



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NÚMERO NUEVE DE VALENCIA

Procedimiento: **ABREVIADO 728/2010**

Materia: **Extranjería.**

Cuantía: **Indeterminada.**

SENTENCIA nº 551/11

En VALENCIA a VEINTITRÉS de DICIEMBRE de DOS MIL ONCE.

Vistos por mí, Gonzalo Barra Plá, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Nueve de Valencia, el recurso de referencia tramitado en este Juzgado como **PROCEDIMIENTO ABREVIADO 728/2010** a instancia de [REDACTED], representado y asistido por el Letrado Vladimir E. Nuñez Herrera; siendo demandada la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA**, representada y asistida por el LETRADO HABILITADO SUSTITUTO DEL ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos legales que estimó oportunos en apoyo de su pretensión, terminó suplicando que se dictara sentencia *por la que se anule la resolución recurrida de expulsión de [REDACTED] del territorio nacional con prohibición de entrada por cinco años con la consiguiente condena en costas a la Administración demandada.*

SEGUNDO.- Admitida la demanda, previa reclamación del expediente administrativo, se señaló día y hora para la celebración del juicio, que tuvo lugar con la comparecencia de ambas partes conforme consta en el acta. En dicho acto, la parte demandante se ratificó en sus pretensiones, formulando la parte demandada oposición en los términos que se recogen en el acta; practicándose la prueba que obra unida a las actuaciones.

TERCERO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana de fecha 6 de agosto de 2010 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 17 de noviembre de 2009 que resolvía:

“Imponer a [REDACTED] la EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL, con la consiguiente PROHIBICIÓN DE ENTRADA en el mismo por un PERÍODO DE 3 AÑOS, siempre que no exista causa judicial que lo impida, de conformidad con el artículo 57.7.a) de


GENERALITAT
VALENCIANA

la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, la LO 11/2003, la LO 14/2003 y la LO 2/2009, de 11 de diciembre”.

SEGUNDO.- Alega inicialmente el recurrente que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por indebida aplicación de lo preceptuado en el artículo 63.1 de la LO 4/2000 en redacción dada por la LO 2/2009 de 11 de diciembre, vulnerando los principios de taxatividad y certeza. Así como la nulidad de pleno derecho conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 por las razones expuestas en su demanda.

Al respecto, examinado el expediente administrativo, se estima que no concurren los motivos de nulidad de pleno derecho opuestos por la parte recurrente.

Así, respecto a la alegada nulidad de pleno derecho por inadecuación del procedimiento preferente, señala la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2010 (Recurso de Apelación 1836/208), en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero:

“**SEGUNDO.-** Alega la actora la improcedencia del procedimiento seguido toda vez que considera que debió seguirse por el proceso ordinario en lugar del procedimiento preferente, ~~sustenta~~ ~~asimismo~~ ~~que se ha producido~~ la nulidad del procedimiento administrativo por el que se incoa el expediente de expulsión al haberse prescindido en el mismo del trámite de audiencia previa esto es de la notificación de la propuesta de resolución previa a ésta al haberse considerado el acuerdo de iniciación como propuesta obviándose el trámite y con ello el artículo 110 del R.D. 864/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, lo que considera que le ha causado indefensión, uniendo a su alegato la nulidad el procedimiento administrativo, toda vez que en el mismo no se practicaron las pruebas propuestas en su escrito de alegaciones, y por último viene a exponer que la sentencia apelada no motiva adecuadamente, a la vista de las circunstancias personales del apelante, que no deba serle aplicada la multa alternativa a la medida de expulsión del territorio nacional a la luz del principio de proporcionalidad. La Sentencia de instancia, efectivamente, refiere la doctrina del TS vertida sobre el particular (Sentencia de 27.01.2006) y concluye en la motivación suficiente de la resolución sancionadora que justifica plenamente la expulsión del apelante, a la vista del contenido del expediente administrativo.

A todo ello se opone la Administración demandada, que sostiene la correcta fundamentación de la Sentencia, solicitando su confirmación.

