



Roj: **STS 265/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:265**

Id Cendoj: **28079130052020100019**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **23/01/2020**

Nº de Recurso: **3348/2019**

Nº de Resolución: **61/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1282/2019,**
ATS 8387/2019,
STS 265/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 61/2020

Fecha de sentencia: 23/01/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **3348/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **3348/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 61/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 23 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número **3348/2019** que ha sido interpuesto por el procurador D. José Manuel Merino Bravo en nombre y representación de D. Gumersindo, bajo la dirección letrada de Doña María Covadonga Fernández Arias, contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 2019 dictada por la Sección 4^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) en el Procedimiento Ordinario seguido con el número 458/2018, sostenido contra la resolución de 26 de marzo de 2018 del Subsecretario de Interior -por delegación del Ministro del Interior- que había acordado denegar su solicitud de protección internacional, mientras se encontraba internado en un CIE, así como la posterior desestimación de la petición de reexamen; habiendo comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado en defensa y representación de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sección 4^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 458/2018, dictó sentencia de fecha 13/02/2019, cuyo Fallo era del siguiente tenor literal: "Desestimar el recurso contencioso administrativo nº 458/2018 interpuesto por la representación procesal de D. Gumersindo, contra la resolución del Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro, de fecha 28 de marzo de 2018, por la que se desestima la petición de reexamen de la resolución del mismo órgano de fecha 26 de marzo de 2018, que le deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria".

SEGUNDO: Notificada a los interesados, la representación procesal de D. Gumersindo preparó el recurso de casación contra la sentencia, y la Sala Contencioso-Administrativa de la AN dictó resolución teniendo por preparado el mismo y emplazando a las partes por treinta días para ante este Tribunal de Casación.

Recibidas las actuaciones, y personada la recurrida, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal dictó Auto de 18 de julio de 2019, que acuerda: " 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº **3348/2019** preparado por la representación procesal de D. Gumersindo, contra la sentencia -13 de febrero de 2019-, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 458/2018, deducido frente a la resolución de 26 de marzo de 2018 del Subsecretario de Interior -por delegación del Ministro del Interior- que había acordado denegar su solicitud de protección internacional -presentada el 21 de marzo de 2018- mientras se encontraba internado en un CIE, así como la posterior desestimación de la petición de reexamen-28 de marzo de 2018.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar la extensión de la remisión efectuada en el artículo 25.2 (solicitud de protección internacional presentada en un Centro de Internamiento para Extranjeros) al artículo 21 (solicitud de protección internacional presentada en un puesto fronterizo), ambos de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, a efectos de concretar si el plazo fijado en el artículo 21, debe computarse por horas y con exclusión de los días inhábiles y en su caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de la superación del plazo fijado en el artículo 21, especialmente del fijado para denegar la solicitud de protección internacional por concurrir alguno de los supuestos en él establecidos, cuando se trate de una solicitud de protección internacional presentada en un CIE.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación: artículos 21 y 25.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. [...]"

TERCERO: La representación procesal del recurrente, dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala: "que teniendo por presentado este escrito tenga por formulado recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional anteriormente citada y tras la tramitación pertinente dicte sentencia por la que se revoque la sentencia recurrida y se estime el recurso contencioso administrativo interpuesto y se declare la doctrina anteriormente expuesta".

CUARTO: El Abogado del Estado se opuso al recurso de casación promovido y, se dictó providencia señalando para su deliberación, votación y fallo el 18 de diciembre de 2019, fecha en la que se inició, prolongándose

la deliberación hasta el 15 de enero de 2020. No estando conforme con la opinión de la mayoría, el Excmo. Magistrado Ponente propuso la intención de formular voto particular y el Excmo. Sr. Presidente encomendó la redacción de la misma al Magistrado firmante, según previene el artículo 206, 1 y 2 LOPJ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia -13 de febrero de 2019-, desestimatoria del recurso contencioso- administrativo nº 458/2018, interpuesto por la representación procesal de D. Gumersindo, contra la resolución de 26 de marzo de 2018 del Subsecretario de Interior -por delegación del Ministro del Interior- que había acordado denegar su solicitud de protección internacional -presentada el 21 de marzo de 2018- mientras se encontraba internado en un CIE, así como la posterior desestimación de la petición de reexamen -28 de marzo de 2018-.

La Sala de instancia confirmó la resolución impugnada al considerar que la resolución de denegación, no había superado el plazo fijado en el artículo 21 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, aplicable por remisión del artículo 25.2 de la misma Ley, que regula el procedimiento para las solicitudes del reconocimiento del derecho de asilo presentadas en puesto fronterizo.

