

ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº2 DE MALAGA

E_Mail: atpublico.jcontencioso.2.malaga.jus@juntadeandalucia.es
Ciudad de la Justicia. Planta 4ª, Málaga
Tel.: 951939072 Fax: 951939172
N.I.G.: 2906745320190005622

Procedimiento: Procedimiento abreviado 814/2019. Negociado: JM

Recurrente:
Letrado:
Procurador: MARIA ANGUSTIAS MARTINEZ SANCHEZ-MORALES
Demandado/os: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA
Representante:
Letrados: ABOGACIA DEL ESTADO DE MALAGA
Procuradores:
Codemandado/s:
Letrados:
Procuradores:
Acto recurrido: (Organismo: delegacion de gobierno de andalucia con sede en Malaga)

SENTENCIA Nº 120/2022

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

En Málaga, a catorce de marzo de dos mil veintidós

Vistos por mí, Dña. Marta Romero Lafuente, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número DOS de los de esta capital, el recurso Contencioso-Administrativo número 814/19 tramitado por el de Procedimiento Abreviado interpuesto por representado por la Procuradora Dña María Angustias Martínez Sánchez Morales contra SUBDELEGACION DEL GOBIERNO representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno de Málaga por la que se acordó la devolución del recurrente, formulando demanda conforme a las prescripciones legales en la que solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de



Es copia auténtica de documento electrónico

Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022	
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE	Página	1/8	
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/			



derecho que consideró de aplicación se dictara sentencia en la que se estimaran sus pretensiones.

SEGUNDO .- Una vez admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma y de los documentos acompañados a la administración demandada reclamándole el expediente, ordenando que se emplazara a los posibles interesados y citando a las partes para la celebración de la vista.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo se exhibió a la recurrente para que pudiera hacer las alegaciones que estimara pertinentes en el acto de la vista.

CUARTO.- Celebrada la vista en el día y hora señalados comparecieron ambas partes, ratificándose la actora en la demanda interpuesta, oponiéndose la demandada, y solicitado el recibimiento del pleito a prueba se acordó por su S.Sª y practicadas las pruebas admitidas tras el trámite de conclusiones se acordó traer los autos a la vista para Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente basa su demanda esencialmente en que concurre la nulidad de la resolución impugnada por haberse infringido el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/00 y el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014 que es de obligado cumplimiento ya que el recurrente era menor de edad

SEGUNDO.- Por la Administración demandada se alegó que se opone a la demanda presentada interesando la desestimación de la misma con confirmación de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022	
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	2/8	



TERCERO .-En primer lugar hay que destacar que el artículo 58 de de la ley Orgánica 4/2.000 reformada por las leyes 8/2000, 11/2003 , 14/2003 y 2/2009 establece: “.1. La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años.

2. Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años.

En las circunstancias que se determinen reglamentariamente, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero hubiera abandonado el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión.

3. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

4. En el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional.

Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

5. La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

6. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

7. La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.”



Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/		
		Página	3/8



CUARTO.- Una vez expuesto lo anterior hay que destacar que en la normativa citada no se establece la devolución como sanción debiendo destacarse además la STC 72/2005, de 4 de abril que precisa que "la denegación de la entrada en España regulada en el art. 24.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional. No concurre en ella la "función represiva, retributiva o de castigo" (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, Fundamento Jurídico 3º, y 132/2001, de 8 de junio, Fundamento Jurídico 3º), propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa constata la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario "como consecuencia de un ilícito" (STC 48/2003, de 12 de marzo, Fundamento Jurídico 9º) siendo además que en el artículo anteriormente referido se recoge expresamente que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de lo que resulta que la devolución no tiene naturaleza sancionadora y por tanto no será preceptiva la tramitación de expediente sancionador ni la audiencia del interesado, y en el presente supuesto resulta que nos encontramos ante una resolución que acuerda la devolución del recurrente por haber intentado entrar en nuestro país de forma irregular, y ello dado que se encontraba en una embarcación a la deriva en aguas cercanas a territorio español tal y como ha entendido en casos similares el TSJA con sede en Málaga, que la Administración ha procedido en todo momento de conformidad con lo establecido en la legislación aplicable y anteriormente expuesta y que no puede considerarse además que la resolución carezca de motivación ya que en la misma se recoge expresamente el nombre del interesado y las circunstancias, fecha y lugar en el que fue interceptado el recurrente así como los preceptos que son de aplicación lo que ha sido declarado suficiente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA con sede en Málaga.

QUINTO.- Llegados a este punto hay que destacar que el artículo 35 de la LOEX establece que: "...3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que



Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE	Página	4/8
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/		



precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.

5. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos...”

Por otra parte resulta que el **artículo 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril**, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 establece que: “En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE	Página	5/8
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/		



Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

2. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.


En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.”

5. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.” siendo además que por Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia se publicó **el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados** en el que se regulan los expedientes de determinación de edad de conformidad con lo establecido en el artículo 35.3 de la LOEX expuesto.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE	Página	6/8
Uri De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/		





SEXTO.- En el presente supuesto del examen del expediente resulta que al recurrente se le sometió únicamente a una prueba oseométrica que es insuficiente a los efectos de determinar de manera concluyente la edad no constando en modo alguno que se hubiera seguido el Protocolo oficial para la determinación de la misma ni que hubiera intervenido el Ministerio Fiscal no obrando copia del expediente que debió de seguirse en la Fiscalía por lo que al no haberse acreditado por la Administración que se haya llevado a cabo el procedimiento establecido en el Protocolo "MENA" procederá anular sin más la resolución impugnada por no ser conforme a derecho.

SEPTIMO .- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. procede imponer las costas a la Administración demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

QUE ESTIMANDO el presente recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D. representado por la Procuradora Dña María Angustias Martínez Sánchez Morales procede anular la resolución impugnada, todo ello con expresa condena en las costas de este procedimiento a la Administración demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y aclaración en el plazo de dos días ante este Juzgado.

Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el deposito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente (50 euros si se tratara de un recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, 30 euros si se tratara de un recurso de



Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE	Página	7/8
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/		





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

queja, o 25 euros en los demás casos) en la cuenta de este Juzgado en la entidad Banco de Santander con número 3135 0000 94 0814 19, lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*



Código Seguro De Verificación:	8Y12VQ52S59HKZ9R67B5WQ24TWGMDJ	Fecha	15/03/2022	
Firmado Por	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE	Página	8/8	
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/			