

R. CASACION núm.: 2683/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera
Bajo

**Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1426/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 29 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2683/2019, interpuesto por D. [redacted] representado por la procuradora D^a Sofía Pereda Gil, y dirigida por el letrado D. Marcelo Belgrano Ledesma, contra sentencia dictada por la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 22 de enero de 2019, desestimatoria del recurso de apelación nº 385/18, interpuesto contra la sentencia -nº 41/18, de 21 de marzo- del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Bilbao, que desestimó el recurso -P.A. 215/17- promovido contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de 24 de mayo de 2017, por la que - tras la incoación del procedimiento preferente previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los

extranjeros en España y su integración social- se acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de dos años de D. , conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1.a) de la citada Ley Orgánica.

Siendo parte recurrida **El Abogado del Estado**, en la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 385/2018, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 22 de enero de 2019, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación formulado por contra la Sentencia n° 41-2018 dictada el 21 de marzo por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1 de los de Bilbao en el Procedimiento Abreviado n° 215-2017 y, en consecuencia, la confirmamos.

La apelante soportará las costas procesales causadas en esta instancia.».

SEGUNDO. Contra la referida sentencia la representación procesal de D. preparó recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se tuvo por preparado mediante auto que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 23 de octubre de 2019, dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. _____ contra la sentencia -nº 23/19, de 22 de enero- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, desestimatoria del recurso de apelación nº 385/18, interpuesto contra la sentencia -nº 41/18, de 21 de marzo- del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Bilbao, que desestimó el recurso -P.A. 215/17- promovido contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de 24 de mayo de 2017, por la que -tras la incoación del procedimiento preferente previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- se acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de dos años de D. _____ conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1.a) de la citada ley orgánica.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar, si la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la LOEX -sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento- es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión material, lo que exige acreditar -no solo argumentar- que su tramitación ha privado concretamente al expedientado de posibilidades de defensa o le ha perjudicado por haberse adoptado la medida cautelar de internamiento, o se ha ejecutado inmediatamente la expulsión, impidiéndole abandonar voluntariamente nuestro país, privándole así de la posibilidad de solicitar la revocación de la prohibición de entrada, o, por el contrario, siempre supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación: artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 47 de la ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y artículo 7 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retomo de los nacionales de terceros países en situación irregular.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas de reparto.».

CUARTO. La representación procesal de D. _____ interpuso recurso de casación en el que termina suplicando a la Sala:

«1º) que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia -o auto- impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremos se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal -o Juzgado- de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia;

3º) y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la resolución de la SubDelegación del Gobierno en Vizcaya, que, en aplicación del artículo 53.1 a) de la L.O. 4/2000- acordó la expulsión, por estancia irregular de nacional de con prohibición de entrada por un período de dos años, en los términos solicitados en el escrito de demanda

1º) que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación, se acuerde y ordene la retracción de las actuaciones procesales de instancia al momento correspondiente al trámite en el que se cometió la irregularidad determinante de indefensión, concretamente la nulidad del procedimiento abierto preferente, debiéndose abierto uno por el procedimiento ordinario, al no darse las condiciones habilitantes para dicho procedimiento».

QUINTO. La Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, ejercitando las siguientes pretensiones:

«1º) Que desestime este recurso de casación y confirme la sentencia impugnada.

2º) Ello de acuerdo a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de oposición de los preceptos sobre los que se ha admitido este recurso de casación.»

Y termina suplicando a la Sala que «...dicte sentencia desestimatoria del mismo y confirmatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales.».

SEXTO. Mediante providencia de fecha 22 de julio de 2020, se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 27 de octubre de 2020 en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Las sentencias del Juzgado y de la Sala.

A).- La sentencia del Juzgado confirma la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de 24 de mayo de 2017, por la que se acuerda imponer a D. _____ nacional de _____ la sanción de expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de dos años, por haber cometido la infracción grave prevista en el apartado a) del art. 53.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero (LOEX), consistente en «encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

De todas las alegaciones que el recurrente formuló ante el Juzgado (detención irregular, inadecuación del procedimiento preferente, no práctica de la prueba solicitada, desproporción de la sanción, percepción de ayudas sociales y falta de justificación de la duración de la sanción de expulsión) debemos ceñirnos a la que alude a la inadecuación del procedimiento preferente por ser a la que se refiere la cuestión sobre la que debemos pronunciarnos, tal y como ha quedado delimitada en el auto de admisión.