SEGUNDO: Por Auto de la sección de Admisión de 18 de julio de 2019, se acordó <<Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar la extensión de la remisión efectuada en el artículo 25.2 (solicitud de protección internacional presentada en un Centro de Internamiento para Extranjeros) al artículo 21 (solicitud de protección internacional presentada en un puesto fronterizo), ambos de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, a efectos de concretar si el plazo fijado en el art. 21, debe computarse por horas y con exclusión de los días inhábiles y en su caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de la superación del plazo fijado en el artículo 21, especialmente del fijado para denegar la solicitud de protección internacional por concurrir alguno de los supuestos en él establecidos, cuando se trate de una solicitud de protección internacional presentada en un CIE>>.

TERCERO: Razonaba la sentencia recurrida que <<Para que un plazo establecido por días en una norma con rango de ley se compute por horas, apartándose del tenor literal de la misma, deben concurrir unas razones muy excepcionales, que apreció el Tribunal Supremo en el caso de las solicitudes en frontera, teniendo en cuenta que el extranjero "ha de permanecer en el puesto fronterizo" y "en las dependencias adecuadas" mientras se resuelve su petición de asilo y la solicitud de reexamen. Ahora bien, la situación del solicitante que se encuentra en un CIE es distinta, pues no está internado en virtud de su solicitud de asilo y mientras se tramita la misma, sino como consecuencia de un expediente de expulsión- artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 - y con autorización judicial, con la subsiguiente determinación de la duración máxima de sesenta días ex artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000. De modo que, una vez transcurrido dicho plazo debería ser puesto inmediatamente en libertad, con independencia de que se estuviera tramitando una solicitud de asilo, la cual determina, no obstante, que se suspenda la ejecución de la resolución de expulsión, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de protección internacional (art.64. 50 LO4/2000 y art. 19. 20 Ley 12/2009)>>.

CUARTO: El artículo 21 de la Ley 12/2009 dispone que:

<<1. Cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 20. En todo caso, la resolución deberá ser notificada a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación.

2. Asimismo, el Ministro del Interior podrá denegar la solicitud mediante resolución motivada, que deberá notificarse a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación, cuando en dicha solicitud concorra alguno de los siguientes supuestos:

a) los previstos en las letras c), d) y f) del apartado primero del artículo 25;

b) cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave.

3. El plazo previsto en el apartado anterior se ampliará hasta un máximo de diez días por resolución del Ministro del Interior, en los casos en los que, por concurrir alguna de las circunstancias previstas en la letra f) del apartado primero del artículo 25, el ACNUR, de manera razonada, así lo solicite.

4. Contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla hubiese sido presentada.

5. El transcurso del plazo fijado para acordar la inadmisión a trámite, o la denegación de la solicitud en frontera, la petición de reexamen, o del previsto para resolver el recurso de reposición sin que se haya notificado la resolución de forma expresa, determinará su tramitación por el procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional de la persona solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente>>.

El art. 25.2, establece que: <<Cuando la solicitud de protección internacional se hubiera presentado en un Centro de internamiento para Extranjeros, su tramitación deberá adecuarse a lo dispuesto en el art. 21 de esta Ley para las solicitudes en frontera. En todo caso, presentadas las solicitudes en estos términos, aquellas que fuesen admitidas a trámite se ajustarán a la tramitación de urgencia prevista en el presente artículo>>.

QUINTO: Esta Sala, en sentencia de 23 de septiembre de 2019, ha señalado sobre el juego de los preceptos que han de ser interpretados lo siguiente:

<<En tal sentido, el alcance de la remisión normativa viene determinado por el legislador atendiendo a los presupuestos de los que parte, que se reflejan en el precepto remitente (art. 25.2 de la Ley 12/2009), y las precisiones que al respecto se contemplan en el precepto de remisión (art. 21). Así en el primero se parte de la presencia del solicitante en territorio español, internado en un CIE, y se remite para la tramitación de la solicitud a lo dispuesto en el art. 21, pero precisa que, en todo caso las solicitudes que fueran admitidas se ajustarán a la tramitación de urgencia prevista en este artículo 25. De manera que ya en este artículo se contienen delimitaciones sobre la remisión efectuada.

Del mismo modo en el art. 21 se contempla los supuestos de inadmisión a trámite y de denegación de las solicitudes, con referencia a los supuestos del art. 20 y del art. 25, respectivamente, precisando los plazos en que han de notificarse las correspondientes resoluciones, así como la posibilidad de solicitar reexamen y el plazo para notificar esta resolución, estableciendo en el apartado 5 los efectos de la superación de estos plazos sin que se haya notificado la oportuna resolución, tomando en consideración la situación de quienes formulan sus solicitudes desde puesto fronterizo, efectos que en cuanto se predicen con carácter general para todas las solicitudes sujetas a la indicada tramitación, habrán de valorarse y adaptarse a la situación de quienes se encuentran ya en territorio español internados en un CIE, que es lo que hace la Sala de instancia en las resoluciones impugnadas.

