



Roj: **STS 929/2020 - ECLI:ES:TS:2020:929**

Id Cendoj: **28079130052020100073**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/03/2020**

Nº de Recurso: **1840/2019**

Nº de Resolución: **377/2020**

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

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5180/2018,**
AAAN 173/2019,
ATS 6334/2019,
STS 929/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 377/2020

Fecha de sentencia: 12/03/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1840/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1840/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 377/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente



D. Rafael Fernández Valverde
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D^a. Inés Huerta Garicano
D. Francisco Javier Borrego Borrego
D^a. Ángeles Huet de Sande
En Madrid, a 12 de marzo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1840/2019 interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 26 de diciembre de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el procedimiento ordinario nº 1388/2017, sobre solicitud de protección internacional. Ha comparecido como parte recurrida la procuradora D.^a María Dolores González Company, en nombre y representación de D. Desiderio, bajo la dirección letrada de D.^a María Teresa Andreo Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de 26 de diciembre de 2018, estimatoria parcial del procedimiento ordinario nº 1388/17, interpuesto por la representación procesal de D. Desiderio contra la resolución de 18 de diciembre de 2017 de la Directora General de Política Interior -por delegación del Ministro del Interior- que había acordado denegar su solicitud de protección internacional presentada el 14 de diciembre de 2017, mientras se encontraba internado en un CIE, así como la posterior desestimación de la petición de reexamen.

La Sala de instancia anuló la resolución impugnada al considerar que la resolución de denegación 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, razonando conforme a pronunciamientos anteriores sobre la misma cuestión y concluyendo en los siguientes términos: "*En el caso de autos, la solicitud de asilo se formuló a las 10 horas del día 14 de diciembre. El propio instructor indicó que el plazo concluía el día 18 y, pese a ello, la Administración notificó la Resolución el día 20 de diciembre. Solicitado el reexamen el día 21 de diciembre, de nuevo el instructor indicó que el plazo máximo finalizada el día 23 de diciembre y pese a ello la Administración notificó la Resolución el día 26 de diciembre a las 10 horas. Se han superado, por lo tanto, los plazos establecidos en la Ley*".

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la mencionada sentencia, en el cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución, identificó como norma que consideraba infringida, 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.

Invocó, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia los recogidos en el artículo 88.2.a) (cuando la resolución que se impugna fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido), 88.2.b) (doctrina gravemente dañosa para los intereses generales), y 88.2.c) (afectación a un gran número de situaciones por trascender del caso objeto del proceso).

TERCERO.Admisión del recurso.-

Mediante auto de 5 de marzo de 2019, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 6 de junio de 2019, acordando:



<< 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 1840/2019 preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de 26 de diciembre de 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, estimatoria parcial del P.O 1388/17, interpuesto por la representación procesal de D. Desiderio contra la resolución de 18 de diciembre de 2017 de la Directora General de Política Interior -por delegación del Ministro del Interior- que había acordado denegar su solicitud de protección internacional -presentada el 14 de diciembre de 2017- mientras se encontraba internado en un CIE, así como la posterior desestimación de la petición de reexamen.

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 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.

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

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

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

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por el Sr. Abogado del Estado con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico <<...dicte sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito.>>

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la representación procesal de D. Desiderio , se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, solicitando su desestimación en los términos expuestos y la imposición de costas a la parte recurrente.

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 4 de marzo de 2020, en cuyo acto tuvo lugar su celebración , habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso.

Conforme a la delimitación del objeto del presente recurso de casación que, como se ha dicho, se realizó en el auto de admisión, la cuestión a que se ha de dar respuesta es determinar si cuando la petición de asilo se realiza, no en frontera, que es el supuesto a que se refiere el artículo 21 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria; sino por un extranjero que se encuentra ingresado en un Centro de Internamiento de Extranjeros, como autoriza el artículo 25 de dicha Ley, rigen los plazos para dictar la resolución que ponga fin al procedimiento establecidos en aquel primer precepto y, en su caso, los efectos de la extemporaneidad en la decisión.