TERCERO.- En relación a los supuestos defectos que invoca el apelante no resulta ocioso recoger en estas líneas la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la irrelevancia de eventuales irregularidades procedimentales no causantes de auténtica indefensión. La indefensión, como dice el Tribunal Supremo (STS 26.10.1988) no se produce cuando el administrado ha tenido ocasión de alegar y ofrecer en apoyo de su derecho cuanto considerase conveniente. En definitiva, se exige para considerar que los defectos en el procedimiento sean merecedores de la sanción de nulidad, que estos produzcan una indefensión real y efectiva, no sólo aparente, de modo que si falta la indefensión real, y puede presumirse fundadamente que la decisión final hubiera sido la misma, lo procedente será prescindir del vicio formal y resolver sobre el fondo de la cuestión debatida en aplicación del principio de economía procesal (STS13.2.1985). En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC 27.36.1984, 19.1.1985 y 20.07.1985) entendiendo que no se producía una efectiva indefensión del administrado cuando este había podido ejercer su derecho de defensa, incluyendo en este concepto, la defensa que de sus posiciones pudo hacer en la vía jurisdiccional de control de la actividad impugnada. De esta manera la posibilidad de defensa en la vía de recurso y en la consiguiente actuación jurisdiccional, enervan la posible indefensión que en este caso es inexistente por haberla posibilitado el recurrente que además, la eliminó en la vía de recurso y en la presente vía judicial.

En el presente caso, se trae a debate la nulidad de las actuaciones administrativas por infringir lo establecido en el artículo 110 del Real Decreto 864/2001. En concreto el debate se contrae a examinar si el procedimiento de expulsión seguido por la Administración demandada se ajusta al ordenamiento jurídico o no. Examinado el expediente se puede constatar que el procedimiento seguido lo ha sido en atención al artículo 130 y ss del Real Decreto 2393/2004 aplicable al presente asunto, procedimiento de preferencia por encontrarse el apelante incurso en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 53 letra a) de la L.O. 4/2000, de 11 de enero. Así consta en el expediente administrativo cómo, después de la información preceptiva de sus derechos fundamentales y de la asistencia de letrado, en el momento de su detención previa, se inició el expediente de expulsión, frente al cual el recurrente a través de su representación letrada formuló cuantas alegaciones consideró oportunas a su derecho y si bien propuso prueba, esta no resultó admitida sin perjuicio de que se trataba de documentación que debería obrar en poder del recurrente y que pudo repetir en fase judicial para defender su posición respecto de fondo del asunto, lo que no acontece, por lo que la Administración en aplicación del artículo 131.1 del Real Decreto 2393/2004, correctamente y de forma motivada, valoró las circunstancias concurrentes y pruebas propuestas y considerando aquellas improcedentes resolvió, lo que si bien puede no satisfacer la pretensión del recurrente, no es causa de nulidad en la medida en que fueron evaluadas, por lo que hay que entender que el procedimiento administrativo ha sido correctamente instruido sin que se haya causado indefensión o perjuicio alguno al apelante.

En lo que respecta a la nulidad de pleno derecho pretendida por la falta de la notificación de una propuesta de resolución, considera la Sala que en el presente asunto, que tenga el efecto invalidante que la recurrente invoca, ya que hay que tener en cuenta que el art 110 lo que dispone es que cuando el instructor considere que la prueba propuesta fuere innecesaria o improcedente podrá rechazar de forma motivada la práctica de la misma en la propuesta de resolución que se notificará al interesado, por consiguiente del análisis del precepto cabe deducir que no es necesario notificar esa propuesta cuando habiendo formulado alegaciones no se tengan en cuenta otros hechos que los incorporados el expediente. En este caso, habiendo presentado la representación procesal del extranjero unas alegaciones y al no incorporar elemento fáctico alguno que desvirtúe el contenido de las actuaciones que condujeron a la resolución impugnada, no resultaba obligatoria esa notificación. A mayor abundamiento la falta de notificación no tiene la entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anuladora por causa formal, lo que acontecería si el recurrente hubiera defendido una ostensible indefensión producida por aquél vicio del proceso. En estos términos se ha pronunciado sentencia del Tribunal Constitucional 154/1991 de 10 de julio "la indefensión es una noción material que para que tenga relevancia constitucional, no implica solo infracción de reglas procesales sino que a consecuencia de ello se haya entorpecido o dificultado de manera sustancial la defensa de los derechos e intereses de una de las partes en el proceso". En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia 19 de diciembre de 2000, donde declara la innecesidad de notificar la propuesta de resolución cuando habiéndose formulado alegaciones no se tengan en cuenta otros hechos que los incorporados al expediente.