Explica el Juzgado las circunstancias que determinaron la incoación del procedimiento de expulsión en los siguientes términos:

«en este caso el expediente incoado parte de una denuncia formulada por policías adscritos al Grupo II de la Brigada de extranjería y Fronteras de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco, como consecuencia de los servicios de vigilancia y control, del régimen de extranjería que en fecha 6 de abril de 2017, en la calle Cantera de Bilbao, y proceden a la identificación del ciudadano extranjero, y que al requerirle de documentación para que acreditase la identidad no exhibió ningún documento acreditativo, de ello no quedando acreditada su filiación, en aplicación de la LO 4/2015 fue informado de los derechos que le asisten como detenido por la aplicación de la Ley de Extranjería, entre otros de ser asistido de letrado, (folio 2 del expediente administrativo), siendo trasladado a dependencias policiales a fin de determinar su verdadera identidad, así como su situación administrativa en España, consultado el Registro Central de Extranjeros consta:

En fecha 26 de mayo de 2015, una salida obligatoria siendo su estado ordenado.

El 25 de mayo de 2015, solicitud de asilo, siendo su estado caducado.

En fecha 20 de febrero de 2015 solicitud de asilo, estado denegado.

El 21 de noviembre de 2014 documento de asilo, siendo su estado caducado.

En fecha 19 de mayo de 2014 documento de identidad asilo, siendo su estado caducado.

El extranjero no acredita medios de vida para atender a sus gastos de manutención y estancia.

Por lo que se acuerda la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador.»

En relación con la alegación atinente al procedimiento preferente seguido para acordar la expulsión, tras reproducir el contenido del art. 63 LOEX, el Juzgado razona lo siguiente:

«... Destacando entre otras st del TSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2011 en la que se señala respecto a la tramitación del procedimiento preferente que: La alegación, a juicio de la Sala, no tiene trascendencia en orden a la anulación de la resolución impugnada toda vez que, aún siendo discutible la tramitación por el procedimiento preferente en lugar del ordinario, el procedimiento preferente da suficientes posibilidades de alegación y de defensa como para afirmar que no se causa indefensión, lo que es exigible para proceder a anular el acto administrativo impugnado.

ST del TSJ del País Vasco de ,21 dé octubre de 2015 indica respecto a la tramitación del procedimiento preferente sin justificar :la tramitación del procedimiento preferente sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento (art. 234 RLOEX), constituye un defecto de forma que por si mismo no es invalidante de conformidad con lo dispuesto por el art. 63.2 LRJAP y PAC si no ha causado indefensión, de forma que la anulación de la resolución por dicha causa, no sólo exige argumentar que no concurren los supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente , sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concretas de defensa, o bien le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento o bien por haberse ejecutado inmediatamente la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español, privándole de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada.

El procedimiento preferente en este caso, a la vista de la denuncia se acordó con fundamentación suficiente el inicio del expediente por el procedimiento preferente, frente al mismo formuló el demandante alegaciones, en el plazo legalmente previsto, a las que se les dio cumplida respuesta en la propuesta de resolución, pero no se aporta por el recurrente prueba alguna que acreditara la inexistencia de elementos negativos que constan en dicha resolución, no se produce indefensión al recurrente, ya que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación que en general, tras la infracción de una norma procesal se impide a alguna de las partes el derecho de defensa, el recurrente tanto en vía administrativa como en esta vía jurisdiccional ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer su derecho proponiendo pruebas y efectuando alegaciones en defensa de sus intereses. Por todo ello aun

cuando, hubiera podido ser más correcto la tramitación del expediente sancionador por el procedimiento ordinario, y no el preferente en este caso, lo cierto es que no ha causado indefensión a la parte recurrente.»

B).- Recurrída en apelación por el Sr. ' la sentencia dictada por el Juzgado, el recurso es desestimado por la Sala del País Vasco.