Se desprende de todo ello el alcance de la remisión al art. 21 efectuada por el legislador en el art. 25.2 de la Ley 12/2009, que resulta condicionada y delimitada por el presupuesto del que parte, internamiento del solicitante en un CIE, al que ha de acomodarse la aplicación de la tramitación establecida en el precepto de remisión.

Pues bien, la Sala de instancia, como se ha señalado antes transcribiendo sus razonamientos, efectúa una valoración de los efectos del incumplimiento de los plazos de resolución de las solicitudes adaptada a la situación de los solicitantes internados en un CIE, señalando expresamente que "no debemos autorizar la entrada en territorio español, pues, por una parte el extranjero ya se encuentra en dicho territorio y por otra su internamiento se encuentra autorizado por una decisión judicial" y que ha de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 19.1 de la referida Ley 13/2009, según el cual: "solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o esta no sea admitida", que es la resolución que finalmente se adopta por la misma como medida cautelar, en una valoración circunstanciada de la normativa aplicable como justificación de su adopción y garantía del derecho del solicitante de asilo a un "recurso efectivo" ante un órgano jurisdiccional que, como expresamente se indica en el auto impugnado de 3 de abril de 2018, desestimatorio del recurso de reposición, se reconoce en el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE>>.

SEXTO: Por fin, en la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019, recaída en el recurso 2459/2019, hemos concluido: <<La controversia surge en cuanto a la forma de computar tales plazos, al mantener la parte recurrente que la interpretación dada por la jurisprudencia de esta Sala para las solicitudes formuladas en frontera no es aplicable a las que se formulan desde un CIE, dado que dicho criterio jurisprudencial venía determinado y respondía a las excepcionálísimas circunstancias que concurrían en dichas solicitudes, estancia en frontera, sin resolución judicial, que requiere una urgente respuesta, lo que no ocurre con las

peticiones formuladas por los internos ingresados en un CIE, en virtud de resolución judicial, adoptada en procedimiento contradictorio y con un plazo de estancia de 60 días, por lo que la respuesta no requiere la misma urgencia.

Sin embargo, la fundamentación de esta postura no toma en consideración circunstancias que impiden compartirla. Así, en primer lugar, la jurisprudencia de esta Sala, plasmada, entre otras, en las sentencias invocadas de 30 de junio de 2006 (rec. 5386/2003) y 5 de diciembre de 2007 (rec.4050/2004) no se limita a justificar el referido cómputo de plazos en razón de las especiales circunstancias en que se encuentra el solicitante en frontera y tampoco es esta la razón determinante de la doctrina establecida, cuyo fundamento y razón de ser responde a la consideración por este Tribunal de que el art. 5 de la Ley 5/84 -que corresponde, con sus modificaciones, al art. 21 de la Ley 12/2009- establece un régimen especial para el cómputo de los referidos plazos, en cuanto no se computan desde un día determinado sino desde un momento específico, especialidad o excepción al régimen general que autorizaba el art. 48.1 de la Ley 30/92 y autoriza el art. 30.1 de la actual Ley 30/2015. Así se refleja en la sentencia de 5 de diciembre de 2007, cuando razona: "Esta Sala ha dicho en STS de 30 de junio de 2006, recurso de casación 5386/03, que el cómputo de los dos días referidos en el artículo 5-7 de la Ley 5/84 no ha de regirse necesariamente por lo dispuesto en el artículo 48-4 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (con la consecuencia, entonces, de que el cómputo habría de comenzar al día siguiente de la notificación —artículo 48-4— y de que en él habrían de excluirse los días inhábiles, —artículo 48-1—), y ello por las siguientes razones:

1ª.- La propia regulación de la Ley 30/92 admite que por Ley puedan establecerse otros cómputos. Y ello es lo que ocurre en la Ley 5/84, cuyo artículo 5.7 computa el plazo de dos días para la resolución sobre el reexamen no desde un día determinado, sino desde un momento específico, a saber, desde "la presentación" de la petición de reexamen. Se trata de una norma con rango de Ley que contiene una regulación especial y distinta en beneficio de la urgencia que el caso requiere, como veremos.