Para una mejor comprensión del debate suscitado no está de más hacer referencia a los presupuestos fácticos de la actuación administrativa que aquí se revisan; que traen causa de la solicitud que había efectuado al Ministerio del Interior Desiderio –a la sazón, nacional de Argelia y comparecido en esta casación como recurrido–, en fecha 14 de diciembre de 2017, a las 10 horas; solicitud que se realiza desde Centro de Internamiento Provisional para Extranjeros de Archidona (Málaga), donde se encontraba ingresado. Iniciado el correspondiente procedimiento, se hace expresamente constar por el instructor en la resolución de incoación, que la fecha límite para la notificación de la denegación, en su caso, sería el día 18 siguiente a la presentación. No obstante lo anterior, dicha petición se resuelve por resolución del Ministerio de fecha 18 de diciembre



de 2017, que no se notifica al interesado en el Centro mencionado hasta el siguiente día 20, sobrepasado el referido plazo. Ante dicha denegación, en fecha 21 de ese mismo mes, se solicita por el interesado el reexamen de su petición, que se admite a trámite, haciendo constar el instructor que debía resolverse, como fecha límite, el siguiente día 23, no obstante lo cual, no se notifica al solicitante la denegación hasta el día 26, a las 18 horas.

Debe hacerse constar que la resolución denegatoria se funda, a tenor de lo que se concluye en su fundamento de derecho cuarto, en que no concurrían en el solicitante las condiciones para la concesión del asilo ni de la protección subsidiaria, de conformidad con lo establecido en los artículos 21.2º. a) y 25.1º. c) de la mencionada Ley de Asilo.

Sometida la legalidad de la mencionada resolución a la Sala de este Orden Jurisdiccional de la Audiencia Nacional, en la sentencia objeto del recurso de casación se examinan los motivos aducidos por la defensa del recurrente en apoyo de la pretensión revocatoria, rechazándose los referidos a defectos de forma de las actuaciones (omisión de entrevista del solicitante de asilo con su abogado y falta de motivación de la resolución); examinándose a continuación los motivos referidos a la superación de los plazos para resolver (fundamento cuarto); acogiendo la Sala sentenciadora dichos motivos y estimando parcialmente el recurso. Los fundamentos para esa decisión son los siguientes, a tenor de lo expuesto en la sentencia recurrida:

" Como ya hemos indicado, la Administración aplica la doctrina del Alto Tribunal, pero lo hace sólo a las solicitudes en frontera, aplicando el cómputo general, cuando se trata de solicitudes de asilo desde un CIE.

"El art. 25.2 de la Ley 12/2009 , 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>>. Quizás convenga indicar que la tramitación de urgencia se caracteriza porque se rige por lo establecido para el procedimiento ordinario del art 24, <<salvo en materia de plazos que se verán reducidos a la mitad>> -art 25.4-

"C.- Ahora bien, cuando el legislador remite al art. 21 de la Ley y, al propio tiempo, utiliza la expresión <<la tramitación deberá adecuarse>>, ¿quiere decir con ello que los plazos de cuatro días deben computarse de conformidad con lo establecido en el actual art. 30 de la Ley 39/2015 ?

"Nosotros creemos que no. No tenemos duda que la precisión o matización que realiza el legislador es necesaria, pues no cabe aplicar el art. 21 a los supuestos de solicitud en un CIE de forma mimética. Así, por ejemplo, no tiene sentido que en caso de superación de los plazos se autorice la <<permanencia provisional de la persona del solicitante>> en territorio español, pues ya se encuentra en territorio español.

"Ahora bien, admitiendo con la Abogacía del Estado, que la remisión a la regulación del art 21 de la Ley, no puede ser absoluta y puede y debe ser matizada, lo que no compartimos es que la modulación a la que invita el art. 25.2 de la Ley alcance a la forma de cómputo de los plazos.

"Y todo ello por las siguientes razones:

"a.- En primer lugar, por la literalidad del precepto. Cuando el Tribunal Supremo interpretó el alcance de la normativa antes descrita, tuvo muy en cuenta la expresión <<desde su presentación>>. En efecto, el Tribunal es muy claro al indicar que el cómputo del plazo se computa <desde un momento específico>, a saber, desde <la presentación> de la petición..... 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>>.

