



Roj: **STSJ PV 761/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:761**

Id Cendoj: **48020330022015100096**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **25/03/2015**

Nº de Recurso: **504/2014**

Nº de Resolución: **147/2015**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **ANGEL RUIZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 504/2014**

**SENTENCIA NUMERO 147/2015**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a veinticinco de marzo de dos mil quince.

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 76/2014, de 19 de mayo de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián, que estimó (1) el recurso nº 42/2014, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado, a instancias de D. Lucio, nacional de Camerún, contra resolución de 27 de noviembre de 2013 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrar durante el período de tres años, por infracción grave del art. 53.1 a) de la Ley Orgánica de Extranjería, por estancia irregular, (2) declaró la nulidad de la resolución recurrida y ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento de dictarse la resolución sancionadora anulada, con conservación del resto de actuaciones del procedimiento sancionador y (3) condenó a la Administración a sustituir la orden de expulsión por la de multa prevista en la Ley Orgánica de Extranjería.

Son parte:

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

- **Apelado** : D. Lucio, representado/a por la Procuradora D<sup>a</sup>. Verónica Vázquez Fontao y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Miren Eskarne Macho Peña.

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 la Administración General del Estado [- Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa-] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso, revoque la sentencia de instancia.

**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. Lucio se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, suplicando se dicte sentencia en base a las alegaciones obrantes en el mismo, con imposición de costas a la contraparte.

**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 24 de marzo de 2015, 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 76/2014, de 19 de mayo de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián, que estimó (1) el recurso nº 42/2014 , seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado, a instancias de D. Lucio , nacional de Camerún, contra resolución de 27 de noviembre de 2013 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrar durante el período de tres años, por infracción grave del art. 53.1 a) de la Ley Orgánica de Extranjería , por estancia irregular, (2) declaró la nulidad de la resolución recurrida y ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento de dictarse la resolución sancionadora anulada, con conservación del resto de actuaciones del procedimiento sancionador y (3) condenó a la Administración a sustituir la orden de expulsión por la de multa prevista en la Ley Orgánica de Extranjería.

La resolución administrativa recurrida precisó que junto a la estancia irregular se unía que al interesado le pesaba una salida obligatoria incumplida y en vigor, dimanante de resolución denegatoria de autorización de residencia dictada por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de 8 de abril de 2013, notificada el 23 de abril de 2013, con referencia a que se había desestimado el recurso de reposición interpuesto contra ella lo que consideró causa que motivaba la expulsión con referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007 lo que, unido a la situación de permanencia irregular careciendo de pasaporte y arraigo social y habiendo hecho caso omiso a la salida obligatoria es por lo que se consideró procedente la imposición de la expulsión.

### **SEGUNDO.- La sentencia apelada.**

Recoge las pretensiones ejercitadas con la demanda de nulidad de la resolución sancionadora y, con carácter subsidiario, la sustitución de la sanción de expulsión por la proporcional de multa; tiene presentes los argumentos del demandante, para trasladar como hechos acreditados del expediente los siguientes:

<< a) que el recurrente fue detenido como consecuencia de la entrega efectuada por la Policía de la República **Francesa** en virtud del Acuerdo de Readmisión Hispano-Francés; b) que en el momento de la detención llevaba pasaporte oficial; c) que le constaba una denegación de una autorización de residencia d) que el actor cuenta con arraigo significativo en el hogar Reino de España, según ha acreditado con la documental aportada en su ramo de prueba en el expediente administrativo y con el escrito de demanda (*certificación de empadronamiento en el municipio de Sevilla, tarjeta sanitaria, diversa documental sobre proyectos empresariales ss* etc.) >> .

El FJ 4º razona sobre la concurrencia de hechos negativos, al razonar al respecto como sigue:

<< 1.- La resolución sostiene como elemento negativo que justifica la elección de la resolución de expulsión en lugar de la ordinaria de multa por la existencia de una previa declaración de salida incumplida.

