



Roj: **STS 3410/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3410**

Id Cendoj: **28079130052019100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/10/2019**

Nº de Recurso: **1059/2018**

Nº de Resolución: **1472/2019**

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

Ponente: **FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4660/2017,**  
**ATS 12838/2018,**  
**STS 3410/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1.472/2019**

Fecha de sentencia: 29/10/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1059/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2019

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2

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

Transcrito por: IGA

Nota:

R. CASACION núm.: 1059/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1472/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente



D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 29 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1059/2018, interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 8 de noviembre de 2018, de la Sección Segunda de Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, estimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 414/17, interpuesto frente a la falta de respuesta de la solicitud de protección internacional formulada con fecha 11 de mayo de 2017, por D. Gaspar, interno en el Centro de Internamiento de Extranjeros (en adelante CIE) de esta capital, y que le reconoce el derecho a que su petición sea tramitada por el procedimiento de urgencia y, hasta tanto se adopte la decisión, sea autorizada su entrada y permanencia provisional en España.

Ha comparecido, como parte recurrida, D. Gaspar, representado por la Procuradora Dña. Elena Puig Turégano, asistido del Letrado D. Julio Albarrán Herrera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por resolución de la Delegación del Gobierno en Melilla de 30 de marzo de 2017, previa iniciación del oportuno expediente (20/12/16) en el que formuló alegaciones el hoy recurrido, (nacido el NUM000 de 1990, en Tiaret, de nacionalidad argelina), se decretó, en base al art. 53.1.a), y conforme al art. 57.1 de la Ley 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOEX), su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante un período de 3 años.

**SEGUNDO.-** La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (C.A.) de la Audiencia Nacional (A.N) dictó sentencia estimatoria "declarando no conforme a Derecho la actuación impugnada y reconocer el derecho del recurrente a que su petición sea tramitada por el procedimiento de urgencia, así como a que sea autorizada la entrada y permanencia provisional en nuestro país, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva que se adopte en vía administrativa".

**TERCERO.-** El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras justificar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó, como normas que consideraba infringidas, el artículo 21.5 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, efectuando el preceptivo juicio de relevancia.

Mediante auto de 27 de enero de 2017, la Sección Segunda de la Sala de la Audiencia Nacional, tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos y del expediente administrativo en soporte informático.

La Sala emitió -al amparo 89.5 LJCA- opinión sucinta sobre la existencia de interés casacional objetivo "el thema debati del presente recurso versa sobre si los efectos del incumplimiento del artículo 21 de la Ley de Asilo son aplicables a los supuestos de estancia del solicitante de Asilo en un CIE. Pues bien, sobre esta cuestión [...], esta Sala quiere manifestar la conveniencia de que el T.S. examine y resuelva las cuestiones que en el recurso se suscitan, dada la discrepancia que sobre el tema planteado mantienen las Secciones Segunda y Octava de esta Sala".

**CUARTO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó Auto el 2 de noviembre de 2018, por el que se acordó:

1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Sr. Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia -8 de noviembre de 2017-, estimatoria del P.O 414/17, interpuesto por la representación procesal de D. Gaspar frente a la "no resolución" del Ministerio del Interior de su solicitud de Protección Internacional cursada (11 de mayo de 2015) desde el C.I.E de Aluche (Madrid).

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el reenvío que efectúa el artículo 25.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre -en sede de



peticiones de protección internacional cursadas desde Centros de Internamiento para Extranjeros- al régimen de las peticiones efectuadas en puestos fronterizos, contempladas en su artículo 21, es integral o parcial y, en consecuencia, si transcurridos cuatro días desde la petición sin dictado de resolución administrativa, cabe entender que los efectos del silencio positivo se extienden, más allá de la obligada tramitación urgente de la petición, a un otorgamiento provisional (hasta tanto se dicte la resolución administrativa) de la autorización de entrada y, por tanto, a la suspensión de la devolución del extranjero internado en el CIE.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, debe 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 pueda de extenderse a otras, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso".

**QUINTO.-** El Abogado del Estado interpuso el recurso alegando lo que estimó conveniente y concluyó, solicitando de ese Tribunal Supremo que declare:

"1.-Que la doctrina sobre el cómputo de los plazos para las peticiones en puesto fronterizo no es aplicable a las solicitudes efectuadas desde un CIE, que se regirán por las reglas generales del artículo 30 de la Ley 39/2015.

2.-Que se revoque la sentencia recurrida y se declare la desestimación del recurso contencioso administrativo".

La parte recurrida se opuso al recurso solicitando la confirmación de la sentencia impugnada.

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones y no habiéndose solicitado la celebración de vista, ni la Sala considerase necesaria, la misma se señaló, para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 17 de septiembre de 2019, que tuvo lugar, continuándose en sucesivas sesiones hasta que concluyó en la deliberación del día 22 de octubre, en la cual la magistrada ponente Excm. Dña. Ines Huerta Garicano declinó la redacción de la sentencia, correspondiendo la ponencia entonces al Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como dice, (Antecedente de Hecho Tercero), el Auto de 27 de enero de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, "el thema debati del presente recurso versa sobre si los efectos del incumplimiento del art. 21 de la Ley de Asilo son aplicables a los supuestos de estancia del solicitante de Asilo en un CIE".

Y en el auto de 2 de noviembre de 2018 de la Sección Primera de esta Sala, la cuestión de carácter casacional que se nos precisa es (Antecedente de Hecho Cuarto), si el reenvío del art. 25.2 Ley 12/2009 al art. 21 de la misma ley es integral o parcial.

Este es el objeto del presente recurso, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional reflejada en el Antecedente de Hecho Segundo.

Se puede enfocar el asunto desde dos posiciones: la estrictamente reglada, es decir, en base a preceptos y sus contenidos, o la reglada y realista, o como dijo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Lacárcel Menéndez contra España de 15 de junio de 2006 (pag. 38): "un proceso judicial no es solamente una simple sucesión ordenada de actos de procedimiento, sino también el reflejo de la conducta del individuo relacionado con dicho proceso".