La sentencia recurrida, ante la alegación de falta de justificación de los motivos por los que se aplicaba el procedimiento preferente en lugar del ordinario, resuelve su desestimación argumentando:

«Con relación a la importancia que haya de darse a la utilización de un procedimiento u otro la Sala tiene formado el criterio siguiente:

"la tramitación del procedimiento equivocado constituye un defecto de forma que por sí mismo no es invalidante de conformidad con lo dispuesto por el art. 63.2 LRJAP y PAC si no ha causado indefensión, de forma que la anulación de la resolución por dicha causa, no sólo exige argumentar que no concurren los supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente, sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concretas de defensa, o bien le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento o bien por haberse ejecutado inmediatamente la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español, privándole de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada".

Se trata, a salvo los supuestos excepcionales referidos, de una irregularidad no invalidante ya que en ambos tipos de procedimiento se reconocen al interesado las fases de alegaciones y prueba, por lo tanto no cabría, en principio, hablar de indefensión.

En el supuesto en estudio no especifica ... en qué medida concreta le ha podido afectar la premura de los plazos y se limita a alegar, de forma genérica, una por ello no más que hipotética indefensión".

Resulta por ello intrascendente el que se haya empleado uno u otro procedimiento.

Este criterio se ve confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio del presente año-recurso nº 333/2017.»

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

Precisa que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 LOEX -sin justificar

debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento- es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión material, lo que exige acreditar -no solo argumentar- que su tramitación ha privado concretamente al expedientado de posibilidades de defensa o le ha perjudicado caso de haberse adoptado la medida cautelar de internamiento, o se ha ejecutado inmediatamente la expulsión, impidiéndole abandonar voluntariamente nuestro país, privándole así de la posibilidad de solicitar la revocación de la prohibición de entrada, o, por el contrario, siempre supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora.

El auto identifica como normas que, en principio, debemos interpretar el art. 63 LOEX y los arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERO. El escrito de interposición.

En el escrito de interposición del recurso se alega que el recurrente «no se encontraba indocumentado estando en poder de la propia policía el original del mismo (al haberle sido intervenido como medida cautelar).

A su vez ya constaban en las Bases de datos policiales ADEXTRA los datos de los archivos del registro las actuaciones del mismo para llevar a cabo sus solicitudes de asilo, por lo tanto la Administración, en concreto, la relativa al control de Extranjería, era perfectamente conocedor de las circunstancias de identificación y de entrada en España del mismo.

tenía un domicilio conocido, ya que el estaba empadronado en desde el año 2014, mayo, siendo su domicilio actual c/

...El expediente se inicia únicamente por la carencia de documentación en el momento de su detención. Circunstancia que ha sido subsanada con la documentación presentada en las primeras alegaciones y con las que constan en la propia administración de extranjería, al estar identificado y huellado el señor el trámite de huellas y cotejo de documentación al que están obligados los extranjeros que solicitan el asilo o protección internacional.»

Tras extenderse en el análisis del contenido del art. 63 LOEX que regula el procedimiento preferente y sus diferencias con el procedimiento ordinario, alega que en este caso el acuerdo de incoación no ha tenido en cuenta que el procedimiento preferente sólo puede incoarse cuando concorra alguna de las

circunstancias que se mencionan en el art. 63.1 LOEX (riesgo de incomparecencia, dificultar la expulsión o riesgo para el orden público), y «[N]inguna de esas circunstancias concurren en el presente caso y, en todo caso, no se motivan en el acuerdo de incoación, pues no debe obviarse que el art. 235.1 RELOEX exige que el acuerdo de incoación esté motivado, lo que no concurre en el presente caso en el que dicho acuerdo se limita a consignar la presunta infracción por mí representada del art. 53.1 .a) LOEX, sin justificar -ni motivar- la concurrencia de ninguna de las circunstancias que se recogen en la nueva redacción del art. 63.1 LOEX.».

Y en relación con la cuestión aquí debatida, concluye el recurrente que «En suma: debió optarse por el procedimiento que más garantías otorgara al administrado, es decir, el procedimiento ordinario. La aplicación indebida del procedimiento preferente en lugar del ordinario provoca por sí solo un defecto de forma insubsanable que conduce a la nulidad del expediente, debiendo retrotraerse las actuaciones, habiéndole generado indefensión por mermar de forma considerable los plazos establecidos».