Por último y como reseña a la denuncia del vicio en el procedimiento administrativo, por falta de la práctica de la pruebas propuestas, dicho motivo debe de fenecer toda vez que la pruebas propuestas referían a determinada documentación que debería obrar en posesión del interesado, y en todo caso pudo haberlas propuesto en fase procesal toda vez que no es que no fueron atendidas en la vía administrativa, sino que se desestimaron por innecesarias, pudiendo haberlas aportado en sede judicial si de su interés hubiera sido.

Del mismo modo debe de ser desestimada su alegación sobre a la modalidad procesal seguida para la tramitación del proceso, el artículo 130 del R.D. 2393/2004, es claro cuando establece que los expedientes de expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción sea la prevista en el artículo 53.a) L.O. 4/2000, por lo estando en un supuesto del artículo 53. a, toda vez que no existe ningún procedimiento previo de solicitud de residencia o prueba de que el recurrente dispusiera de autorización para residir, sino que estamos en el supuesto de hecho contemplado por el mencionado precepto, el procedimiento seguido ha sido el correcto".



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Correlativamente, y respecto a la pretendida nulidad de pleno derecho conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, examinado el expediente administrativo, tampoco se aprecia la concurrencia de dicha causa de nulidad.

En efecto, como señala la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 2005 (Recurso de casación 5129/2002):

“(…) Como hemos señalado en numerosas ocasiones (por todas STS de 14 de febrero de 2000) «la nulidad de los actos administrativos sólo era apreciable en los supuestos tasados del art. 47 LPA (art. 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y la anulabilidad por defectos formales, sólo procedía cuando el acto carecía de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o producía indefensión de los interesados, según el art. 48.2 LPA (art. 63.2 LRJ-PAC)»; por ello, «cuando existen suficientes elementos de juicio para resolver el fondo del asunto y ello permite presuponer que la nulidad de actuaciones y la repetición del acto viciado no conduciría a un resultado distinto, esto es, cuando puede presumirse racionalmente que el nuevo acto que se dicte por la Administración, una vez subsanado el defecto formal ha de ser idéntico en su contenido material o de fondo, no tiene sentido apreciar la anulabilidad del acto aquejado del vicio formal».

En la misma línea hemos señalado (SSTS 10 de octubre de 1991 y 14 octubre 1992) que para que proceda la nulidad del acto prevista en el precepto considerado como infringido (62.1.e LRJ-PAC, antes 47 LPA) «es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que éste sea. Cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto nos encontramos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el artículo 48.2 de la referida Ley Procedimental (ahora 63.2 de la Ley 30/1992) aunque en este supuesto sólo procederá la declaración de anulabilidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si ha producido indefensión a los interesados».

Y, por último debemos reiterar que «no se produce indefensión a estos efectos si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también recurrir en reposición, doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE, si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas» (STS 27 de febrero de 1991), «si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional» (STS de 20 de julio de 1992). Pero es que, además, también se ha señalado que, «si a pesar de la omisión procedimental, el Tribunal enjuiciador cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto» (STS de 10 de octubre de 1991); siendo ello es así «porque la teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas» (STS de 20 de julio de 1992), pues «es evidente que si la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo» (SSTS de 14 de junio de 1985, 3 de julio y 16 de noviembre de 1987 y 22 de julio de 1988).