1.1.- La cuestión del incumplimiento de una declaración de salida obligatoria es recurrente y controvertida como hecho negativo específico. Nos encontramos ante una advertencia legal y así consta al final del acto administrativo impugnado " *advertencia* " y se le recuerda la obligación legal establecida en el *artículo 28.3 c) inciso final de la LO 4/2000* y por tanto tal obligación legal no puede ser objeto de suspensión cautelar. La obligación de salida del territorio español (de la que se le informa en la resolución al interesado, en cumplimiento de lo dispuesto en el *artículo 24 del RD 557/2011* ) no es una obligación que imponga la propia



resolución, sino que es una obligación que nace de la propia ley ( artículo 28.3 c) de la LO 4/2000, de 11 de enero , modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre) y, en consecuencia, al ser una obligación legal es evidente que la misma no puede ser suspendida cautelarmente por el juez. Es decir, el juez de instancia sí tendría potestad para acordar la suspensión cautelar de una orden de salida obligatoria impuesta por una resolución administrativa siempre y cuando apreciase la existencia de arraigo por parte del solicitante de la medida cautelar; por tanto no puede esgrimirse como " *hecho negativo* " una obligación legal que forma parte del propio tipo de la estancia irregular: si comete el ilícito del artículo 53.1 a) de la LOEX lleva aparejado una obligación de salida.

1.2.- No es propiamente un mandato administrativo sino una obligación legal integrante de la propia estancia irregular. y, en consecuencia, al ser una obligación legal es evidente que se integra en el propio estatuto de irregularidad, cualquier ciudadano extranjero que se encuentre en situación irregular tiene una obligación de salida derivada de su *status* .

1.3.- No existen datos negativos distintos de los que integran y se subsumen en el tipo del ilícito sancionado, que es la estancia irregular, so pena de interpretar que los elementos que configuran el ilícito sancionado son, además, agravantes o hechos negativos que permiten modificar la elección de la sanción de expulsión en lugar de la ordinaria de multa.

2.- La detención del actor se realiza, como hemos señalado *supra* , derivada de la devolución por la Policía **Francesa**.

3.- No se ha realizado ninguna diligencia, ni se ha motivado que la conducta personal de la actora afecte a ese concepto expansivo, según la *alarma social*, de *orden público* o de *orden público económico* en estos períodos de crisis económica internacional y nacional.

4.- No constan antecedentes ni policiales ni penales, sin perjuicio de la documentación aportada relativa a su empadronamiento en la capital sevillana desde febrero de 2010.

5.- De la documental obrante en el expediente administrativo y en las actuaciones (vide folio 15 y ss. del expediente administrativo) se colige que concurre un claro arraigo social > > .

En el FJ 5º razona en relación a la procedencia de la imposición de multa en relación con la expulsión, en los términos que siguen:

< < < [¿] 2.- La doctrina judicial ha ido acotando la limitación de las potestades sancionadoras en supuestos como el contemplado, si procede en caso de una estancia irregular acordar una orden de suspensión o, según los casos sustituir dicha orden de expulsión por la imposición de una *pena-multa* . En ese sentido cabe destacar la STJSIB de 29 de abril de 2009, que señala como admitido que la L.O. 4/2000 (en su redacción tras la L.O. 8/2000 y a más a más, con la reforma operada de este precepto en 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* ), prevé que ante las infracciones que se detallan en su art. 57.1 º " *podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo* ", la duda radica en si este " *podrá* " implica el ejercicio de un derecho de opción o elección favor de la Administración, carente de cualquier control jurisdiccional.

2.1.- La redacción introducida en el 2009, incluye, un inciso que no es irrelevante, " *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 resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción* ".

2.2.- En este punto, no cabe duda de que la idoneidad de la elección es verificable a través de las técnicas de control jurisdiccional, máxime cuando nos encontramos con una decisión dictada en el seno de un procedimiento administrativo materialmente sancionador en el cual, la elección afecta a la gravedad de la sanción.

3.- Cuando la norma contempla dos sanciones posibles y una es más gravosa que otra -como ocurre en el caso en el que la sanción de expulsión lo es con respecto a la sanción económica-, la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor -*criterio de prevención especial* - y de la infracción misma -*criterio de prevención general* -.

3.1.- En definitiva, a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el art. 131 de la Ley 30/1992, al que reenvía el artículo 20.2 de la LO 4/2000 , en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.

3.2.- En este sentido la STS de 30.06.2006 , indica:

4.- De esta regulación se deducen algunos criterios que podemos agavillar:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en el Reino de España según el artículo 53 -a), podía ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3) y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53 -a), es decir, de la permanencia ilegal. Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1 de la LOEx, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, " *podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional* ", añadamos con la reforma operada en el año 2009, " *en atención al principio de proporcionalidad* ".

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa.

Según lo que dispone el artículo 55.3 de la LOEx, la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa > > .

