



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

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

SENTENCIA: 00006/2016

-

N11600  
C/VELAZQUEZ S/N 4ª PLANTA

RC

N.I.G: 32054 45 3 2015 0000263

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000130 /2015 /

Sobre: ADMON. DEL ESTADO

De D/D\*:

Letrado: HECTOR PEREIRAS ALVAREZ

Procurador D./D\*:

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

Letrado: ABOGADO ESTADO

Procurador D./D\*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**Materia:** Extranjería. Residencia irregular. Sanción de expulsión del territorio español. Sentencia TJUE Zaizoune.  
**Cuantía:** Indeterminada.

## SENTENCIA

**Número:** 6/2016

Ourense, 14 de enero de 2016

Visto por D. Francisco de Cominges Cáceres, magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo 1 de Ourense, el **PROCEDIMIENTO ABREVIADO 130/2015** promovido por D. **ALFREDO** , representado y defendido por el Letrado D. Héctor Pereiras Álvarez; 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.- D. Alfredo , nacional de Uruguay, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 24 de febrero de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Ourense, desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a la anterior resolución de 13 de enero de 2015 que le impuso la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años (expte. 360020140001138).

En el "suplico" final de la Demanda solicitó la anulación de las resoluciones impugnadas, <<o subsidiariamente se proceda a la imposición de una multa sustitutiva de la expulsión



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

acordada en función de la capacidad económica del recurrente>>. Todo ello con expresa imposición de costas.

2º.- El día 1 de septiembre 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 practicó prueba documental, así como trámite de conclusiones.

Por Auto de 10 de septiembre de 2015 se dispuso, como diligencia final, la práctica de determinada prueba documental. Tras su cumplimentación se le ofreció a las partes del proceso un trámite común de alegaciones, con el resultado que obra en autos.

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

4º.- En pieza separada de medidas cautelares se dictó Auto el 12 de junio 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 24 de febrero de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Ourense, desestimatoria del recurso de reposición formulado por D. Alfredo , nacional de Uruguay, frente a la anterior resolución de 13 de enero de 2015 que le impuso la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años (expte. 360020140001138).

La resolución impugnada motivó la orden de expulsión en que el recurrente carece del preceptivo visado en vigor o permiso de residencia, habiéndosele impuesto ya por esa razón (estancia irregular) una sanción de multa por resolución de la Subdelegación del Gobierno en León de 7 de noviembre de 2013.

II.- Esgrime el recurrente en su **Demanda** y en su alegato en la vista del juicio en síntesis, que lleva residiendo en España desde el año 2004 con total integración en nuestra sociedad. Lleva ya varios años viviendo en la población de A Rúa de Valdeorras. Lugar en el que mantiene relación de pareja con la ciudadana española D<sup>a</sup> . Insiste en que tienen la voluntad de unirse en matrimonio, hallándose para ello pendientes únicamente de la autorización del Registro Civil de O Barco de Valdeorras, en trámite. Asimismo carece de antecedentes penales o detenciones previas y se halla debidamente documentado con pasaporte en vigor. Esgrime frente a la orden de expulsión falta de motivación y vulneración del principio de proporcionalidad, considerándose su inminente regularización al contraer matrimonio con una ciudadana española. Invoca también la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 04/11/1950 en el que se reconoce el derecho de toda persona a la vida familiar, incidiendo en que ha formado familia con una ciudadana



española y en que tiene un marcado arraigo en España, habiendo perdido ya todo vínculo con su país de origen.

La Administración del Estado señaló en su **Contestación**, en resumen, que resultaba obligada la expulsión del territorio nacional del aquí recurrente, al hallarse en situación irregular, y concurrir la agravante de habersele impuesto ya una previa sanción de multa. Invocó también la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14 "Zaizoune").

**III.-** Centrados así los términos del debate, de la valoración conjunta de la prueba practicada (expte. administrativo, más los documentos aportados por el actor) se deducen los siguientes **hechos probados**:

- El recurrente, D. Alfredo , de nacionalidad uruguayana, lleva residiendo en España desde el año 2004 (docs. 2 y ss. de la Demanda). Desde enero de 2013 en A Rúa de Valdeorras (Ourense). Tiene domicilio permanente y conocido. Dispone de tarjeta sanitaria (SERGAS), así como de una cuenta bancaria en una entidad española.
- Comparte domicilio con la ciudadana española D<sup>a</sup> (doc. 7 de la Demanda). Mantiene con ella una relación de pareja, y se halla integrado en la población en la que reside (certificación de la Alcaldesa de A Rúa de Valdeorras de 28/08/2015 unida a autos en el acto del juicio).
- Se ha incoado en el Registro Civil de O Barco de Valdeorras el correspondiente expediente de autorización del matrimonio (núm. 129/2015) -doc. 8 de la demanda-.
- Se halla documentado con su pasaporte.
- No constan detenciones previas por ilícitos penales, ni antecedentes penales.
- Mediante resolución de 07/11/2013 del Subdelegado del Gobierno en León se le impuso al actor una sanción de 501 euros por estancia irregular (expte. LE-1614/2013, unida a autos tras la diligencia final). Sin embargo, frente a lo que es habitual, en dicha resolución sancionatoria no se le conminó a abandonar España, ni se le concedió un plazo concreto para hacerlo.