2ª.- La Ley 5/84, de 26 de Marzo, regula en su artículo 5 un procedimiento para decidir sobre la inadmisión a trámite y sobre la solicitud de reexamen que se rige por los principios de rapidez y urgencia; buena prueba de ello es que el plazo para solicitar el reexamen se fija por horas (veinticuatro horas desde la notificación de la inadmisión), lo que no es frecuente en el Derecho Administrativo (v.g., en la propia Ley 30/92 sólo se hace referencia a plazos por horas en los artículos 24-1-a) y 27-3, con referencia a ciertos extremos del funcionamiento de los órganos colegiados, y, fuera de ella, apenas si hay ejemplos distintos a la regulación del derecho de reunión por Ley 9/1983, de 15 de Julio). Así que el establecimiento de plazos por horas es rigurosamente excepcional en el Derecho Administrativo.

3ª.- Un procedimiento en que la persona tiene limitada su libertad de movimientos (v.g. artículo 5.7, párrafo tercero de la Ley 5/84, a cuyo tenor el interesado ha de "permanecer en el puesto fronterizo" y en las "dependencias adecuadas" mientras se resuelve la petición de asilo y la solicitud de reexamen), no se compadece en absoluto con un sistema de cómputo que, por excluir los días inhábiles, puede retrasar la resolución de forma sustancial, al ser posible que se sucedan en el tiempo varios días festivos seguidos mezclados con días hábiles, no siendo infrecuente, como la experiencia señala, que, según ese cómputo, un plazo de dos días pueda convertirse en uno de cuatro. Esta posibilidad es contraria a los principios de celeridad y urgencia que rigen el procedimiento de inadmisión a trámite y reexamen en las solicitudes de asilo.

Y no cabe decir que el Reglamento 203/95 ya previene en su artículo 20-1-d) que el solicitante sólo puede permanecer en las dependencias fronterizas un plazo máximo de 72 horas, porque ese es un plazo máximo, y cualquier interpretación que, dentro de ese plazo, alargue la permanencia en las dependencias fronterizas debe ser descartada como contraria a la rapidez y urgencia del procedimiento.

En consecuencia, el plazo de dos días debe computarse de hora a hora, o de momento a momento, y sin exclusión de días inhábiles; y si ese plazo se supera, según lo dicho más arriba, la solicitud de admisión a trámite debe entenderse concedida por ministerio de la Ley, según el artículo 5.7, último párrafo, de la Ley 5/84."

En segundo lugar, la diferente situación del solicitante en frontera y de quien formula la solicitud desde un CIE es perfectamente conocida por el legislador, que en el ejercicio de su función normativa efectúa la correspondiente valoración, cuyo resultado se plasma en la norma positiva, en este caso el art. 25.2, en el que remite a la misma tramitación sin establecer distinción en cuanto a un aspecto tan esencial como es el cómputo de los plazos, de manera que donde el legislador no ha distinguido no cabe, en contra de sus determinaciones, introducir una diferencia no querida por la norma.

Podría oponerse a este planteamiento que el legislador no precisaba establecer diferencias en cuanto el art. 21 contempla o se refiere al régimen general de cómputo de los plazos por días, considerando que el régimen especial responde únicamente a la doctrina o criterio jurisprudencial. Pero, como resulta de dicha jurisprudencia, no es ese el caso, sino que es la interpretación, antes del art. 5 de la Ley 5/84 y ahora del art. 21,

la que lleva a considerar que en tales preceptos se establece un régimen especial del inicio del cómputo de los plazos establecidos por días distinto del régimen general de la legislación sobre procedimiento administrativo.

Como se desprende de los arts. 48.1 de la Ley 30/92 y 30.1 de la Ley 39/2015, el régimen general del cómputo de los plazos por días establecido en los mismos, deja a salvo que por Ley o en el Derecho de Unión Europea se disponga otro cómputo, que es lo que se apreció en las citadas sentencias de este Tribunal en relación con el art. 5 de la Ley 5/84, en cuanto el plazo de dos días para la resolución sobre el reexamen no (se computa) desde un día determinado, sino desde un momento específico, a saber, desde "la presentación de la petición de reexamen", aparte de otras previsiones de plazos por horas que no se contempla en el actual art. 21 de la Ley 12/2009.

Pero sí se mantiene en este art. 21 un régimen especial para la determinación del *dies a quo* en el cómputo de los plazos establecidos en el mismo, imponiendo en el número 1 al Ministerio el deber de notificar la resolución de inadmisión a trámite a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días, desde su presentación, no desde una determinada fecha, y lo mismo sucede con la resolución denegatoria de la solicitud, a que se refiere el número 2. Así resulta también del número 4 en cuanto a la petición de reexamen, desde su notificación, no desde una fecha. Y más claramente, en el mismo número 4 se establece que el plazo de dos días en el que el Ministerio del Interior debe notificar al interesado la resolución sobre la solicitud de reexamen se computará "desde el momento en que aquella hubiese sido presentada".

