



**TERCERO.-** En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso la Resolución de 21 de diciembre de 2009, de la Subdelegación del Gobierno en Álava, por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años.

**SEGUNDO.-** La parte demandante interesa se dicte una Sentencia estimatoria con la declaración de no ser conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada, al tiempo que ejercita una pretensión anulatoria de aquélla.

En concreto, solicitó en su demanda que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, dejando sin efecto y procediendo a archivar el presente expediente administrativo de expulsión y prohibición de entrada o, subsidiariamente, y para el caso de considerar como infracción grave, imponer la sanción económica de multa de 301 euros, condenando en costas a la Administración recurrida. Apoya su pretensión en el desconocimiento de la situación de arraigo de la actora, en la inexactitud de la existencia de una prohibición de entrada en Italia derivada del SIS II (Sistema de Información Schengen) así como, especialmente, en la falta de proporcionalidad en la aplicación de la sanción de expulsión en lugar de la de multa cuya alternativa propone en el supuesto de que se considerase su estancia como irregular.

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho. Afirma su representante procesal que se ha cometido por el recurrente una infracción grave al carecer de documentación justificativa de su situación de permanencia regular en España y sostiene el carácter potestativo de la elección entre la sanción de expulsión o multa por parte de la Administración.

**TERCERO.-** La cuestión de fondo sobre la que ha girado el presente debate procesal se centra en la conformidad o no a Derecho de la resolución administrativa por la que se impuso a la recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el mismo por un período de tres años, y con la extinción de cualquier autorización vigente para residir en él.

**CUARTO.-** El artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

El artículo 55.1.b) del mismo cuerpo legal sanciona con multa de 301 a 6.000 euros la comisión de las infracciones graves previstas en los preceptos que preceden al citado, al tiempo que el artículo 57.1 del mismo cuerpo legal preceptúa que "Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a, b, c, d y f del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo".

**QUINTO.-** Es reiterada y de sobra conocida la doctrina jurisprudencial en la que el Tribunal Supremo ha establecido respecto a la regulación legal que hemos recogido en el fundamento anterior que:

1º.- El encontrarse el extranjero ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30.1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), según el artículo 53.a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53.a) sino también del artículo 63.2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63.2) o puede no proceder (artículo 63.3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53.a), es decir, de la permanencia ilegal.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional",

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3 (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

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

En efecto, resume la misma jurisprudencia:

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

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

**SEXTO.-** En el caso que aquí nos ocupa, y entrando a resolver en concreto la alegación de la demandante, que concreta esencialmente el único motivo impugnatorio en la vulneración de la proporcionalidad debida entre la infracción cometida y la sanción impuesta propugnando que la mera estancia irregular en España no es causa suficiente que justifique la opción por la Administración de la sanción más grave de expulsión, debe recordarse que no habiéndose discutido la situación de estancia irregular en la que la recurrente se encontraba en la fecha a la que se contraen las presentes actuaciones, y considerando que el elemento esencial tenido en cuenta para la expulsión acordada (la constancia en el Sistema de Información Schengen) ha sido negada por la demandante, no pudiendo la misma probar un hecho negativo y sin que la Administración ante dicha negación haya acreditado documentalmente dicha constancia), todo ello considerando además que la inclusión como "rechazable" en el SIS afectaría a todo el territorio Schengen y que consta la fecha de entrada y puesto fronterizo en España, deberá necesariamente estimarse en parte la demanda.

Si el ejercicio de una potestad discrecional comporta en el proceso de aplicación de la norma una estimación subjetiva de la propia Administración, la disposición por la Administración de la sanción de expulsión en lugar de la de multa que el artículo 57.1 de la LO 4/2000 permite, no puede considerarse como una potestad discrecional pese a la dicción literal del precepto ("podrá aplicarse"), por lo que tampoco la imposición de una u otra sanción habrá de verse como manifestación de la discrecionalidad administrativa. Por el contrario, la determinación de cuál sea la sanción procedente es el resultado de una actividad reglada de aplicación de las circunstancias previstas en los artículos 57.1 -ya mencionado- y 53.a), ambos de la LO 4/2000, así como de la jurisprudencia que, en interpretación y aplicación de dichos preceptos, ha venido pronunciando el Tribunal Supremo.

Si ello fuese así, y es criterio de esta Juzgadora que lo es, no existe obstáculo alguno para que podamos aquí y ahora entrar a resolver sobre la segunda pretensión ejercitada en la demanda, determinando con plenitud de jurisdicción que, al haber quedado establecido que la demandante estaba en situación de estancia irregular en territorio nacional, la infracción grave efectivamente cometida ha de ser castigada con una multa. Por tanto, en el ejercicio de la plena tutela judicial recabada, que nos obliga a resolver de modo completo y congruente con las pretensiones ejercitadas, cuál sea la cuantía que resulte proporcional a la infracción cometida debe recordarse lo que a continuación se expondrá.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, reiterada y reproducida en parte en la STS de 4 de marzo de 2005 (Rec. Cas. 2917/1999), "la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a