Por ello, «si el interesado en vía de recurso administrativo o Contencioso-Administrativo ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento» (SSTS de 6 de julio de 1988 y 17 de junio de 1991).

En síntesis, que el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurren los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o



GENERALITAT
VALENCIANA

dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 LRJ-PAC, y de ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía Contencioso-Administrativa, trámite en el cual puede obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando el mismo hubiese sido no influyente en la decisión, de suerte que ésta hubiere sido la misma, como cuando aún sí influyente, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en su supuesto y anulándola en el otro, y sólo apreciarse en el caso de que por existencia carezca el órgano jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa”.

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, examinado el expediente administrativo, y tal y como se concreta en los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, no se aprecia que se haya prescindido totalmente de los trámites procedimentales ni que se haya omitido ninguno de los trámites esenciales. Además, tampoco se aprecia que se haya producido indefensión alguna al hoy recurrente, toda vez que el mismo ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos.

Así, respecto al escrito de alegaciones y de proposición de prueba presentado en el expediente (folios 14 y siguientes del expediente), el mismo tuvo respuesta en la diligencia de informe obrante a los folios 25 a 27 sin que se aprecie que ello produjera indefensión alguna al hoy recurrente, constando unidos al expediente todos los documentos aportados junto a dicho escrito.

Recapitulando, y en aplicación de todo lo expuesto, los motivos de nulidad de pleno derecho opuestos por el recurrente, así como la pretensión de anulabilidad del procedimiento administrativo por razones formales, tienen que ser rechazados.

TERCERO.- Seguidamente impugna la parte actora la resolución precitada por infracción del principio de proporcionalidad, al ser posible la imposición de multa en lugar de la más gravosa de expulsión, así como en la falta de motivación de dicha decisión.

Al respecto, señala la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 07/09/2007 (Recurso nº 1151/2006) que:

“(…) Debemos comenzar afirmando que la parte recurrente no discute que la infracción cometida por el interesado sea la regulada en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, y que, por ello, hayamos de partir obligadamente de esa aceptación para responder al único motivo que se esgrime.

En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (artículos 49-a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (artículos 53-a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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

De esta regulación el T.S., en sentencias de 14 y 22 de diciembre de 2005, deduce lo siguiente:

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

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

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

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

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

Así, y en virtud de esta argumentación, el propio Tribunal, continua afirmando que:

- 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".



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

CUARTO.- Así, en el presente caso, y en aplicación de la expresada Jurisprudencia, cabe concluir que se ha impuesto al recurrente la sanción de expulsión de forma inmotivada y desacertada, pues además de ser lo sancionado la mera estancia irregular, no constan extremos desfavorables en el expediente (detenciones, antecedentes penales, etc). Mientras que, por el contrario, de los documentos aportados en el presente procedimiento, ha quedado acreditada la existencia de arraigo suficiente que se vería perjudicado con la expulsión.

En efecto, adquiere relevancia esencial en este punto la circunstancia, acreditada en las actuaciones, de que el recurrente está empadronado en Valencia, calle Villanueva de Castellón nº 24-6º-19ª, donde convive con su madre [REDACTED], residente legal en España (constando en el expediente copia de su Permiso de Residencia –folio 19-). Documental de la que, en definitiva, y en lo ahora relevante, se entiende acreditada la existencia de arraigo familiar (toda vez que convive en el mismo domicilio de su madre residente legal). Así, el arraigo familiar debe caracterizarse como nota distintiva por la existencia de unos lazos de parentesco cualificados (matrimonio o pareja de hecho, hermanos, padres o hijos), que la relación sea con españoles o extranjeros residente legales y, finalmente, por la existencia de una convivencia que justifique la invocación de tal arraigo, pues incluso la jurisprudencia lo ha venido admitiendo para supuestos de agrupaciones entre hermanos (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993, 29 de abril de 1996, 22 de octubre y 12 de diciembre de 1997, 9 de febrero, 10 de noviembre, 24 de noviembre y 28 de noviembre de 1999, 25 de noviembre de 2000, entre otras), llegando a apreciar la existencia de arraigo familiar en convivencias de uniones de hecho efectivas y continuadas (SSTS 28-12-1998, 23-1-1999, 3-3-1999, 11-10-1999 y 15-11-1999). Valorando como queda dicho la documental aportada, se entiende acreditada la concurrencia de suficiente arraigo a los meros efectos de fundamentar la estimación del presente recurso contencioso-administrativo.