Todas estas previsiones sobre el cómputo de los plazos establecidos en dicho precepto resultan incompatibles con la regla general del cómputo de los plazos señalados por días, que se establece en los arts. 48.4 de la Ley 30/92 y art. 30.3 de la Ley 39/2015, según los cuales: "los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo", de manera que la aplicación de este criterio general, como se defiende en el recurso de casación, llevaría a desconocer las determinaciones que el legislador ha establecido sobre el momento de inicio del cómputo de los plazos del art. 21 de la Ley 12/2009, trasladándolo del momento de la presentación o la notificación, al que se refiere la Ley, al día siguiente, lo que supone identificar indebidamente momentos con fechas o días, siendo que constituyen conceptos jurídicos de distinto alcance que el legislador utiliza valorando la naturaleza y circunstancias del trámite o procedimiento, cuyas determinaciones han de mantenerse en la interpretación y aplicación de la norma.

Por todo ello y en respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso, ha de concluirse: que es aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas en un Centro de internamiento de Extranjeros el plazo para dictar la resolución denegatoria establecido para cuando dicha solicitud se presente en frontera en los términos establecidos por la jurisprudencia de esta Sala, de manera que la falta de respuesta en plazo produce los efectos previstos en dicho precepto teniendo en cuenta la situación del solicitante que se encuentra internado en un CIE, efectos que no desaparecen por el hecho de que con posterioridad se dicte la resolución correspondiente.>>

SÉPTIMO: De conformidad con lo hasta aquí expuesto, a la cuestión que presenta interés casacional objetivo, debemos responder que el reenvío que efectúa el art. 25.2 al art. 21, ambos de la Ley 12/2009, es integral al procedimiento, del que los plazos constituyen un elemento fundamental por los efectos que su inobservancia puede acarrear, efectos que, con carácter general, serán los señalados en el art. 19; esto es, que la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud.

OCTAVO: A partir de la doctrina que hemos dejado expuesta, debemos concluir que conforme al art. 21, al que se remite el art. 25 de la Ley 12/2009, el transcurso del plazo, fijado para acordar la inadmisión a trámite sin que se haya notificado la resolución de forma expresa, determinará su tramitación por el procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional de la persona solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente.

En el presente caso, la solicitud de protección internacional se realizó el 20 de marzo de 2018, a las 13:13 horas, y la notificación de la resolución denegatoria se efectuó el día 26 de marzo de 2018, a las 17:00 horas, cuando ya habían transcurrido más de cuatro días. Consecuentemente, superado en este caso el plazo para inadmitir o denegar la solicitud de asilo, debió iniciarse la tramitación del procedimiento ordinario, sin que, por aplicación del art. 19, el recurrente pueda ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud.

NOVENO: Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4 en relación con el art. 139.3 y 139.2 LJCA, no se efectúa pronunciamiento respecto de las costas causadas en casación al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento de derecho octavo:

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Gumersindo , contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2019, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 458/2018, interpuesto por su representación procesal, contra la resolución de 26 de marzo de 2018 del Subsecretario de Interior -por delegación del Ministro del Interior- que había acordado denegar su solicitud de protección internacional -presentada el 21 de marzo de 2018- mientras se encontraba internado en un CIE, así como la posterior desestimación de la petición de reexamen -28 de marzo de 2018-.

Declarar la nulidad de la resolución recurrida por ser contraria al ordenamiento jurídico, y conforme a la doctrina que hemos dejado expuesta, condenar a la Administración a iniciar la tramitación del procedimiento ordinario, sin que, por aplicación del art. 19, el recurrente pueda ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

Segundo Menéndez Pérez Rafael Fernández Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Inés Huerta Garicano César Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

VOTO PARTICULAR

del Excmo. Sr. Magistrado Don Javier Borrego Borrego a la sentencia dictada en el recurso de casación número **3348/2019**.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 206.1 LOPJ, y tras haber declinado la redacción de la sentencia y anunciado voto particular a la misma, expreso, como ya expuse en la deliberación los días 18 de diciembre de 2019 y 15 de este mes, mi disenso con la sentencia acordada.

Con respeto. Y con pesar.

Con el máximo respeto personal y profesional, algo inherente a la condición de miembro de un tribunal en el que, como debe ocurrir, se es magistrado, en lugar de se está de magistrado. A lo largo de mi vida profesional, he sido operador jurídico, como Secretario Judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia), Abogado del Estado, Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ahora en el Tribunal Supremo. La distinción en la lengua española entre ser y estar, es innecesario explicarla, y aunque la expresión del respeto máximo a los compañeros de la Sección resulta obvia, cumplo con el rito con convencimiento y placer.