**SEGUNDO.-** Los operadores jurídicos conocemos el contenido del art. 25.2 de la ley 12/2009, que dispone: "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".

Y conocemos el artículo 21 de dicha Ley: "Artículo 21. *Solicitudes presentadas en puestos fronterizos.*

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 concurra 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 concurra 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".

A primera vista parece que por el simple juego de estos dos artículos, procede desestimar el presente recurso.

Pero la labor de esta Sala del Tribunal Supremo no es afirmar sin más que dos más dos son cuatro. Esta Sala está obligada a verificar si el primer sumando es dos exactamente, si la operación de sumar (mas) es pura y viciada por algún defecto, y si el segundo sumando es real o un espejo del primero, y concluir en un resultado conforme al Ordenamiento Jurídico, que por encima de todo, es racional y no absurdo.

**TERCERO.**- Procede recordar los hechos:

1.- 20 de diciembre de 2016.- El Sr. Gaspar es detenido en la vía pública en Melilla por carecer de pasaporte y visado para la entrada en territorio nacional o autorización administrativa para residir. Al día siguiente se inicia expediente sancionador de expulsión.

2.- 26 de diciembre de 2016.- Certificación por el Registro Civil de Orán del matrimonio celebrado entre D. Gaspar y Doña Lina en Tiaret (Argelia), el 23 de marzo de 2014.

3.- 30 de marzo de 2017.- Acuerdo de expulsión de D. Gaspar por el Delegado de Gobierno en Melilla.

4.- 25 de abril de 2017.- Auto de la magistrada del Juzgado de 1ª instancia e Instrucción nº 3 de Melilla autorizando el internamiento cautelar de D. Gaspar en el CIE de Aluche (Madrid), durante el plazo máximo de 60 días.

En el cuidado auto, razonado y motivado, la magistrada transcribe el art. 62.1 LOEX, y destaca que "el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar. Este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermeneútico del *favor libertatis*, lo que sugiere que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de la misma por el extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial".

Y concluye el estudio de la medida de internamiento pendiente de expulsión, como ponderada o equilibrada, tras juicio de idoneidad, y necesaria, afirmando: "En el presente supuesto, a la luz del expediente administrativo incoado, de la propia declaración del detenido y de la ausencia de justificación documental de los argumentos que, en su defensa, ha señalado, podemos deducir la circunstancia de que el detenido presenta un escaso arraigo en nuestro país, y ello a la vista de las siguientes consideraciones: a) lleva en España unos tres días, habiendo entrado ilegalmente en el país (oculto en un camión); b) carece de un domicilio fijo; c) no tiene trabajo ni ocupación o ingresos estables; d) carece de familia directa en el territorio nacional; e) **no ha solicitado asilo**; t) no se opone al internamiento entre tanto se tramita su expulsión (aunque sí se opone a esta última), poniendo de manifiesto el deseo tan poderoso que tiene el sujeto de ir a la Península, aunque sea privado de libertad". (La negrita es nuestra).

5.- 26 de abril de 2017.- Ingreso del Sr. Gaspar en el CIE de Madrid.

6.- 5 de mayo de 2017, viernes.- Recurso de reposición presentado por D. Gaspar ante la Delegación de Gobierno en Melilla contra la resolución de expulsión del 30 de marzo, notificada el 18 de abril de 2017. Alega sobre el procedimiento que se debió seguir, el ordinario y no el preferente, y manifiesta que existe peligro para su seguridad si regresa a Argelia.

7.- 11 de mayo de 2017, jueves. Solicitud de protección internacional presentada en el CIE de Madrid.

Tras recibir asistencia jurídica no gratuita, sino de abogado de su elección, detalla como "miembros de su familia que residan en España o en otros países de la Unión Europea: una tía en Francia, otra en España".

En la Hoja de itinerario, afirma que salió de Argelia en autobús el 16 de diciembre de 2016 a Marruecos, adonde llegó andando. Y como fecha de entrada en España señala el 18 de diciembre de 1996 por Melilla, entrada no autorizada. (Debe ser erróneo el año, pues en 1996 D. Gaspar tenía seis años. 2016 debe ser el año correcto).

Manifiesta no pertenecer a ningún grupo étnico, ni religioso, ni social, ni partido político, ni sindicato, ni ONG.

En la entrevista en presencia de Letrado de su libre elección, preguntado sobre lo que significa Protección Internacional (Asilo), y para qué sirve, contesta "sé poco, no mucho". Preguntado por qué motivo solicita Asilo, responde: "porque mi mujer vive aquí en España, y yo no voy a volver a Argelia y que mi mujer se quede aquí. **No hay ningún motivo más**".

"Preguntado, ¿está perseguido en su país?, ¿quién le perseguía?, responde: no tengo ningún problema con el Estado, pero si con 4 individuos que son vecinos míos, por temas de negocios, yo tenía un puesto en el mercadillo y ellos lo querían, como no se lo daba me insultaban y 2 de ellos alguna vez me han golpeado con un palo. No son policías ni tienen ningún cargo oficial. no forman parte de ninguna mafia ni de ningún grupo de crimen organizado.

Preguntado, denunció esto a la policía de su país, responde: si, pero no me contestaron.

Preguntado que si su vida corre peligro si vuelve a su país, responde: estos 4 hombres me pueden matar.

Preguntado, ¿por qué no pidió protección cuando llegó a España?, responde: porque yo tenía una mujer española y no pensé que hiciera falta.

Preguntado, **si está pidiendo protección internacional para evitar su expulsión, responde: si**

Preguntado, si alguna vez ha sido detenido en España, responde: no, sólo esta vez por extranjería.

