



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

**XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1  
OURENSE**

SENTENCIA: 00141/2015

-

N11600  
C/VELAZQUEZ S/N 4ª PLANTA

**N.I.G:** 32054 45 3 2015 0000152

**Procedimiento:** PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000078 /2015 /

**Sobre:** ADMON. DEL ESTADO

**De D/Dª:** MARIA ELOISA

**Letrado:** IGNACIO JOSE SEVILLA GALLO

**Procurador D./Dª:**

**Contra D./Dª** SUBDELEGACION DEL GOBIERNO SUBDELEGACION DEL GOBIERNO

**Letrado:** ABOGADO ESTADO

**Procurador D./Dª**

**Materia:** Extranjería. Sanción de expulsión del territorio español.

**Cuantía:** Indeterminada.

## SENTENCIA

**Número:** 141/2015

Ourense, 13 de julio de 2015

Visto por D. Francisco de Cominges Cáceres, magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo 1 de Ourense, el **PROCEDIMIENTO ABREVIADO 78/2015** promovido por D<sup>a</sup> **MARÍA ELOISA**, representada y defendida por el Letrado D. Iñaki Sevilla Gallo; contra la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** (Subdelegación del Gobierno en Ourense), representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, D. José María Pérez Álvarez.

### ANTECEDENTES

**1º.-** El 6 de marzo de 2015 D<sup>a</sup> María Eloisa, nacional de la República Dominicana, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 16 de enero de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Ourense que le impuso la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años (expte. 32002014000 ).

En el "suplico" de la Demanda solicitó la anulación de la resolución impugnada, <<o en su caso se proceda a la imposición de una sanción de multa en su cuantía mínima (501,00 €), o en aquella otra cantidad que considere oportuno S.Sª de acuerdo al resto de hechos expuestos>>.



2º.- El día 23 de junio de 2015 se celebró la vista oral del juicio. En ella la Administración recurrida solicitó la total desestimación del recurso, con condena en costas a la demandante. Se practicaron pruebas documental y testifical, así como trámite de conclusiones.

3º.- La cuantía del proceso se estableció en indeterminada, previa audiencia de las partes.

4º.- Se ha tramitado una pieza separada de medidas cautelares que concluyó con Auto de 10 de abril de 2015 (firme) en el que se dispuso la suspensión de la orden de expulsión en tanto en cuanto no concluya este proceso con sentencia firme.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Constituye el **objeto** de este Procedimiento Abreviado la resolución de 16 de enero de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Ourense que le impuso a la ciudadana de la República Dominicana D<sup>a</sup> María Eloisa la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años (expte. 32002014000 ).

La resolución impugnada motivó la orden de expulsión en que la demandante se halla en situación irregular en España (sin autorización de residencia, ni de trabajo), como consecuencia de la anterior resolución de 28 de abril de 2014 del Subdelegado del Gobierno en Ourense (firme) en la que se dispuso la extinción de la autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea que se le había concedido por Resolución del mismo órgano de 14 de noviembre de 2012 (expte. 320020120000 ).

II.- Esgrime la recurrente en su **Demanda** y en su alegato en el acto de la vista del juicio, en síntesis, los siguientes argumentos impugnatorios:

- Defecto de motivación en la resolución impugnada, al fundarse en hechos nuevos que no fueron anunciados ni en el acto de incoación ni en la propuesta de resolución.

- Infracción del principio de proporcionalidad (artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería y jurisprudencia que lo interpreta) por cuanto le impuso la sanción máxima de expulsión cuando en realidad no concurría circunstancia agravante alguna en su situación personal en España. Carece de antecedentes penales y de informes policiales desfavorables. Tiene arraigo en España, vive aquí desde hace más de tres años, disponiendo de domicilio fijo en Ourense. Tiene pasaporte en vigor con sello de entrada en el espacio Schengen.

- En la resolución de extinción de la autorización de residencia no se le indicó la obligación de abandonar el territorio español. La primera vez que se le comunica es con la resolución coercitiva de expulsión, aquí impugnada. Por otra parte la inscripción de pareja de hecho de ciudadano español que dio causa a la referida autorización de residencia no resultó fraudulenta. Cesó luego en la convivencia con su



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

pareja española, y por eso procedió "motu proprio" a cancelar la inscripción en el registro de parejas de hecho.