Y con pesar. Tras un año ejerciendo funciones jurisdiccionales en el Tribunal Supremo, éste es el primer voto particular que formulo, por disentir de la reducción de la sentencia a la cuestión del cómputo del plazo para resolver la solicitud de asilo en el CIE, sin analizar la conducta fraudulenta del solicitante de asilo en el CIE, que en un caso prácticamente idéntico (y el presente con circunstancias aún más llamativas), resolvió esta misma Sección en su sentencia de 29 de octubre del pasado año, hace menos de tres meses, recurso 1059/2018, declarando fraude de ley y abuso del derecho por el solicitante.

Con arreglo al art. 260.1 LOPJ, se redacta este voto particular en forma de sentencia.

Se aceptan los **ANTECEDENTES DE HECHO** primero a cuarto, si bien se completa el **AH** Primero con el siguiente texto:

"De los antecedentes obrantes en el recurso seguido ante la AN consta:

1.- Que D. Gumersindo , quien había entrado y permanecido en España desde el año 2003, fue objeto de una orden de expulsión por la Subdelegación del Gobierno en Alicante en fecha 7 de marzo de 2007, con prohibición de entrada de cinco años, ejecutada en fecha 15 de noviembre de 2012. En fecha 8 de enero de 2015, y al haber sido identificado nuevamente en España, vuelve a dictarse una orden de devolución por la Subdelegación del Gobierno en Álava en fecha 8 de enero de 2015, ejecutada el 27 de febrero de 2015, reiniciándose el cómputo de prohibición de entrada en territorio Schengen, y por lo tanto la prohibición de entrada está vigente hasta el 27 de febrero de 2020.

2.- D. Gumersindo , en su solicitud de Protección Internacional en el CIE de Madrid, afirma haber entrado nuevamente en España, tras haber salido en autobús desde Georgia (Batumi) en marzo/abril de 2017 para trabajar en Artana (capital de Kazajistán), y de allí en avión el 23 de abril 2017 a Turquía (Estambul) y desde allí también por avión a Hungría (Budapest), entrando en España (aeropuerto de Barcelona) el 25 de abril de 2017.

3.- El 18 de febrero de 2018, D. Gumersindo es identificado y detenido en Vitoria por carecer de autorización para entrar en España.

4.- El Subdelegado de Gobierno en Vitoria acuerda el 19 de febrero de 2018 la devolución a su país de origen del ciudadano de nacionalidad georgiana D. Gumersindo .

5.- La magistrada titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz, el 20 de febrero de 2018 acuerda por auto el ingreso de D. Gumersindo en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) de Madrid, por un plazo de 60 días. Privado únicamente de la libertad deambulatoria, para garantizar su expulsión de España.

6.- El 20 de marzo de 2018 D. Gumersindo , asistido de abogada de su elección, presenta en el CIE de Madrid solicitud de asilo, y como última declaración dice: "pido como un favor para que me quede en España para estar con mi familia".

Y 7.- Tras el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, (ACNUR), quien no aprecia motivos para el asilo pretendido, en fecha 26 de marzo de 2018 le es denegada la solicitud. Presentada el mismo día petición de reexamen de la resolución denegatoria, le es desestimada tal petición el día 28".

En relación a los **FUNDAMENTOS DE DERECHO**, se aceptan los FD Primero a Séptimo, y por tanto el modo de cómputo del plazo de cuatro días naturales, y se sustituye el **FD Octavo** por el siguiente texto:

"OCTAVO.-

Uno.- El artículo 17.2 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece que la presentación de la solicitud de protección internacional mediante comparecencia personal de los interesados "deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo de un mes desde la entrada en el territorio español".

(La derogada Ley de Asilo, Ley 51/1984, no determinaba plazo, señalando únicamente en su artículo 4.1 "siempre que se presente (la solicitud) sin demora a las Autoridades". El Reglamento de dicha Ley, aprobado por RD 1995, precisaba en su artículo 7 que la solicitud se debería presentar "en el plazo de un mes", en alguna de las dependencias competentes para la recepción de la solicitud señaladas en el art. 4 de dicho Reglamento entre las que no figuraban los centros de internamiento de extranjeros. La vigente Ley de Asilo de 2009 establece, en texto legal ahora, el plazo de un mes, y admite la presentación de asilo en un CIE)

D. Gumersindo , tras sus dos estancias y expulsiones reseñadas en el AH Primero, regresó careciendo de autorización para la entrada en España, el 25 de abril de 2017 por Barcelona, siendo identificado y detenido el 18 de febrero de 2018 en Vitoria, decretándose orden de expulsión el mismo día.

