor, y serlo ya en su momento, de la Renta de Garantía de Ingresos, debe excluirse la posibilidad de imponer la sanción de expulsión por mandato legal, en los términos razonados.

Por todo ello, debemos estimar parcialmente tanto del recurso de apelación, como de las pretensiones ejercitadas con la demanda, con los pronunciamientos que acabamos de referir, que trasladaremos al fallo de esta sentencia.

OCTAVO.- 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, parcial estimación de las pretensiones ejercitadas con el recurso de apelación y con la demanda, tiene como consecuencia que no se haga expreso pronunciamiento en relación con las de ambas instancias.

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

FALLO

Que, estimando parcialmente el **recurso de apelación 1038/2016** interpuesto por _____, nacional de Pakistán, contra la sentencia nº 143/2016, de 11 de julio de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, que desestimó el recurso 14/2016, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 9 de diciembre de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que impuso sanción de expulsión, con prohibición expresa de entrar nuevamente en territorio español por periodo de 3 años, por infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, debemos:

1º.- Revocar la sentencia apelada y dejar sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso administrativo.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, (i) estimar parcialmente las pretensiones ejercitadas con la demanda, (ii) ratificar la concurrencia del supuesto típico de la infracción grave del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, (iii) revocar parcialmente la resolución de 9 de diciembre de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa y (iv) dejar sin efecto la sanción de expulsión y el periodo de prohibición de entrada, sustituyéndola por sanción de multa en cuantía de 501 euros.

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 1038 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 1038/2016
SECCIÓN: 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