La Administración del Estado señaló en su **Contestación**, en resumen, que resultaba obligada la expulsión del territorio nacional de la aquí recurrente, al hallarse en situación irregular, y concurrir la agravante de haber constituido una pareja de hecho fraudulenta para regularizarse. Invocó también la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), conforme a la cual entiende que para los inmigrantes carentes del preceptivo permiso de residencia no cabe más opción que la expulsión del territorio español.

**III.-** Centrados así los términos del debate, se concluye que no puede prosperar el primer argumento de la demanda, sobre **defecto de motivación** de la resolución impugnada. Los vicios de anulabilidad cometidos en la tramitación de un procedimiento administrativo sólo tienen efecto anulatorio si generan indefensión en el interesado (artículo 63 Ley 30/1992, de 26 de noviembre -LRJA/PAC-). Y lo cierto es que en este concreto caso el defecto invocado no lo ha hecho, porque la actora ha podido rebatir en este proceso la argumentación de la resolución definitiva de expulsión, y así lo ha hecho, con resultado favorable a sus pretensiones, como se verá en los siguientes fundamentos de esta sentencia.

**IV.-** De la valoración conjunta de la prueba practicada (expte. administrativo, más los documentos aportados por la actora y el expte. de la autorización de residencia recabado de oficio por el Juzgado e incorporado a autos) se deducen los siguientes **hechos probados**:

- La recurrente se halla debidamente documentada, con su pasaporte en vigor. Consta en el sello de entrada en el espacio Schengen, como turista, por el aeropuerto de Malpensa, en noviembre de 2011 (Fº 80 del expte. admvo.).

- El 30 de abril de 2012 se inscribió en el Registro de Parellas de Feito de Galicia de la Xunta de Galicia como pareja del ciudadano español D. . El 15 de mayo siguiente solicitó en la Administración del Estado la correspondiente autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea. Durante la instrucción del expediente se realizó una investigación policial para constatar la veracidad de la relación "more uxorio", recabándose diversas pruebas e incluso los antecedentes penales de la pareja española. Finalmente por resolución (firme) de 14 de noviembre de 2012 se concedió la autorización.

- Un año y medio más tarde, el 13 de marzo de 2014 el Subdelegado del Gobierno en España dispuso la incoación de un expediente para extinguir la tarjeta de residencia al constatar que la pareja ya no convivía en el mismo domicilio. Tras la correspondiente fase de audiencia se dictó la resolución de 28 de abril de 2014, por la que se extinguió la autorización. No consta que esta última resolución haya sido impugnada. En ella no se le indicó a la actora que debía abandonar el territorio español.



- El 14 de octubre de 2014 se incoó el expediente sancionador, que luego concluyó con la orden de expulsión de 16 de enero de 2015 aquí impugnada.

**V.-** Con este punto de partida, se concluye la necesaria anulación de la orden de expulsión impugnada, por las siguientes razones:

**V.1.-** Como consideró el Tribunal Constitucional en sus sentencias 140/2009, de 15 de junio y 145/2011, de 26 de septiembre, así como en el Auto 409/2007 del Pleno de 7 de noviembre; y el Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>) entre otras muchas en las de 25 de octubre de 2007, 28 de noviembre de 2008 y 24 de junio de 2008, el legislador estatal ha optado al tipificar las sanciones aplicables a las infracciones graves por la permanencia irregular en España de un inmigrante transcurridos 90 días desde su llegada al territorio nacional, por establecer como regla general imponer en primer término una multa pecuniaria con la consiguiente advertencia de salida del territorio español en plazo determinado si no se regulariza. Y solo como excepción directamente la sanción de expulsión.

El objetivo de la norma al primar la imposición de multa pecuniaria sobre la orden de expulsión con prohibición de entrada es permitirle al extranjero en situación irregular en el que no concurren circunstancias agravantes, regularizar su situación si ello es posible. O, en caso contrario, retornar a su país de origen, pero sin prohibición de entrada en la Unión Europea, lo que posibilita que desde allí pueda gestionar la obtención de los visados o autorizaciones pertinentes para, en su caso, poder regresar legalmente a España.

La sanción primaria establecida para estos casos en la referida legislación de extranjería es la de multa pecuniaria. De manera que la orden de expulsión se reserva para los supuestos más graves, distintos de los de "mera permanencia ilegal" del inmigrante en territorio español, que habrán de ser pormenorizadamente motivados en la resolución sancionatoria. La elección por la Administración entre la sanción de multa y la de expulsión del inmigrante no es discrecional "sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000." (S TC 145/2011).