Preguntado, si quiere añadir algo más, responde: quiero vivir en España.

Preguntas del letrado. Preguntado que si pide asilo para tener una vida digna con su familia en España, responde: sí.

Preguntado que si su vida en Argelia era mejor o peor de la que tiene en España, responde: si, mi vida es mejor en España.

Preguntado que si estos 4 hombres que le pueden matar alguna vez le han pedido dinero responde: no

Preguntado que si estos 4 hombres que le pueden matar pertenecen a algún grupo islamista responde: no.

El letrado desea hacer constar que entrega 11 documentos para que por razones humanitarias se le tenga en cuenta el expediente subsidiario de asilo". (Las negritas son nuestras).

El abogado que firma, de la libre elección del Sr. Gaspar , se identifica por el nº 58.667 de colegiado.

8.- 17 de mayo de 2017, miércoles.- D. Gaspar , asistido del Letrado Sr. Albarrán Herrera, colegiado nº 58667, presenta escrito ante la Audiencia Nacional, trasladando que han transcurrido los cuatro días naturales para resolver y notificar sobre la petición de protección internacional formalizada el 11 de mayo de 2017, y que conforme a los arts. 25.2 en relación con el 21.5 de la ley 12/2009, debe decretarse la libertad del Sr. Gaspar , que solicita como medida cautelar urgente.

9.- 18 de mayo de 2017, jueves.- Por Auto del día siguiente, la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional , accede a la medida cautelarísima solicitada, así como se autoriza su entrada y permanencia provisional en España.

10.- 6 de septiembre de 2017. El Abogado del Estado se opone a la demanda del Sr. Gaspar por alargar, en vía de hecho, la estancia del Sr. Gaspar en el CIE de Madrid. Y por las razones alegadas en su escrito, solicita la desestimación del recurso.

11.- 8 de noviembre de 2017.- Por sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo C.A. de la A.N., se rechazan las causas de inadmisibilidad alegadas por el Abogado del Estado y se estima el recurso de D. Gaspar , reconociendo su derecho a que su petición sea tramitada por el procedimiento de urgencia, así como a que sea autorizada la entrada y permanencia provisional en nuestro país, Tras razonar sobre la aplicación del art. 25.2 en relación con el 21.5 de la Ley 12/2009.





**CUARTO.-** Ante esta Sala, el recurrente Abogado del Estado se extiende en consideraciones sobre el cómputo de los plazos contemplados en los arts. 21.1 en relación con el 25.2 de la ley 12/2009, y las diferencias sustanciales entre un puesto fronterizo y un CIE donde se permanece internado por un auto de la autoridad judicial.

La representación procesal de D. Gaspar alega la corrección jurídica de la sentencia impugnada por la Administración del Estado y cita jurisprudencia al respecto.

**QUINTO.-** El objeto de este recurso es una petición de asilo presentada en un Centro de Internamiento de Extranjeros por un extranjero, de nacionalidad argelina, que entró ilegalmente en España, con resolución administrativa de expulsión y resolución judicial motivada de internamiento en un CIE, y las consecuencias de la demora por la Administración de respuesta a dicha petición de protección internacional, en los cuatro días establecidos en el artículo 21 ley 12/2009.

**SEXTO.-** En el procedimiento objeto de examen por esta Sala hay hechos y circunstancias que es necesario exponer y valorar, porque así se administra justicia.

Por ello:

#### **A.- Asilo. Normas.-**

**Uno.-** El artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A(III), el 10 de diciembre de 1948, proclama en su artículo 14: "En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país".

**Dos.-** La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los apátridas, convocado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En su artículo 1 enmendado por el Protocolo de 1967, define como refugiado: "Una persona que, debido a un miedo fundado de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de opinión pública en particular, se encuentra fuera de su país de nacimiento y es incapaz, o debido a tal miedo, no está dispuesto a servirse de la protección de aquél país".

**Tres.-** El art. 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, "se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución".

**Cuatro.-** Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Su artículo 3 define la condición de refugiado en línea con lo antes expuesto.

El artículo 17.2 establece que la solicitud de 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".

#### **B.- El caso presente:**

D. Gaspar entró en España el 18 de diciembre de 2016, ilegalmente desde Marruecos por Melilla. Fue detenido por la Policía por indocumentado el 20 de diciembre de 2016. El 30 de marzo de 2017 fue objeto de resolución de expulsión. El 25 de abril de 2017 se dictó auto de internamiento en el CIE, en el que se hace constar que "el detenido e) no ha solicitado asilo". Ingresó en el CIE de Madrid el 26 de abril de 2017. El 4 de mayo de 2017 recurrió en reposición la resolución administrativa de expulsión de 30 de marzo de 2017. Y el 11 de mayo de 2017, jueves, presenta solicitud de protección internacional, y en la comparecencia asistido de letrado de su libre elección, responde afirmativamente (si) a la pregunta de si está pidiendo protección internacional para evitar su expulsión. Y preguntado por qué motivo solicita asilo, responde "porque mi mujer vive aquí en España, y yo no voy a volver a Argelia y que mi mujer se quede aquí. No hay ningún motivo más".

Llevaba el Sr. Gaspar desde su entrada en España, no un mes sino casi cinco meses, cuando solicitó la protección internacional.

A la vista de su solicitud de protección internacional antes reflejada, D. Gaspar no reúne en absoluto las circunstancias para la condición de refugiado y demandante de asilo.

Si a estas dos realidades fácticas, le añadimos que la solicitud de protección internacional se realiza en el CIE de Madrid el jueves 11 de mayo de 2019, y el jueves siguiente ya se está presentando recurso contencioso por la representación letrada de su libre elección y solicitando medida cautelarísima por transcurso del plazo previsto en el Artículo 21 de la Ley 12/2009, la conclusión es obvia: estamos en presencia de un grosero uso



fraudulento de dicha norma de protección internacional, y que constituye además un claro ejemplo de abuso de derecho.