Con ese punto de partida justifica el pronunciamiento estimatorio, al que nos referíamos, con lo razonado en los FF JJ \*\*\*6º a 9º, del tenor que sigue:

< < Sexto .- No basta con la concurrencia, como en el caso que nos ocupa, de la " *estancia irregular* " sin título habilitante, sea esta hija de una entrada irregular, pérdida, revocación, extinción por término, de la autorización de residencia y trabajo, o concurrente detención rutinaria.

1.- Si la mera estancia irregular no es motivo suficiente para acordar " *deus ex machine* " la orden de expulsión ha de analizarse si en el expediente administrativo y en la resolución impuesta se acredita la concurrencia de otros hechos determinantes que por su entidad y relevancia, por que afecten a bienes jurídicos públicos y universales protegidos ( *orden público* etc.) permitan determinar la concurrencia de otros hechos que justifican la sanción de expulsión adoptada ( SSTS de 28 de febrero , de 9 de marzo y 29 de marzo de 2007 ).

2.- Señala la doctrina legal indicada que tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, o la realización de una actividad profesional sin haber obtenido las autorizaciones pertinentes o habiendo caducado las preexistentes, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración ha de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión ya que la permanencia ilegal, en principio, se sanciona con multa, sin perjuicio de que en el expediente administrativo se haya acreditado la concurrencia de otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifican la orden de expulsión no deja ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

Séptimo.- Conforme a la doctrina del TS arriba indicada, la procedencia o no de la expulsión dependerá de la concurrencia de " *otros datos de conducta negativos* " que junto a la simple estancia ilegal sean determinantes para el acuerdo de expulsión.

1.- La razón argüida para justificar la expulsión sustancialmente no es otra que encontrarse irregularmente en territorio español, según se colige de la fundamentación de la resolución impugnada La propia argumentación gubernativa obliga a sostener que concurren en cualquier caso hechos negativos *per se* por la propia integración del ilícito regulado en la Ley de extranjería.

2.- Si no se aprecian circunstancias, visto en canon sobre la elección en el juicio administrativo entre la sanción de expulsión y la sanción de multa, no parece congruente con esas circunstancias elegir la de expulsión, decisión que está sujeto a un control de legalidad y de proporcionalidad en la medida elegida, dado el arraigo acreditado documentalmente y el hecho de su residencia en el Reino de España durante más de tres años.

Octavo.- La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de octubre de 2009 resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia [ *María Julia Zurita García (asunto C-261/08)*, *Aurelio Choque Cabrera (asunto C-348/08)*/Delegado del Gobierno en la Región de Murcia ] en cuyo fallo se establece:



Los artículos 6 ter y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República **Francesa**, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n o 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común, así como el artículo 11 del Reglamento (CE) n o 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), deben interpretarse en el sentido de que, cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión.

1.- La doctrina del Tribunal Constitucional reflejada en la STC 140/2009 de 15 de junio, sigue esa línea interpretativa.

2.- Esta resolución no impide que pueda acordarse la expulsión del recurrente por otras de las causas legalmente previstas en el orden administrativo o en el penal.

*Noveno* .- En cuanto a la cuantía de la multa y siguiendo la doctrina legal y en la jurisprudencia menor no corresponde a los Juzgados y a los Tribunales sustituir el criterio discrecional de la administración, a quien le incumbe la imposición de la sanción. Los órganos jurisdiccionales valoran la proporcionalidad de las sanciones, pero no entra en sus competencias sustituir las que corresponden a la administración, si bien hay algún pronunciamiento de Tribunales de Justicia que entienden que en estos casos procede " *imponer* " directamente la sanción mínima prevista en la Ley de Extranjería.

Con el punto de partida de todo lo anterior, ha de precisarse también que si el Tribunal considera desproporcionada la sanción ha de anularla, pero no tiene que sustituirla por otra. En efecto, el alcance del principio de proporcionalidad no puede ser la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial sino que se ciñe a la corrección del exceso legal en que hubiese incurrido la Administración al aplicar la sanción, razón por la que la Sala le incumbe excluir la solución desproporcionada pero no la indicación de la sanción más adecuada posible > > .

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

Interesa que se estime, para revocar la sentencia apelada, que ha de entenderse para, resolviendo el debate de primera instancia, desestimar el recurso contencioso administrativo y confirmar la resolución administrativa, que sancionó con expulsión por infracción grave del art. 53.1 a) de la Ley Orgánica de Extranjería .