En el mencionado artículo 55.3 LO 4/2000, modificado por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, expresamente se dispone que: "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia".

**V.2.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea** reconoció la compatibilidad de este sistema con el Derecho comunitario en una primera **sentencia de fecha 22 de octubre de 2009** (asunto C-261/08), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad. del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. El Tribunal europeo concluyó en dicha sentencia, en primer lugar, que la normativa comunitaria: *<<prima la salida voluntaria del nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos de estancia corta aplicables en el territorio del Estado miembro de que se trata>>*. Y en segundo, que el Derecho español es compatible con el comunitario que obliga a expulsar a los extranjeros en situación irregular, porque en nuestro país *<<la resolución por la que se impone una multa no es un título que permita a un nacional de un tercer país en situación irregular permanecer legalmente en territorio español, toda vez que, al margen de si la multa se paga o no, dicha resolución se notifica al interesado con la advertencia de que debe abandonar el territorio en un plazo de quince días, y que, si no obedece podrá ser perseguido sobre la base del artículo 53, letra a), de la Ley de extranjería y podrá ser expulsado de forma inmediata>>*.

En ese precedente se había aplicado una normativa comunitaria anterior a la vigente **Directiva 2008/115/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre *"normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular"*. No obstante, en ésta se mantiene el mismo principio que prima la "salida voluntaria" del inmigrante irregular, antes que la expulsión compulsiva. Y así, en su artículo 7.1 se dispone con claridad que previamente a la expulsión se le debe ofrecer al extranjero: *<<un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria>>*. En el artículo 7.2 se añade que: *<<Los Estados miembros prorrogarán cuando sea necesario el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate, como son la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales>>*. Y por último, tal y como ocurre en el sistema legal español, se prevén en el artículo 7.4 una serie de **"agravantes"** o supuestos especiales en los que como excepción se puede disponer con carácter directo e inmediato la expulsión del inmigrante sin la previa intimación de salida voluntaria (riesgo para el orden público, desestimación previa de solicitud de regularización *"manifiestamente infundada o fraudulenta"*, etc.).

La reciente **sentencia de 23 de abril de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (asunto C-38/14) debe ser interpretada en este contexto, y, en especial, en el de los exactos términos de la concreta cuestión prejudicial que le dio causa, formulada por la S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad. del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La pregunta planteada por el TSJ Vasco fue la siguiente:





«A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que **permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?**»



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Es decir, le dio a entender al Tribunal europeo que en España con la sanción de multa se "regulariza" sin más la situación de clandestinidad del inmigrante irregular, no cabiendo ya la posibilidad de expulsión. Obviamente, a esa pregunta formulada en tales términos el Tribunal Justicia no podía responder de otra manera a como lo hizo: <<**La Directiva 2008/115/CE (...) 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**>>.

Pero lo cierto es que el sistema establecido en el Derecho español es bien distinto, como bien pudo apreciar el propio Tribunal de Justicia de la UE en su anterior sentencia de 22 de octubre de 2009 (asunto C-261/08). Con la sanción de multa pecuniaria lo que en realidad se produce (como expresamente se indica en la propia multa) es la intimación de salida voluntaria del país en un plazo determinado. Una vez transcurrido, sin que se haya producido la salida voluntaria, ni se haya instado la regularización del extranjero, procederá ya dictar la orden de expulsión.

Con el sistema español regulado en la Ley Orgánica 4/2000 se da, sin duda alguna, estricto cumplimiento a la Directiva 2008/115/CE dado que:

- Como regla general, mediante la imposición de una multa pecuniaria, se le concede al inmigrante irregular un plazo de entre siete y treinta días para la salida voluntaria (art. 7.1 de la Directiva).
- Como excepción, se podrá disponer directamente la orden de expulsión (sin previo plazo para salida voluntaria) en supuestos especiales (riesgo para el orden público, desestimación previa de solicitud de regularización "manifiestamente infundada o fraudulenta", etc.). -artículo 7.4-

En este mismo Juzgado se han examinado numerosos precedentes en los que tras una primera sanción de multa (con plazo de salida voluntaria) se le ha impuesto al extranjero una segunda sanción de expulsión, declarándose luego en sentencia firme correcta y conforme al Derecho español dicha orden de expulsión, precedida de la multa pecuniaria. Pueden así citarse como ejemplo las sentencias de 29 de octubre de 2014 (proc. abrev. 137/2014) y 18 de diciembre de 2014 (proc. abrev. 186/2014), confirmadas en apelación, respectivamente,



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

por las del TSJ Galicia de 18 de marzo de 2015 (rec. 3/2015) y 20 de mayo de 2015 (rec. 100/2015).