En efecto, como señala la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 11 de mayo de 2005 (número 813/05):

“(…) Sin embargo, una cosa es la constancia indubitada de una situación irregular en España enmarcable en el tipo de infracción grave reseñado y otra la proporcionalidad de la sanción impuesta, que debe regirse por las previsiones normativas contenidas en los arts. 55 y 57 de la LO 4/2000, que abarcan alternativamente una sanción para la infracción grave imputada de multa o de expulsión del territorio nacional, debiendo acudir al principio de proporcionalidad a la hora de la imposición de las sanciones, de conformidad a las antedichas normas y al artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece la obligación de «guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada».

En tal sentido, puede afirmarse que la Administración se ve sujeta a criterios y operaciones lógicas similares a los existentes para los jueces penales en su actividad jurisdiccional, con un control añadido por el llamado principio de prohibición de exceso de poder o, más concretamente, por el principio de proporcionalidad.

Tanto los Tribunales como las Administraciones Públicas han de tener en cuenta las circunstancias subjetivas y personales del infractor que le condujeron a la realización de los hechos, es decir, tienen que aplicar los principios penales de individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor. Será función de esta Sala utilizar el principio de proporcionalidad como instrumento de control del ejercicio discrecional de la potestad sancionadora de la Administración, determinando la adecuada apreciación conjunta de las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto de hecho sancionable. Toda la actuación de la Administración en el terreno sancionador resulta, pues, reglada.

En el presente supuesto litigioso, las circunstancias concurrentes invocadas en la primera



GENERALITAT
VALENCIANA

instancia (empadronamiento, apoyo económico, domicilio conocido, ausencia de antecedentes penales, potencial incorporación al mercado laboral, convivencia con dos hermanas en situación de residencia legal en España y con medios económicos suficientes) y respaldadas por medio de la oportuna prueba documental y testifical, no eximen al extranjero imputado de la infracción grave cometida, pero sí aconsejan ponderar la sanción impuesta, que deberá ser graduada adecuadamente a tenor de las circunstancias objetivas y subjetivas analizadas y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, pareciendo más acorde al principio de proporcionalidad la imposición de una sanción de multa, dentro de los límites previstos en el artículo 55 de la LO 4/2000 para las sanciones graves (de 300 euros hasta 6.000 euros), en lugar de la expulsión acordada por la Administración apelante”.

Resulta por ello obligada la estimación del recurso, declarando no ser ajustada a derecho la resolución impugnada, y remitiendo en consecuencia a la administración el expediente a los efectos de que imponga la sanción alternativa de multa, en la cuantía que proceda con arreglo a derecho, pues la falta de proporcionalidad de la sanción elegida evidentemente no excluye la comisión de la infracción ni la obligación de castigar la misma.

QUINTO.-No se aprecian motivos de temeridad o mala fe que justifiquen la imposición de costas, conforme al artículo 139 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vistos los preceptos citados, y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ contra la **Resolución de fecha 6 de agosto de 2010 dictada por la OFICINA DE EXTRANJEROS DE LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 17 de noviembre de 2009**, declarando no ajustadas a Derecho las referidas resoluciones, que se anulan y se dejan sin efecto, y **remitiendo a la administración el expediente a los efectos de que imponga la sanción alternativa de multa, en la cuantía que proceda con arreglo a derecho**. Sin que proceda hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de QUINCE días en este Juzgado, para su conocimiento por la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con cumplimiento, en su caso, de la previa constitución de Depósito en los términos de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, introducida por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Firme que sea y con certificación de la presente, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia.

Así por ésta, mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.