A continuación, se extiende el recurrente en las restantes alegaciones que efectuó en la instancia y que no son objeto del presente recurso de casación.

CUARTO. El escrito de oposición.

El Abogado del Estado en su escrito de oposición hace referencia al pronunciamiento de esta Sala contenido en nuestra Sentencia nº 1118/2018, de 2 de julio, cuya fundamentación reproduce, en la que se ha resuelto esta misma cuestión en sentido desestimatorio de la tesis del recurrente.

QUINTO. La cuestión que reviste interés casacional.

Son ya diversos los pronunciamientos efectuados por esta Sala sobre la cuestión que nos plantea el auto de admisión relativa a los efectos que haya de atribuirse a la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 LOEX, sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento ya que, tras la reforma llevada a cabo en dicho precepto por la LO 2/2009, cuando se invoca como causa de expulsión la prevista en el art. 53.1.a) LOEX (estancia irregular), sólo puede seguirse este procedimiento preferente en los tres casos que allí se mencionan: riesgo de incomparecencia, que se evitara o

dificultara la expulsión y riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Así, podemos mencionar nuestras sentencias de 2 de julio de 2018, rec. 333/2017 -citada en la propia sentencia recurrida-; 28 de enero de 2019, rec. 3964/2017; 5 de febrero de 2017, rec. 6379/2017; 24 de septiembre de 2019, rec. 3160/2018; 3 de diciembre de 2019, rec. 8013/2018; 30 de julio de 2020, rec. 4528/2018; o la de 11 de septiembre de 2020, rec. 3849/2019, entre otras.

Estos pronunciamientos nos recuerdan que la elección del procedimiento que se siga para acordar una decisión de expulsión, preferente u ordinario, no es una cuestión menor debido a las relevantes diferencias existentes en su respectivo régimen jurídico (arts. 63 y 63 bis LOEX), no sólo en relación con los plazos y trámites, más breves y simplificados en el procedimiento preferente, sino también con la posibilidad de acordar la medida cautelar de internamiento y con la ejecución inmediata de la expulsión sin plazo para su cumplimiento voluntario, características del procedimiento preferente que no concurren en el ordinario (por todas, STS de 2 de julio de 2018, rec. 333/2017, FJ 5). Por tanto, la Administración, cuando invoca la causa de expulsión prevista en el art. 53.1.a) LOEX, debe justificar que concurre alguna de las causas legalmente previstas que habilita la incoación del procedimiento preferente dados los muy distintos efectos jurídicos que la incoación de uno u otro procedimiento es susceptible de producir en la esfera de derechos e intereses del sometido al mismo, pero -también hemos dicho- sin que de ello deba seguirse necesariamente que la ausencia de tal justificación conlleve, invariablemente y de forma automática, consecuencias invalidantes al margen o que prescindan de la concreta situación de indefensión que tal deficiencia haya podido ocasionar.

Y así, esta jurisprudencia sostiene, por lo que aquí interesa y dicho en apretada síntesis, que en el supuesto de que concorra, efectivamente, alguna de las circunstancias que permiten la iniciación de este procedimiento de conformidad con el art. 63.1 LOEX, pero no se indique expresamente la elección del mismo en el acuerdo de incoación o no se indique la causa que permite su elección, se produce una irregularidad procedimental que no afecta

a la validez de la resolución adoptada, sin perjuicio de que, no obstante, de manera subjetiva se invoque y acredite indefensión para el interesado. Es decir, concurriendo causa justificativa de la aplicación del procedimiento preferente, la falta de justificación del inicio del mismo es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión, correspondiendo la prueba de la misma a quien la alega. Y esta doctrina debe aquí ser mantenida.

SEXTO. La interpretación que fija esta sentencia.

Por todo lo expuesto y dando respuesta a la cuestión que en el auto de admisión se considera de interés casacional, hemos de concluir, en congruencia con la declaración efectuada en las sentencias más arriba citadas, que ante la efectiva concurrencia de alguno de los supuestos que permiten la incoación del procedimiento preferente al amparo del art. 63.1 LOEX, la falta de indicación del mismo y consiguiente motivación insuficiente del acuerdo de iniciación del procedimiento preferente carece de trascendencia (virtualidad) invalidante.