Según el artículo 6.4 del Código Civil: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

A la vista de lo antes expuesto, es obvio que D. Gaspar se ha servido de la Ley 12/2009 y del derecho a solicitar protección internacional, para eludir la expulsión del territorio nacional, declarada administrativamente y confirmada en vía judicial acordando el internamiento en el CIE. La solicitud de protección internacional se ha ejecutado en claro fraude de ley, y no puede ni debe surtir efecto. ( art. 11.2 LOPJ).

Pero es que además: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". El art. 7.2 del Código Civil define el abuso de derecho.

La conducta procedimental del Sr. Gaspar no solamente ha sido ejecutada en grosero fraude de ley, sino que la misma supone un ejercicio antisocial del derecho, un abuso: El Sr Gaspar no tiene ni una sola de las circunstancias para considerarse refugiado y, pide la protección internacional un viernes en el CIE de Madrid. Y así obtiene la libertad provisional.

El daño a todos los verdaderos refugiados que causa el Sr. Gaspar es inmenso, pues él y otros muchos como él, que incurren 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.

El Sr. Gaspar ha demandado la protección internacional de la Ley 12/2009 sin la menor base fáctica para ello; fuera del plazo de un mes "en todo caso" señalado para pedirla; tras una resolución administrativa de expulsión y un auto judicial acordando su internamiento en un CIE; utilizando su estancia en el CIE como instrumento para pedir asilo un jueves, sin base fáctica, extemporáneamente y con intención de servirse del fin de semana, para salir del CIE y obtener una residencia provisional.

Fraude de ley grosero. Y abuso de derecho evidente, cometido a través de una actuación fraudulenta, que debería ser objeto de examen por la autoridad competente del Ministerio de Interior para exigir las responsabilidades a quien o quienes hubieran inducido o colaborado a ello. Y poner coto a estas conductas en fraude de ley.

Y desde luego, la inaplicación en este caso del artículo 19 de la Ley 12/2009, "efectos de la presentación de la solicitud", es obvia.

Es, lo hemos dicho, grosero el abuso de derecho cometido al presentar en un comportamiento fraudulento una solicitud de la protección internacional, con el manifiesto objetivo reconocido por el propio Sr. Gaspar , de evitar la expulsión.

Por ello, aplicar sin más los artículos 19, 21 y/o 25 de la Ley 12/2009, no es un ejercicio de administrar justicia por un tribunal, pues falla, para examinar dichos preceptos, la base, la razón para demandar el asilo, y falla, además, grosera y estrepitosamente. Falla lo que hay detrás de los documentos y que el interesado además reconoce.

**SÉPTIMO.-** La respuesta a la cuestión planteada por el Auto de la Sección Primera, tras lo expuesto, es la siguiente:

El reenvío que efectúa el art. 25.2 al art. 21, ambos de la Ley 12/2009, es integral, siempre y cuando la petición de protección internacional realizada desde un Centro de Internamiento de Extranjeros, se haya formulado en el plazo señalado en el art. 17 de dicho texto legal, y cuando tal petición de protección internacional no se haya realizado en fraude de ley que puede llegar a ser un abuso de derecho proscrito por el Ordenamiento Jurídico.

**OCTAVO.-** El recurso presentado por el Abogado del Estado prospera, aunque no sea por las alegaciones en él contenidas, y la sentencia impugnada ha de ser dejada sin efecto, por ser contraria a Derecho.

**NOVENO.-** No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso en virtud del art. 93.4 de la Ley jurisdiccional. Por tanto, cada parte abonará 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.**- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 8 de noviembre de 2018, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 414/2017, que se anula y se deja sin efecto, y se confirma la resolución administrativa de expulsión de 30 de marzo de 2017.

**SEGUNDO.**- No se hace expresa imposición en costas, conforme al último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernandez Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

Dª Ines Huerta Garicano D. César Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA EXCMA. SRA. MAGISTRADA Dña. Ines Huerta Garicano a la sentencia dictada en el recurso de casación número 1059/2018, interpuesto, en la representación que legalmente ostenta, por el Sr. Abogado del Estado , contra la sentencia -8 de noviembre de 2018- de la Sección Segunda de Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que, con estimación del recurso contencioso-administrativo nº 414/17, deducido frente a la falta de respuesta de la solicitud de protección internacional formulada -11 de mayo de 2017- por D. Gaspar , interno en un CIE de esta capital, le reconoce el derecho a que su petición sea tramitada por el procedimiento de urgencia y, hasta tanto se adopte la decisión, sea autorizada su entrada y permanencia provisional en España.

Formulo este voto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 206.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber declinado la redacción de la sentencia y disentir -con el máximo respeto- del criterio unánime de mis compañeros de Sección, plasmado en la precitada sentencia, en la que, a mi juicio, se olvida la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y su finalidad primigenia, resolviendo el fondo (sobre el que no existe decisión administrativa previa), al margen del contenido de la sentencia impugnada y desbordando el marco de la pretensión casacional articulada en relación con la cuestión de interés casacional objetivo propuesta en el auto de admisión, para, previa valoración de los hechos -por vez primera, sin que ni la sentencia de instancia ni las partes efectuaran ninguna evaluación al respecto, prescindiendo del mandato del art. 87 bis.1 LJCA, conforme al cual las cuestiones de hecho quedan al margen de este recurso- que resultan del expediente (minuciosamente detallados), extraer una consecuencia jurídica: "la conducta procedimental del Sr. Gaspar no solamente ha sido ejecutada en grosero fraude ley, sino que la misma supone un ejercicio antisocial del derecho, un abuso: el Sr...no tiene ni un sola de las circunstancias para considerarse refugiado.....Por ello aplicar sin más los artículos 19, 21 y/o 25 de la Ley 12/2009 no es un ejercicio de administrar justicia, pues falla, para examinar dichos preceptos, la base, la razón para demandar el asilo.....", lo que, en definitiva, supone inadmitir, de hecho, la petición. Y, no obstante ello, pasa a continuación a dar respuesta escueta a dicha cuestión, totalmente desligada del contexto de la sentencia, en los siguientes términos: "el reenvío que efectúa el art. 25.2 al art. 21, ambos de la Ley 12/2009, es integral, siempre y cuando la petición de protección internacional realizada desde un Centro de Internamiento de Extranjeros, se haya formulado en el plazo señalado en el art. 17 de dicho texto legal, y cuando tal petición de protección internacional no se haya realizado en fraude de ley que puede llegar a ser un abuso de derecho proscrito por el Ordenamiento Jurídico".

El artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige que se dé a los votos particulares forma de sentencia en la que se acepten, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho con los que se conforma quien emite el voto particular.

Procedo, por ello, a dar cumplimiento a esta exigencia.

El **Antecedente de Hecho Primero** se sustituye por el siguiente:

A) "Por resolución de la Delegación del Gobierno en Melilla de 30 de marzo de 2017, previa incoación del oportuno expediente (20/12/16) -en el que formuló alegaciones el hoy recurrido (nacido del NUM000 en Tuarek y de nacionalidad argelina)-, se decretó, al amparo del art. 53.2 de la L.O. 4/00, su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante un período de 3 años, siendo recurrida en reposición en escrito presentado el 5 de mayo de 2017.





B) Por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Melilla, de 25 de abril de 2017, a petición de las Fuerzas Policiales, se autorizó ( art. 62.1 L.O. 4/00) su internamiento -por período máximo de 60 días y hasta que se llevara a efecto su expulsión- en el CIE de Madrid, en el que ingresó al día siguiente.

C) El 11 de mayo de 2017 presentó solicitud de protección internacional alegando que no quería volver a Argelia, y que su mujer (argelina también, pero nacida en España y residente en Alcober, con permiso de residencia y trabajo de larga duración, con la que contrajo matrimonio en Argelia en 2014) se quedara en España. Solicita el asilo para evitar la expulsión. No tiene ningún motivo más. No consta respuesta alguna a dicha petición".

**El Segundo se completa añadiendo:** "Su fundamentación jurídica comienza plasmando, con cita de sentencias del T.S., la doctrina de este Tribunal (sin discernir los supuestos de hecho contemplados en ellas, ni la legislación a la que se referían) relativa a que, en materia de asilo, los plazos, han de computarse por horas. Posteriormente, reproduce la demanda, y transcribe los arts. 21 y 25.2 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria, concretando que "En el caso de autos el debate se centra en éste punto. Para la demandante, como presentó la petición de Protección Internacional en el CIE el 11 de mayo de 2017 y no consta que haya sido resuelta, en aplicación del art. 21.5 procede tramitar la solicitud por el procedimiento de urgencia", y, tras rechazar las causas de inadmisibilidad opuestas por el Abogado del Estado, añadía "En cuanto al thema debati del recurso, la Sala quiere reproducir los siguientes razonamientos contenidos en el auto de 18 de mayo de 2017 [otorgando la medida cautelarísima solicitada en el escrito de interposición]: "ÚNICO.- Esta Sala debe aplicar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, (véanse en este sentido las SSTs de 5 de diciembre de 2007, RC 4050/2004; 30 de junio y 6 de noviembre de 2006, RC 5386/2003 y RC 4964/2003, respectivamente) que interpretando la Ley 5/84 y la Ley 12/2009, ha señalado que los plazos han de computarse de momento a momento y sin exclusión de los días inhábiles, por lo que en el caso presente se ha excedido sobradamente el plazo de la Administración para resolver la solicitud de Protección Internacional, partiendo de que el día 17 de mayo dicha resolución aún no ha tenido lugar."

Y el artículo 21 de la Ley 12/2009, rige en todos los casos, incluido aquellos en que el solicitante se encuentra internado en un CIE. Véase, a este respecto la STS de 22 de noviembre de 2013, RC 4359/2012, FJ4, que cita otras SSTs, respecto de la conexión conjunta de los artículos 21 y 25.2 de la Ley 12/2009".

En el A.H. **Tercero**, se añade al final del primer párrafo: "Invocó, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: **1)** Art. 88.2.a) de la LJCA (sentencias contradictorias) porque el fallo de la sentencia recurrida, como el del auto de 12 de junio de 2017, confirmado por el de 30 de octubre de 2017, es contradictorio con el criterio establecido por la Sección 8ª de la misma Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otros, en los autos de 13 de junio y 16 de junio de 2017, dictados en el recurso 574/2017; **2)** Art. 88.2.b) LJCA (Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales); **3)** Art. 88.2.c) (Afectación a un gran número de situaciones por trascender del caso objeto del proceso), ya que resulta obvio que la cuestión trasciende el propio caso al ser susceptible de plantearse en situaciones análogas, en razón del alto número de extranjeros internos en los CIE de nuestro territorio".

Conforme con los Antecedentes de Hecho Cuarto y Sexto.

Al **Quinto** se le da el siguiente contenido: "El Abogado del Estado presentó escrito de interposición, por entender que la doctrina de este Tribunal Supremo -aludida en la sentencia recurrida- respecto de los plazos establecidos en el artículo 21.1 de la Ley 12/2009 (en relación con solicitudes de protección internacional **presentadas en puestos fronterizos**), y, conforme a la cual, cuando el precepto habla de días no hay que excluir de su cómputo los días inhábiles, debiendo computarse por horas, y ello en razón del carácter excepcional del supuesto, lo que determina la aplicación de este régimen especial, diferente del contemplado con carácter general por el artículo 48.1 de la Ley 30/1992.