Remarca la Administración la relevancia de la existencia de una orden de salida obligatoria incumplida y en vigor, a ella nos hemos referido, que fue la acordada por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla, enlazando con las pautas ya tenidas en cuenta por la Administración en su resolución con cita de la STS de 22 de febrero de 2007, recaída en el recurso 10.355/2003, y con las recogidas por sentencia de esta Sala 287/2012, de 23 de abril, recaída en el recurso de apelación 439/2009, en cuanto se viene a considerar que el incumplimiento de una orden de salida obligatoria, derivada de denegación de autorización de residencia y trabajo, constituye circunstancia negativa que justificaba la sanción de expulsión, en concordancia con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

### **CUARTO.- Oposición de D. Lucio .**

Interesa la desestimación y confirmación de la sentencia apelada en su integridad.

En relación con la relevancia que se hace, en el recurso de apelación de la Administración, a la salida obligatoria incumplida, se dice que por esta Sala se había establecido que la salida no sería acto administrativo como tal, sino consecuencia de la situación irregular, porque no se trataría de una sanción administrativa, como así se había concluido en relación con debates en los que se había planteado que se estaba ante una doble sanción por el mismo motivo, sanción económica y obligación de salir del país.

Añade que en todos esos supuestos la Administración del Estado había defendido que la salida es consecuencia de la estancia irregular y no parte de la sanción administrativa, de forma y manera que justificaba y razonaba en contra de la doble sanción, por lo que que sorpresivamente, en este caso, se argumenta lo contrario, cuando se manifiesta que junto a la desestimación de la autorización de residencia existiría otra sanción, concretamente la expulsión, con lo que se daría valor a la misma y se abriría la puerta a que los





afectados se vean doblemente sancionados, por lo que actuaría fuera de la legalidad, en contra del criterio de la Abogacía del Estado hasta la fecha y de lo dictaminado por este Tribunal y los Juzgados en primera instancia.

**QUINTO.-** Infracción grave por estancia irregular del art. 53.1.a) Ley Orgánica de Extranjería ; expulsión; proporcionalidad.

Para ratificar la desestimación del recurso de apelación a continuación daremos respuesta a la auténtica cuestión de fondo en relación con la infracción grave de estancia irregular del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica de Extranjería , la sanción procedente en el caso, bajo las pautas del principio de proporcionalidad.

Para ello es necesario partir de recordar que la Administración sancionó por infracción grave del artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica de Extranjería , por estancia irregular, imponiendo la sanción de expulsión en aplicación de las pautas del artículo 57.1, precepto en el que se prevé que motivadamente y bajo las pautas del principio de proporcionalidad se pueda acordar la sanción de expulsión en sustitución de la ordinaria de multa a la que se ha venido refiriendo el apelante.

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 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 , 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.

Estas pautas, han de considerarse válidas y vigentes tras la reforma operada por 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, tras la que el artículo 57.1 de la Ley Orgánica de Extranjería expresamente plasma referencia al principio de proporcionalidad y a la exigencia de motivación; así, la nueva redacción del precepto plasma 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 >> .*

Nueva redacción que viene a recoger la plasmación de los postulados y pautas que se 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 .

En relación con lo que se viene exponiendo, contenido de la sentencia apelada, planteamiento del recurso de apelación, oposición y marco normativo y jurisprudencial a tener presente, relevante es partir de que la resolución administrativa recurrida en la instancia recayó en un procedimiento sancionador, siendo oportuno recordar que en la vía jurisdiccional, cuando lo que se recurre son decisiones de naturaleza sancionadora, se enmarcan en el ámbito del control estricto de la aplicación que del ordenamiento jurídico hizo la administración, sin que los órganos jurisdiccionales puedan completar, integrar o solventar el contenido de la resolución que concluye el procedimiento sancionador.

**Sobre ello podemos hacer cita de la STC 145/2011, de 26 de septiembre de 2011, recaída en el recurso de amparo 1101/2010 , que en su FJ 5, con remisión a pronunciamientos previos, refunde la doctrina constitucional que debemos tener presente; en él razonó como sigue:**

<< [¿]

Producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, *el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses, no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica*



precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio ( STC 35/2006, de 13 de febrero , FJ 4).

Ello es así, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio (FJ 4), y subrayan a su vez las SSTC 7/1998, de 13 de enero (FJ 6 ) y 59/2004, de 19 de abril (FJ 3), *no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado , sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción . En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, «condenen» al administrado . Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa «se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE » ( STC 125/1983, de 26 de diciembre , FJ 3)*

[¿] > > .