Por razonada resolución judicial para garantizar su expulsión, (que sería la tercera), es ingresado en el Centro de Internamiento de extranjeros (CIE de Madrid), y asistido de abogada de su libre elección, presenta solicitud de protección internacional el 20 de marzo de 2018, es decir, a los trece meses de su entrada careciendo de autorización en España. (En el recurso 1059/2018, antes mencionado, y que concluyó por sentencia de 29 de octubre de 2019, el solicitante fraudulento de asilo llevaba "casi cinco meses cuando solicitó la protección internacional" En el presente caso, más del doble de dicho tiempo, de estancia no autorizada en España).

Dos.- En la sentencia de la AN impugnada, en el FD Primero se afirma: "Además, había estado en nuestro país en 2003, 2012 y 2015, sin que en sus alegaciones aporte ningún argumento que explique razonablemente tal demora, lo que resta credibilidad a la necesidad de protección demandada".

Esta afirmación, que la sentencia recurrida no desarrolla, determina que esta Sala, de conformidad con el auto de admisión reflejado en el AH Segundo, entre a examinar esta demora que multiplica por más de diez el plazo para solicitar el asilo, conforme al artículo 17.2 de la ley 12/2009 antes citado "[...]sin demora y en todo caso en el plazo de un mes desde la entrada en el territorio español".

Abunda en esta consideración del recurso, el propio auto de admisión, (AH Segundo in fine) cuando afirma: "[...]sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras (normas), si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso".

Así ocurrió en la sentencia de esta misma Sección y Sala de 29 de octubre de 2019 antes citada.

Tres.- La presentación de la solicitud de asilo transcurrido y con tanto exceso, el plazo de un mes señalado legalmente, es considerada en la jurisprudencia de este Tribunal como: "una conducta fraudulenta de quien,

teniendo una orden de expulsión, busque en la solicitud de asilo el medio para evitar su inmediata ejecución. Se trataría, así, de una presunción de fraude, cuyo correcto análisis exige consideraciones distintas de las que ahora nos ocupan [...]". "Lo que sí es lógico presumir en quien se mantiene durante ese tiempo en situación de estancia ilegal, con el consiguiente riesgo de ser expulsado, es que esta consecuencia no le atemoriza. O que no hay en él el temor de ser perseguido ni la imperiosa necesidad de ser protegido, de buscar refugio, en suma" (Sentencia de esta Sala de fecha 23 de junio de 2004, rec. 3411/2000, analizando el artículo 7.2 del Reglamento de la Ley de Asilo de 1994, argumento que se repite idéntico en la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2009, rec. 5419/2006 y otras).

Cuarto.- El artículo 6.4 del Código Civil dispone: "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir".

De las circunstancias del presente caso, reseñadas en el AH Primero, debe concluirse lógicamente y atendidas las referidas circunstancias, que la solicitud de asilo del recurrido se presentó en fraude de Ley: Una demora de trece meses en presentarla desde su entrada, por tercera vez en España, vigente una orden de no entrada, y únicamente presentada cuando es identificado y detenido en Vitoria, e ingresado, por resolución judicial, en el CIE de Madrid.

No solamente dichas circunstancias, sino también el hecho de no apreciar el ACNUR motivo alguno para su consideración de necesitado de asilo, así como la renuncia del solicitante a intentar acreditar, aunque sea mínimamente, la existencia de circunstancias justificadoras de la protección internacional.

La resolución sobre la solicitud de asilo en un CIE, por los artículos 25.2 y 21,5 de la Ley 12/2009, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala, debe resolverse en el plazo de cuatro días naturales, desde el momento de la solicitud, y si transcorre dicho plazo, se "determinará su tramitación por el procedimiento ordinario, así como la entrada y permanencia provisional de la persona solicitante" (21.5 ley 12/2009).

Este cambio de procedimiento, del urgente del artículo 25 (tramitación de urgencia, resolución en cuatro días naturales), al procedimiento ordinario, resolución en seis meses, (artículo 24.3 de la Ley 12/2009), determina la salida del ingresado en el CIE del mismo, y el "fracaso" del auto judicial acordando su ingreso en el CIE para garantizar la expulsión. El art. 1.2 del Real Decreto 162/2014 de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de internamiento de extranjeros, define a los mismos como "establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio de Interior, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión [...]"

El recurrente, en su escrito de preparación del recurso, resalta en negrita la consecuencia de la denegación tardía, (en este caso, desde el martes 20 de marzo de 2018 a las 1713 horas, al lunes 26 del mismo mes), tras su estudio y petición y evacuación de informe al ACNUR, de la contestación negativa del mismo). La consecuencia de esta demora es la obligatoriedad de seguirse entonces el procedimiento ordinario, pero se cuida el recurrente de no resaltar en negrita la otra consecuencia de la resolución transcurridos cuatro días: *autorización de entrada y permanencia provisional, en España*.