Como señalan las sentencias que cita (a título de ejemplo, sentencias de 30 de junio de 2006 (Rec. 5386/2003) y de 5 de diciembre de 2007 (Rec. 4050/2004), en relación a peticiones de asilo en frontera, vigente la Ley 5/84, "el establecimiento de plazos por horas es rigurosamente excepcional en el Derecho Administrativo", indicándose, asimismo, en las referidas sentencias que "un procedimiento en que la persona tiene limitada su libertad de movimientos no se compadece en absoluto con un sistema de cómputo que excluye los días inhábiles".

Según la sentencia recurrida, prosigue el Abogado del Estado, esta interpretación es trasplantable a las solicitudes realizadas en un CIE, en razón de que en las peticiones formuladas desde un CIE no concurren las notas que son propias de las peticiones en puesto fronterizo y que son las que justifican la aplicación de ese régimen excepcional sobre el cómputo de plazos porque el extranjero en el puesto fronterizo está en el punto de acceso al territorio nacional, en la frontera, lo que no ocurre en el caso del CIE, en el que el extranjero ya está en el territorio español y, en segundo lugar, en la solicitud en puesto fronterizo, como ponen de relieve las sentencias del Tribunal Supremo que han sido citadas, el solicitante se encuentra en una



situación personal especialísima, pues, mientras se adopta la decisión correspondiente, "permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto" y ello sin que para el mantenimiento de dicha situación haya intervenido ningún Juez, lo que contrasta radicalmente con la situación del ingresado en un CIE, toda vez que en este caso está privado de la libertad de circulación por decisión judicial, adoptada en auto motivado, dictado previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, y a fin de garantizar la ejecución de una orden de expulsión previamente impuesta.

Este internamiento no presenta las notas de extrema urgencia en su decisión y resolución.

Así, la propia Ley Orgánica 4/2000 contempla para estas situaciones de internamiento un plazo radicalmente diferente de los fugacísimos plazos establecidos por el artículo 21 de la Ley 12/2009, al señalar en su artículo 62.2, que:

"2. El internamiento se mantendría por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por las mismas causas previstas en un mismo expediente".

Es evidente, continúa, la enorme diferencia que existe entre dicho plazo de 60 días de duración máxima de internamiento en el CIE y los fugacísimos plazos de 4 y 2 días que el artículo 21 establece para los solicitantes de asilo en puesto fronterizo. Además, en el supuesto de los ingresados en un CIE existe un expediente de expulsión del extranjero que es lo que justifica su internamiento en centro en virtud de resolución judicial.

Concluyó, solicitando de este Tribunal Supremo que declare:

1.-Que la doctrina sobre el cómputo de los plazos para las peticiones en puesto fronterizo no es aplicable a las solicitudes efectuadas desde un CIE, que se regirán por las reglas generales del artículo 30 de la Ley 39/2015.

2.-Que se revoque la sentencia recurrida y se declare la desestimación del recurso contencioso administrativo".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto del recurso:

El objeto del presente recurso, conforme a lo establecido en el auto de admisión, consiste en determinar si el reenvío que efectúa el artículo 25.2 -en sede de peticiones de protección internacional cursadas desde Centros de Internamiento para Extranjeros- al régimen de las peticiones efectuadas en puestos fronterizos, contempladas en su artículo 21, es integral o parcial y, en consecuencia, si transcurridos cuatro días desde la petición sin dictado de resolución administrativa, cabe entender que los efectos de esa falta de respuesta se extienden -dado el tenor literal del art. 21.5-, más allá de la tramitación del expediente, a un otorgamiento provisional (hasta tanto se dicte la resolución administrativa) de la autorización de permanencia, y, por tanto, a la suspensión de la ejecución de la expulsión -acordada en resolución firme- del extranjero internado en el CIE.

Lo primero que será necesario precisar es que la finalidad de nuevo recurso de casación es la formación de jurisprudencia, reforzando la protección del "ius constitutionis", integrado tanto por la denominada función nomofiláctica (protección de la ley frente a incumplimientos judiciales), como por la función uniformadora de la jurisprudencia (criterios generales y uniformes en la interpretación y aplicación de las normas), a fin de garantizar, en lo posible, una respuesta uniforme y predecible de los órganos jurisdiccionales al aplicar las normas interpretadas, en beneficio de la seguridad jurídica ( art. 9.3 CE) y la protección del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley ( art. 14 CE), sin que, en todo caso y esto es importante, pueda ser cauce para plantear cuestiones interpretativas del Ordenamiento "en abstracto" (Aa. de la Sección de Admisión de esta Sala y Tribunal, por todos, de 21 de marzo y 1 de junio de 2017).

Esta finalidad primaria que cumple el nuevo recurso no impide, sin embargo, la protección del "ius constitutionis", que juega en un segundo momento, cuando una vez fijado el criterio interpretativo de la norma sobre la base de la cuestión planteada, proceda, en su caso, a casar la sentencia recurrida, atribuyéndose -entonces- al T.S. el pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas.

Tan largo expositivo introductorio no tiene otra finalidad que dejar sentado desde el principio - **a la luz de la sentencia recurrida, de los términos en los que se preparó e interpuso el recurso de casación**, así como del contenido de la opinión motivada emitida por la Sala de instancia ( art. 89.5 LJCA)-, que la generalidad con la que está planteada la cuestión que se considera tiene interés casacional objetivo (con independencia y al margen de que, efectivamente, podría haber sido más concreta), no impide abordar, entre otras, la cuestión relativa al cómputo de los plazos en la medida que no está desligada del contenido de la sentencia, concuerda con el contenido de las pretensiones casacionales, y, dada, precisamente, la generalidad con la que está formulada la cuestión, no queda extramuros de ella.



**SEGUNDO.-** La vigente Ley de Asilo distingue, en lo que aquí puede interesar, entre: a) solicitudes de protección internacional presentadas en España ( art. 16 a 20); b) solicitudes presentadas en puestos fronterizos ( art. 21 y 22) y c) solicitudes cursadas desde los CIE ( art. 25), previstas específicamente por primera vez en la vigente Ley 12/09.