De manera que no es cierto que en España <<la sanción económica resulte incompatible con la orden de expulsión>>. Por el contrario, se insiste en que como regla general, la sanción económica con el consiguiente requerimiento de salida voluntaria del país es compatible con la posterior orden de expulsión si se incumple el plazo concedido o se desestima la solicitud de regularización. Y ello se acomoda perfectamente a lo dispuesto al efecto en los artículos 7 y 8 de la Directiva 2008/115/CE.

**VI-** Pues bien, con este punto de partida se concluye que en el concreto caso examinado la Administración demandada, conforme a la normativa citada, debió haberle impuesto a la recurrente una sanción de multa de 501 euros, con intimación para la salida voluntaria del país en un plazo de 15 días, en lugar de directamente la orden de expulsión, como así hizo.

Tras la regularización de la actora por la autorización de residencia concedida en fecha 14 de noviembre de 2012 (expte. 320020120000 ) y su posterior extinción no incurrió en ninguna agravante que obligase a expulsarla directamente, sin previo plazo de salida voluntaria, toda vez que:

- Se hallaba debidamente documentada con pasaporte en vigor y sello de entrada en el espacio Schengen.
- Carecía de antecedentes penales.
- Llevaba más de dos años viviendo en España.
- Dispone de domicilio fijo y conocido.
- En la resolución de extinción de su autorización de residencia no se le intimó para que abandonase voluntariamente el territorio español.

En este Juzgado se ha considerado en precedentes anteriores que la inscripción fraudulenta de una relación de "pareja de hecho" con ciudadano español, cuando nunca existió dicha relación, para conseguir una autorización de residencia, constituye circunstancia agravante de entidad suficiente como para determinar la expulsión directa del extranjero sin previa sanción de multa. Puede así citarse la sentencia de 9 de octubre de 2014 (proc. abrev. 157/2014), confirmada en apelación por la del TSJ Galicia de 22 de abril de 2015 (rec. 4/2015).

Pero en el supuesto aquí examinado, del análisis minucioso del expediente administrativo de la autorización de residencia de la demandante (incorporado a autos) se concluye que su extinción se produjo por hechos acaecidos en fecha posterior a la de su otorgamiento. Concretamente por el cese de la convivencia "more uxorio" que mantuvo con un ciudadano español. No se debió a una inscripción fraudulenta, inicial, de la pareja de hecho, sino al cese ulterior de la relación de pareja que provocó su disolución.

**VII.-** De todo ello se concluye que la resolución administrativa aquí impugnada ha infringido, al graduar la



sanción, el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJA-PAC), en relación con los artículos 50, 53.1, 55.3 y 57 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y deberes de los extranjeros y su integración social, por lo que habrá de anularse y sustituirse por la sanción de 501 euros.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

Y que la Administración ha infringido a su vez lo preceptuado en el artículo 7.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre "*normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*", pues no le ha concedido un plazo de entre siete y treinta días para la salida voluntaria.

Ello no libera a la demandante de su obligación de regularizarse en España mediante las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo si cumpliera los requisitos establecidos al efecto; o de regresar a su país en caso contrario en plazo determinado. De no hacerlo así, la Administración del Estado podrá incoar frente a ello un procedimiento para su expulsión.

**VIII.-** Se sustituirá la orden de expulsión impugnada por una sanción de multa de 501 euros, con la correspondiente intimación de salida voluntaria. De ello se deriva que no se realice expreso pronunciamiento sobre las costas causadas (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio).

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**1º.-** ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> María Eloisa , nacional de la República Dominicana, contra la resolución de 16 de enero de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Ourense que le impuso la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años (expte. 32002014000 ).

**2º.-** Anular la referida sanción de expulsión, que habrá de sustituirse por otra de multa de 501 euros, con la advertencia de que la recurrente deberá instar su regularización si cumpliera los requisitos establecidos para ello o salir voluntariamente del territorio español en el plazo de quince días.

**3º.-** Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer **recurso de apelación** en un plazo de 15 días, ante este Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante escrito razonado en el que deberán contenerse las alegaciones en que se fundamente (arts. 81.1 y 85.1 LJCA).