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

**IV.1.-** Tal y como ha venido considerando este Juzgado en precedentes similares (ad. ex. sentencias firmes de 23/07/2015 -proc. abrev. 97/2015- y 13/07/2015 -proc. abrev. 78/2015-, ambas publicadas en el CENDOJ-), lo dispuesto en 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**" es compatible con el sistema de reacción frente a los inmigrantes de fuera de la UE en situación irregular en España regulado en la Ley Orgánica



4/2000, de 11 de enero, de Extranjería -LOEX- (modificada por LO 2/2009) y en el Reglamento que la desarrolla (RD 557/2011, de 20 de abril), en el sentido establecido por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto:



a).- Frente a los inmigrantes interceptados en el mismo momento (o en el inmediatamente posterior) al de su entrada en la frontera de España, la Administración del Estado procederá a su deportación inmediata mediante el procedimiento sumario establecido en los artículos 15.3 (denegación de entrada) y 23 (devolución) del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011).

b).- Contra los demás, con carácter general en primer término habrá que conminarles, mediante la correspondiente resolución administrativa, a que abandonen el territorio español en un plazo de entre 7 y 30 días (artículo 7 de la Directiva). El inmigrante tiene dos opciones en dicho período: O bien instar y conseguir su regularización si cumple los requisitos establecidos para ello (residencia temporal por circunstancias excepcionales: arts. 123 y ss. RD 557/2011), o bien abandonar voluntariamente España, sin prohibición de entrada -art. 11.1.b/ de la Directiva- (con lo que en su país de origen podrá solicitar las correspondientes autorizaciones para regresar a la UE legalmente si cumple los requisitos). Esta previsión de la Directiva es perfectamente compatible con el sistema español en el que se establece en primer término una sanción pecuniaria para la mera permanencia irregular, si a esa sanción de multa se le añade la orden de salida voluntaria (que es lo que ya viene haciendo la Subdelegación del Gobierno en Ourense desde tiempo atrás). Asimismo, en las resoluciones denegatorias de tarjetas de residencia se ha de incluir ya dicha orden de salida (artículo 24 RD 557/2011). Si se incumple la orden de salida voluntaria, o el inmigrante no se regulariza en el plazo concedido, entonces procederá tramitar el expediente de expulsión compulsiva, con prohibición de entrada. No es incompatible la sanción de multa con la orden de expulsión, la primera (con simultáneo mandato de salida) antecede a la segunda.

c).- En el supuesto especial de inmigrantes en los que concurren circunstancias agravantes (Según el artículo 7.4 de la Directiva: <<riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional>>) procederá directamente la orden de expulsión (forzosa, compulsiva) sin previa multa ni advertencia de salida voluntaria. En similares términos lo disponen los artículos 55 y 57 LOEX, modificados por LO 2/2009 tal y como los vienen interpretando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Nuestro ordenamiento establece otro importante gravamen para estos inmigrantes: La prohibición de regresar a España durante un tiempo determinado tras su expulsión, aunque adquieran los requisitos para obtener una autorización de residencia.



d).- En cualquier caso, para escoger entre la decisión de orden de salida voluntaria (sin prohibición de entrada) o sanción de expulsión (con prohibición de entrada) habrán de ponderarse factores de carácter humanitario. Muy especialmente los referidos al **arraigo** del inmigrante en nuestro país (artículos 6.4, 7.2 y 14 de la Directiva y artículo 55 LO 4/2000). No es lo mismo un extranjero que lleva menos de 90 días residiendo en España, que aquél que reside desde hace varios años e incluso tiene pareja española o niños arraigados aquí. Son supuestos diferenciados que merecen distinto tratamiento.

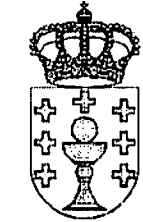
A diferencia del "Reglamento" (obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro), la Directiva europea: *<<obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios>>* [artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anterior art. 249 TCE)]. La propia Directiva 2008/115/CE de retorno así lo admite al disponer en su artículo 4.3 que: *<<se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva>>*. Tras su entrada en vigor se dictó en España la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (LOEX). En su exposición de motivos se explica que entre otras finalidades se dirigió a adaptar la normativa española a determinadas Directivas comunitarias, citando expresamente la 2008/115/CE, *<<con el objetivo de reforzar la lucha contra la inmigración irregular>>*.