La solicitud presentada por quien está ingresado en un CIE ( art. 25.2), es, en definitiva, una solicitud presentada en España, cuya tramitación deberá adecuarse a lo dispuesto en el art. 21 de esta Ley para la solicitudes en frontera, y, "adecuarse" supone la acomodación a dicha tramitación, en lo que materialmente le sea aplicable, dadas las diferencias entre ambos supuestos de hecho, lo que pasará a examinar a continuación.

El art. 21 de la Ley 12/09 regula un trámite "acelerado" (en atención a la brevedad de los plazos) encaminado a la admisión, inadmisión o denegación sumaria de la petición -plenamente trasplantable a las peticiones en CIE- que puede concluir, en lo que a este recurso interesa: **a)** con resolución expresa de admisión a trámite ("aquéllas que fuesen admitidas a trámite"), ajustándose, en estos casos, "a la tramitación de urgencia" (con acortamiento de los plazos del procedimiento ordinario a la mitad), art. 25.2 "in fine"; **b)** sin respuesta de la Administración, lo que "determinará su tramitación por el procedimiento ordinario....." (art. 21.5).

Y tal distinción, en orden la determinación del procedimiento aplicable a estas peticiones (en CIE), se infiere de los distintos términos que utilizan ambos preceptos: El art. 25.2 dice textualmente que cuando las peticiones "fueran admitidas a trámite", mientras que la inexistencia de resolución que concluya -en los plazos legalmente establecidos- ése que hemos dado en llamar "trámite inicial acelerado", determina simplemente su tramitación, al no existir evaluación alguna de la solicitud que permita su admisión/inadmisión a trámite (art. 21.1), o, incluso, su denegación ( art. 21.2), decisiones que siempre han de ser motivadas y notificadas en los plazos legalmente establecidos, computados -a falta de disposición legal específica o normativa europea- conforme al régimen general regulado actualmente en el art. 30 de la Ley 39/15.

La aplicación de este procedimiento ordinario -en el supuesto de art. 21.5- a los internos en CIE fue ya declarada por esta Sala en sentencias de su Sección Tercera de 27 de marzo de 2013 (RC 2529/2012) y de 10 de junio de 2013 (RC 3735/2012), en las que, al analizar comparativamente los procedimientos regulados en el art. 5 de la Ley 5/84 y el 21 de la vigente Ley 12/09, declaraban que "las solicitudes de protección internacional sólo deben ser tramitadas por el procedimiento de urgencia (con la consiguiente intervención de la CIAR, ex art. 25.3) cuando hayan sido formalmente admitidas a trámite, lo que ocurre cuando no hayan sido directamente inadmitidas por la vía del artículo 21.1º en relación con el 20, o cuando no hayan sido directamente denegadas por la expeditiva vía del artículo 21.2º".

Respecto del cómputo de los plazos -eje vertebrador de este recurso de casación, y al que se refiere la sentencia como respuesta a uno de los motivos de la demanda- en las peticiones formuladas en CIE (la vieja Ley 5/84 no las contemplaba) conforme al régimen general, no supone desconocer la corriente jurisprudencial -elaborada durante la vigencia de dicha Ley- que consideró, en relación con las solicitudes de asilo en frontera y de reexamen, que el cómputo de tales plazos, no obstante los términos claros de la Ley, debería efectuarse por horas naturales y ello en razón de la excepcional situación de los solicitantes que permanecían en frontera "en las dependencias habilitadas a tal efecto", sin ningún tipo de control judicial, lo que exigía imprimir la máxima celeridad a ese trámite inicial, causa del cómputo excepcional.

Circunstancias que, desde luego, no concurren en los ingresados en el CIE, lo que impide, por razones de pura lógica, la aplicación mecánica de esa doctrina al faltar el presupuesto excepcional que concurre en las solicitudes en frontera, motivo de dicha interpretación, sin olvidar, además, que las Ss.T.S citadas en la sentencia recurrida para avalar su posición favorable a dicha interpretación, se refieren a peticiones en frontera bajo la vigencia de la tan citada Ley 5/84. La sentencia de 22 de noviembre de 2013, de la Sección Tercera de esta Sala del Tribunal Supremo (también citada), si bien se refiere a la interpretación del art. 21 en relación con los arts. 24 y 25 de la vigente Ley 12/09, no aborda, directa o indirectamente, el particular relativo al cómputo de los plazos.

Al efecto, no está de más recordar que los CIE son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas o en los términos previstos en la Legislación de extranjería, y, de los extranjeros a los que el juez o tribunal competente, en aplicación del art. 89.6 del Código Penal, haya sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión.

Su ingreso -con el plazo máximo de 60 días ( art. 69.2 L.O. 4/00)- ha de ser autorizado, previa audiencia del afectado y del Ministerio Fiscal, por auto motivado del Juez competente (en este caso, auto de 25 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Melilla), quedando bajo el control judicial de dicho Juzgado ( arts. 1.2.3 y 2.1.2 del Real Decreto 162/14, de 14 de marzo).



Los efectos de la presentación de una solicitud de protección internacional es la imposibilidad de retorno, devolución, expulsión o ejecución de un fallo de extradición, dando lugar al inicio del cómputo de los plazos de tramitación ( art. 19.1.2, sin que se contemple ninguna excepción). Del juego combinado de este precepto con el citado art. 21.5 de la vigente Ley 12/09: "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**", en relación con el art. 69.2 L.O. 4/00, ha de concluirse que la autorización de entrada en España es un efecto que nunca podrá predicarse de las peticiones realizadas por los internados en CIE, dado que ya se encuentran en España y, en cuanto a su permanencia provisional, contemplada en el transcrito apartado 5 del art. 21, cuando (en los plazos previstos en el art. 21.1 a 4 de la citada Ley 12/09) no se haya notificado una respuesta expresa, tampoco operará automáticamente, pues, mientras no venza el plazo para el que fue autorizado judicialmente el internamiento, el peticionario permanecerá en el CIE.