Toda la actuación del recurrente se centra en el exceso del plazo de cuatro días en la resolución denegatoria, sin pretender en absoluto justificar la existencia de alguna circunstancia de necesidad de protección internacional, determinada en los artículos 3, 6 y 7 de la ley 12/2009, de Asilo. Y se insiste en el informe del ACNUR de inexistencia de motivos de asilo en D. Gumersindo .

El fraude de Ley en el presente caso en la presentación de la solicitud de asilo es palmario, y así debe declararse.

Cinco.- En nuestra anterior sentencia de 29 de octubre de 2019, citada antes, afirmábamos que la presentación de la solicitud en el CIE se realizó en fraude de ley, que en el caso resuelto por dicha sentencia, calificábamos de "grosero". En el presente caso supera incluso ese calificativo, y al igual que en el recurso 1059/2018 afirmábamos la existencia también de un ejercicio antisocial del derecho de asilo por el recurrente, un abuso de derecho definido en el artículo 7.2 del Código Civil, aquí y en este caso debemos así declararlo también.

En dicha sentencia decíamos: "El daño a todos los verdaderos refugiados que causa el Sr. Ezequias es inmenso, pues él y otros muchos como él, que incurrn en el fraude de ley del art. 6.4 Código Civil, impiden a la Administración prestar la atención que merecen los que de verdad y fundadamente reclaman la protección internacional. Y la institución del asilo se agrieta o se prostituye, perdiendo su trascendencia humanitaria por su uso fraudulento y además abusivo en este caso". Y esta afirmación es reiterada, pues en la página web del Ministerio de Interior se recoge que, frente a 107.542 solicitudes de asilo en los once primeros meses de 2019, solamente se concedió el Estatuto de refugiados a 1.473 solicitantes.



En la resolución del presente recurso, se debe analizar y contestar a la cuestión de interés casacional (sobre el cómputo del plazo para resolver) planteada en el Auto de Admisión. Pero el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta, como ya ocurrió en un caso precedente, de los artículos 6, 4 y 7.2 del Código Civil, y examinar y decidir, si había un fraude de ley y un abuso de derecho en la solicitud de asilo. Reducir la resolución del presente recurso al modo correcto del cómputo del plazo, e ignorar que, antes del plazo para resolver la solicitud, existía un claro fraude de ley en la presentación de la misma. La finalidad perseguida por la presentación fraudulenta de la solicitud era evitar la expulsión, acordada administrativamente y garantizada su efectividad por decisión judicial, a través del cambio de procedimiento, que suponía la autorización de entrada y permanencia en España.

La sentencia impugnada de la AN, aunque vislumbra el fraude de ley, desestima el recurso en base a un meritorio esfuerzo de interpretación del cómputo del plazo de la resolución administrativa de denegación de asilo, lo que conduce a rechazar en dicha sentencia el cambio de procedimiento al ordinario (seis meses), sin tener lugar la consecuente salida del CIE y permanencia en España del recurrente.

Y Seis.- Por ello, la respuesta a la cuestión de interés casacional debe ser que, en el presente caso, la actuación fraudulenta y en abuso de derecho del recurrente, trasciende el tema del cómputo de plazo de los artículos 25.2 y 21.5 de la Ley 12/2009, y procede declararlo así, desestimando el presente recurso, e igualmente, dejar sin efecto la sentencia impugnada y las resoluciones administrativas previas.

Puede ser que calificar de fraudulenta la conducta de un extranjero solicitante de asilo, no sea social o mediáticamente correcto. Pero esas opiniones no deben ni pueden impedir la correcta aplicación de la ley, en este caso, de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil".

Conforme con el FD Noveno, y en cuanto al **FALLO**, su redacción debería haber sido:

"Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento de derecho octavo:

PRIMERO.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Gumersindo , contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2019, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 458/2018, interpuesto por su representación procesal, contra la resolución de 26 de marzo de 2018 del Subsecretario de Interior -por delegación del Ministro del Interior- que había acordado denegar su solicitud de protección internacional -presentada el 21 de marzo de 2018- mientras se encontraba internado en un CIE, así como la posterior desestimación de la petición de reexamen -28 de marzo de 2018-.

SEGUNDO.- Dejar sin efecto la sentencia y las resoluciones administrativas citadas antes, al presentarse la solicitud de protección internacional ante el CIE por D. Gumersindo en fraude de ley y abuso de derecho.

TERCERO.- No efectuar pronunciamiento en materia de costas".

Y, en este sentido, formulo mi Voto particular expresando, de nuevo, mi máximo respeto a la mayoría, y mi pesar por el cambio de criterio, a mi modesto entender, no explicado, respecto de la sentencia de 29 de octubre de 2019 mentada.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se disiente.

Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia junto con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **César Tolosa Tribiño**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.