SÉPTIMO. Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.

Pues bien, reiterada la anterior doctrina, en el caso de autos debemos rechazar el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco porque no se ha producido la indefensión del recurrente en el procedimiento preferente seguido -y así se argumenta por la sentencia recurrida- y, además, concurrían en este caso los requisitos exigidos para su incoación.

Aunque ni la sentencia del Juzgado ni la de la Sala abordan específicamente la cuestión relativa a la concurrencia de alguna de las tres causas justificadoras de la incoación del procedimiento preferente, pues centran su argumentación en la ausencia de indefensión del interesado -ausencia de indefensión que, como hemos anticipado, compartimos-, si

acudimos al expediente para la debida integración de los hechos, tal y como nos permite el art. 93.3 LJCA, debemos llegar a la conclusión de que en este caso concurría, efectivamente, una de dichas circunstancias, el riesgo de incomparecencia y, además, tal circunstancia se mencionaba expresamente en el acuerdo de incoación.

En efecto, en el acuerdo de iniciación de 6 de abril de 2017, se explica que el interesado, al haberse procedido a su identificación ese mismo día, se encontraba «sin domicilio conocido e indocumentado. Al requerirle el documento que acreditase tanto la identidad como el hecho de hallarse regularmente en España no exhibió ningún documento acreditativo de ello», y a continuación, se indica expresamente que se seguirá el procedimiento preferente «toda vez que en el filiado concurre riesgo de incomparecencia al no acreditar la identidad ni el domicilio». Por tanto, el acuerdo de iniciación justifica expresamente la concurrencia de una de las tres circunstancias que habilitan para la iniciación del procedimiento preferente, el riesgo de incomparecencia que derivaría de no haber acreditado la identidad ni el domicilio.

Asiste la razón al recurrente cuando matiza que su identidad sí se encontraba acreditada al inicio del procedimiento. Y efectivamente, a pesar de cuanto se indica en el acuerdo de iniciación sobre la falta de acreditación de la identidad, unido a dicho acuerdo se encuentra un acta de retirada del pasaporte del interesado, medida adoptada al amparo del art. 61.1.c) LOEX, que lleva la misma fecha, 6 de abril de 2017, a las 10:33 horas. Por tanto, al tiempo de acordarse la iniciación del procedimiento preferente sí estaba acreditada la identidad del interesado con su pasaporte que en ese mismo momento le fue retirado. Pero queda aún subsistente la ausencia de domicilio conocido al tiempo de acordarse el inicio del procedimiento, circunstancia de la que cabe por sí solo deducir el riesgo de incomparecencia apreciado, sin que tal conclusión se vea empañada por la aportación posterior, en fases ulteriores del procedimiento, de un volante de empadronamiento que reflejaba el domicilio del interesado, ya que no consta que se haya adoptado ninguna decisión que perjudicara a sus derechos o intereses atinente a su

internamiento o a la materialización de la decisión de retorno, pues nada se alega por aquél sobre sus concretas circunstancias a este respecto, ciñendo su alegación de indefensión -como se razona en la sentencia recurrida- a una genérica y abstracta invocación de la merma de los plazos del procedimiento, sin que precise ninguna repercusión subjetiva de tal acortamiento de los plazos legalmente establecido.

En definitiva, estaba justificada en este caso la iniciación del procedimiento preferente por riesgo de incomparecencia del interesado anudado a la ausencia de domicilio conocido, debiendo descartarse, asimismo, que se haya producido indefensión.

En consecuencia, procede la desestimación de este recurso de casación y la confirmación de la sentencia recurrida, en cuanto mantiene la legalidad de la resolución administrativa impugnada, sin que se advierta indefensión para el interesado.

OCTAVO. Pronunciamiento sobre costas.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 LJCA, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

Segundo. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. contra la sentencia de 22 de enero de 2019, dictada en el recurso de apelación núm. 385/2018, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Tercero. Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Segundo Menéndez Pérez

Rafael Fernández Valverde

Octavio Juan Herrero Pina

Wenceslao Francisco Olea Godoy

Inés Huerta Garicano

Francisco Javier Borrego Borrego

Angeles Huet de Sande



PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a Ángeles Huet de Sande, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia certifico.



R. CASACION/2683/2019