Solo transcurrido ese plazo, tendrá derecho a permanecer provisionalmente en España hasta que recaiga resolución expresa o denegación presunta: transcurridos seis meses desde la solicitud ( art. 24.3 en relación con el 25.2 "in fine" de la Ley 12/09).

### **TERCERO.-Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:**

Sobre la base de cuanto ha quedado expuesto, la respuesta es: **1)** El reenvío efectuado por el artículo 25.2 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre -en sede de peticiones de protección internacional cursadas desde Centros de Internamiento para Extranjeros- al régimen de las peticiones efectuadas en puestos fronterizos, contempladas en su artículo 21 , **no es integral** dadas las peculiaridades, muy relevantes, de la situación de los internados en los CIE (mediante auto motivado del Juez competente, previa audiencia del afectado y del Ministerio Fiscal, por plazo máximo predeterminado legalmente); **2)** La presentación de solicitud de asilo comporta: a) la imposibilidad de llevar a efecto la expulsión, para cuya ejecución fue autorizado, en este caso, el internamiento en el CIE, y, b) el inicio del cómputo de los plazos de tramitación ( art. 19.1.5 de la Ley 12/09); **3)** La falta de respuesta a dicha solicitud en el plazo de cuatro días (computados en la forma establecida en el art. 30 de la Ley 39/15), desde la petición, implica -ex lege- su tramitación por el procedimiento ordinario, y, una vez finado el plazo máximo para el que fue autorizado el internamiento, sin haber concluido dicho procedimiento con resolución expresa (pues el plazo del silencio no quedará nunca cubierto por el auto que autoriza el internamiento), se autorizará su permanencia provisional en España, a resultas de lo que se acuerde (expresa o presuntamente) en aquél.

### **CUARTO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:**

**1.-** Con arreglo a la interpretación que acaba de hacerse, en la medida que D. Gaspar formuló su petición de asilo -11 de mayo de 2017- en el CIE en el que estaba internado desde el 26 de abril (llevaba en España, cuando menos, desde el 20 de diciembre de 2016, fecha en la que se incoó expediente sancionador por estancia irregular, que concluyó con resolución de 30 de marzo de 2017, acordando la expulsión), sin haber transcurrido, por tanto, el plazo máximo autorizado (60 días), la falta de respuesta a dicha petición en el plazo legalmente establecido (4 días) comportaba su tramitación como procedimiento ordinario, debiendo permanecer en dicho CIE (sin posibilidad de llevar a efecto su expulsión), hasta tanto venciera ese plazo máximo, transcurrido el cual -sin que se hubiera notificado la resolución final del procedimiento- procedería la autorización de permanencia provisional en España, a resultas de lo que finalmente se resuelva en el expediente, expresamente o por vía de silencio negativo.

**2.-** Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA, no se efectúa pronunciamiento en materia de costas.

### **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 de la remisión que el art. 25.2 efectúa al 21 de la Ley 12/09, en las solicitudes de asilo presentadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros, el establecido en el F.D. Tercero:"1) El reenvío efectuado por el artículo 25.2 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre -en sede de peticiones de protección internacional cursadas desde Centros de Internamiento para Extranjeros- al régimen de las peticiones efectuadas en puestos fronterizos, contempladas en su artículo 21, no es integral dadas las peculiaridades, muy relevantes, de la situación de los internados en los CIE (mediante auto motivado del Juez competente, previa audiencia del afectado y del Ministerio Fiscal, por plazo máximo predeterminado legalmente); 2) La presentación de solicitud de asilo comporta: a) la imposibilidad de llevar a efecto la expulsión, para cuya ejecución fue autorizado, en este caso, el internamiento en el CIE, y, b) el inicio del cómputo





de los plazos de tramitación ( art. 19.1.5 de la Ley 12/09); 3) La falta de respuesta a dicha solicitud en el plazo de cuatro días (computados en la forma establecida en el art. 30 de la Ley 39/15), desde la petición, implica -ex lege- su tramitación por el procedimiento ordinario, y, una vez finado el plazo máximo para el que fue autorizado el internamiento, sin haber concluido dicho procedimiento con resolución expresa (pues el plazo del silencio no quedará nunca cubierto por el auto que autoriza el internamiento), se autorizará su permanencia provisional en España, a resultas de lo que se acuerde (expresa o presuntamente) en aquél".

**SEGUNDO.- Estimar el recurso de casación** número 1059/2018, interpuesto, en la representación que legalmente ostenta, por el **Sr. ABOGADO DEL ESTADO**, contra la sentencia -8 de noviembre de 2018- de la Sección Segunda de Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, estimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 414/17, que se **casa y revoca en cuanto autoriza la entrada en España** (de quien ya se encuentra en ella, interno en un CIE) , **determina que la tramitación de la petición se efectúe por el procedimiento de urgencia, y considera que el cómputo de los plazos fijados por días, se efectuará de momento a momento.**

**TERCERO.- Estimar parcialmente el precitado recurso nº 414/17**, interpuesto, frente a la falta de respuesta de la solicitud de protección internacional formulada -11 de mayo de 2017- por D. Gaspar , interno en un CIE de esta capital, lo que determina su tramitación por el procedimiento ordinario, con autorización provisional de permanencia en España - **una vez vencido el plazo máximo de internamiento autorizado**-, a resultas de la resolución de dicho procedimiento.

**CUARTO.-** No efectuar pronunciamiento en materia de costas.

Y, en este sentido, formulo mi Voto particular expresando, de nuevo, mi máximo respeto al criterio contrario de mis compañeros.

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

Ines Huerta Garicano

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Francisco Javier Borrego Borrego**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.