No cabe duda alguna de que la regulación de la reacción frente a la inmigración irregular establecida en la legislación española, tras la referida modificación, interpretada conforme se ha expuesto en los precedentes epígrafes "a" al "d", cumple perfectamente el "efecto útil" de la Directiva, adaptándose a sus fines y objetivos.

**IV.2.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea** ya había reconocido 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*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**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 de retorno. No obstante, como se ha dicho, en ésta se mantiene el mismo principio que prima la "salida voluntaria" del inmigrante irregular, antes que la expulsión compulsiva (artículo 7).

La reciente **sentencia de 23 de abril de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (asunto C-38/14, Zaizoune) 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?»*

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 distinto, como 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 ha de indicar 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 (compulsiva).

Se insiste en que con el sistema español regulado en la Ley Orgánica 4/2000 se da 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). Si luego permanece en situación irregular, se emitirá a continuación la orden de expulsión.

- 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, 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, 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.

Resta señalar por último que se pueden adoptar interpretaciones todavía más favorables para dichos inmigrantes, como por ejemplo ha hecho -con muy sólida fundamentación- la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**, en numerosas sentencias, entre las que se pueden citar como ejemplo las de 4 de diciembre de 2015 (rec. 211/2015) o 22 de junio de 2015 (reces. 30/2015 y 205/2014), en las que se concluye que en aplicación de la mencionada Directiva ha de imponerse en primer término una orden de salida voluntaria, sin multa.

No obstante tras el contraste en profundidad del texto de la Directiva de retorno con la vigente normativa española (LOEX y RD 557/2011) este Juzgado concluye, sin género de dudas, que el actual sistema español (con imposición de sanción pecuniaria incluida) es perfectamente compatible con los fines y objetivos de la Directiva, manteniendo como se ha dicho "su efecto útil". Y por ello se aplica en esta sentencia el Derecho español, que por cierto no ha sido modificado -sobre este particular- en todo el tiempo transcurrido tras la citada sentencia del TJUE Zaizoune.

V- Pues bien, con este punto de partida se concluye respecto al concreto caso examinado que la Administración demandada, conforme a la normativa citada, debió haberle impuesto al recurrente una sanción de multa de 501 euros, con intimación para regularizarse o salir voluntariamente del país en un plazo determinado, en lugar de directamente la orden de expulsión, como así hizo.



El recurrente lleva residiendo en España más de diez años, habiéndose integrado en la población de A Rúa de Valdeorras y unido en relación de pareja con una ciudadana española (hecho constatado incluso por la Alcaldesa de dicha localidad -certificación aportada en la vista del juicio-). Existe elevada probabilidad de regularización como familiar de ciudadano de la Unión Europea (se está tramitando en el Registro Civil su expediente de matrimonio). No constituye un riesgo para la seguridad o la salud públicas, ni para el orden social. No consta ni una sola detención por la comisión del algún posible ilícito penal, ni tampoco antecedentes penales.

Y lo cierto es que nunca antes de la resolución de expulsión aquí impugnada recibió el actor una orden de salida voluntaria del país. La sanción de multa que le impuso en el año 2013 la Subdelegación del Gobierno de León no incluyó la indicación de que debía abandonar el territorio nacional (algo verdaderamente excepcional).

Asimismo, la mera circunstancia de que hasta el momento el actor no haya solicitado una autorización de residencia por circunstancias extraordinarias no constituye por sí misma causa justificativa de, en primer término, la sanción máxima de expulsión, como viene considerando la Sala de lo Cont.-Ad. del TSJ Galicia en reiteradas sentencias, como por ejemplo en la de 11 de diciembre de 2013 (rec. 322/2013).

**VI.-** De todo ello se concluye que la resolución administrativa aquí impugnada ha infringido 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.

Y que la Administración ha vulnerado a su vez lo preceptuado en el artículo 7.1 de la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre, de retorno, pues no le ha concedido un plazo de entre siete y treinta días para la salida voluntaria.

Ello no libera al demandante de su obligación de regularizarse en España mediante la correspondiente autorización de residencia 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 él un nuevo procedimiento sancionador para su expulsión.

**VII.-** 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 el ciudadano uruguayo D. Alfredo contra la resolución de 24 de febrero de 2015 del Subdelegado del Gobierno en Ourense, desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a la anterior resolución de 13 de enero de 2015 que le impuso la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada de tres años (expte. 360020140001138).

2º.- Anular la referida sanción de expulsión, que habrá de sustituirse por otra de multa de 501 euros, con la advertencia de que el recurrente deberá instar su regularización si cumpliese los requisitos establecidos para ello o salir voluntariamente del territorio español en el plazo de treinta días. Dicho plazo empezará a computarse desde la notificación de la resolución del expediente de matrimonio civil núm. 129/2015 que se tramita en el Registro Civil de O Barco de Valdeorras.

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).

*Mugraondrechos.es*