Oportuno es tener presente que en el ámbito sancionador, también en materia de extranjería, ha de entenderse superada la doctrina jurisprudencial, en su momento imperante, en cuanto a la posibilidad de integrar la resolución que concluía el expediente sancionador con el contenido de éste, lo que en principio debía considerarse contrario a los principios y pautas que se derivan del artículo 24 de la Constitución en relación con el procedimiento sancionador, a los que le son de aplicación con matices, lo que además, como hemos referido, ha tenido plasmación positiva en el nuevo texto del artículo 57.1 de la Ley Orgánica de Extranjería , dado por la Ley Orgánica 2/2009, cuando expresamente plasma la posibilidad de aplicar la sanción cualificada de expulsión en aplicación del principio de proporcionalidad, frente a la sanción ordinaria de multa, exigiendo motivación que valore los hechos que configuran la infracción.

Con ello la Sala tiene que ratificar, enlazando con las conclusiones de la jurisprudencia a las que hemos hecho referencia, que la existencia de una previa orden de salida obligatoria, incumplida, como así ya se plasmó en la STS de 22 de febrero de 2007 y de forma reiterada lo viene aplicando esta Sala, justifica, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la imposición de la sanción más grave de expulsión frente a la ordinaria de multa, dado que nos encontramos no sólo ante el supuesto de estancia irregular, sino ante el mayor reproche que merece la previa existencia de una previa denegación expresa, nos estamos refiriendo a la denegación de autorización de residencia que se dictó por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla el 8 de abril de 2013, confirmada tras desestimarse recurso de reposición, como ya trasladó la Administración, ello al margen de las consideraciones que se pudieran hacer en relación con la situación del apelante, quien además, como recogen los antecedentes que refleja el expediente y tiene presente la sentencia apelada, a ello nos hemos referido en el FJ 2º, pretendía salir de España, dado que fue puesto a disposición de la Policía española por la Policía de la República **Francesa** en aplicación del Acuerdo de Readmisión Hispano-Francés.

Por ello, no pueden considerarse relevantes las consideraciones que se hacen en la sentencia apelada en relación a las consecuencias derivadas de la resolución denegatoria de la autorización de residencia, sobre la advertencia de salida obligatoria de España en aplicación de las pautas del art. 28.3 de la Ley Orgánica de Extranjería , como obligación derivada de la denegación, lo que no excluye la relevancia agravatoria, a los efectos que ahora nos ocupa, en relación con la constatación de la existencia de una previa denegación expresa de autorización de residencia que incorpora a estos efectos un plus, al margen de que sea una consecuencia legal la necesidad de abandonar el país a todo ciudadano extranjero que se encuentra en situación irregular.

Por lo razonado no son de acoger ni los argumentos que trasladó la sentencia apelada, ni los que en relación con ello traslada la oposición del apelado, en los términos que recogemos en el FJ 4º, al margen de que en este caso no se está ante un supuesto previo de sanción, en concreto por estancia irregular, por lo que tampoco se genera debate vinculado a doble sanción por los mismos hechos, sino que, insistimos, se está ante una circunstancia acreditada, la previa denegación expresa de autorización de residencia que, como consecuencia del incumplimiento de la salida obligatoria de ella derivada, justifica la agravación de la conducta del interesado, en cuanto al punto de partida, incurrir en el supuesto típico del art. 53.1 a) de la Ley Orgánica de Extranjería , como infracción grave por estancia irregular.

Por todo ello, en conclusión, ratificamos la estimación del recurso de apelación y la revocación de la sentencia apelada, que implica, resolviendo el debate de primera instancia, desestimar el recurso contencioso administrativo y confirmar la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa que impuso sanción de expulsión.

**SEXTO.- Costas .**



Estando a los criterios en cuanto a costas del art. 139. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , por 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 504/2014** interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia nº 76/2014, de 19 de mayo de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián, que estimó (1) el recurso nº 42/2014 , seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado, a instancias de D. Lucio , nacional de Camerún, contra resolución de 27 de noviembre de 2013 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrar durante el período de tres años, por infracción grave del art. 53.1 a) de la Ley Orgánica de Extranjería , por estancia irregular, (2) declaró la nulidad de la resolución recurrida y ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento de dictarse la resolución sancionadora anulada, con conservación del resto de actuaciones del procedimiento sancionador y (3) condenó a la Administración a sustituir la orden de expulsión por la de multa prevista en la Ley Orgánica de Extranjería, *debemos* :

1º.- Revocar la sentencia apelada, dejando sin efecto el pronunciamiento estimatorio en ella acordado.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Lucio y confirmamos la resolución de 27 de noviembre de 2013 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa.

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

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

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

**RECURSO: Apelación 504/2014**

**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