"Pues bien, aquí tenemos el primer obstáculo que, en nuestra opinión no supera la posición sostenida por la Abogacía del Estado, pues si el plazo se tiene que computar desde la presentación, no es posible acudir al sistema de cómputo establecido en el actual art. 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre .

"En efecto, el art. 30.3 dispone que <<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>>. Lo que implicaría que el cómputo, de admitirse la tesis de la Abogacía del Estado, no se realizaría desde la presentación, sino desde el día siguiente a la notificación del acto. La interpretación propuesta, por lo tanto, sería contraria al tenor de la norma. No estaríamos ante una <<adecuación>> del art 21, sino ante una interpretación que chocaría frontalmente con el tenor del texto normativo.

"Que la expresión <<desde su presentación>> es decisiva para el Tribunal Supremo se desprende del hecho de que el actual art 30 de la Ley 39/2015 , al igual que su predecesor normativo, deja muy claro a lo largo de su regulación que las reglas establecidas en el mismo con carácter general ceden ante la existencia de una regla



especial. Por ello la norma indica que el régimen que establece <<salvo que por Ley o en Derecho de la Unión Europea>> se disponga otra cosa...

"b.- En contra de lo que se sostiene por la Abogacía del Estado, nosotros entendemos que de la propia regulación se infiere que las razones de urgencia también concurren cuando el solicitante se encuentra internado en un CIE.

"Aunque sea con autorización judicial el internamiento en un CIE constituye una restricción de la libertad y debe mantenerse únicamente por el tiempo imprescindible. De hecho, el TEDH ha sostenido de forma reiterada que el mantenimiento en un Centro de Internamiento más allá del estrictamente necesario puede constituir una violación del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece que <<toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad>> a no ser con <<arreglo al procedimiento establecido por la Ley>>.

"... De lo expuesto se infiere que en la medida en que nos encontramos ante una clara restricción de la libertad, los <<principios de rapidez y urgencia>> que inspiraron la solución del Tribunal Supremo en la STS de 30 de junio de 2006 (Rec. 5386/2003), también se dan en el presente caso.

"Precisamente por ello, el legislador remite al art. 21, que es un procedimiento acelerado y urgente e indica que en supuesto de admisión el procedimiento debe ser el de urgencia - art 25.2 de la Ley 12/2009 -, reduciéndose los plazos a la mitad -art. 25.4-. Quizás convenga reparar en que **mientras las solicitudes de asilo admitidas sólo se pueden tramitar por el procedimiento de urgencia en los supuestos del art. 25.1 de la Ley; en el caso de las solicitudes del CIE el procedimiento aplicable es siempre el de urgencia, concurra o no una de las causas tasadas por el art. 25.1.** La explicación tiene que ser necesariamente que, en contra de lo sostenido por la Abogacía del Estado, los principios de rapidez y urgencia que inspiraron a nuestro Tribunal Supremo también concurren cuando la solicitud se realiza desde un CIE.

"c.- En el fondo, salvo mejor lectura, lo que se está sosteniendo por la Abogacía del Estado es que al existir autorización judicial ya no hay urgencia.

"Pero esta posición jurídica no nos parece asumible. Es cierto que el internamiento en un CIE exige autorización judicial, el art. 62 de la Ley Orgánica 4/2000 (LEX) es muy claro al respecto. Precisamente se exige autorización judicial, lo que en principio no se exige en frontera, salvo en el caso previsto en el art 60.1 LEX, porque la restricción de la libertad es mayor.

"El internamiento en un CIE es una medida cautelar -art. 61.1.e) de la LEX-, a instancia de la Administración y que, precisamente por su carácter cautelar, debe durar el tiempo imprescindible para conseguir la eficacia del acto de expulsión. Si la expulsión no es posible, el internamiento debe cesar. La norma es muy clara al establecer que el internamiento <<se mantendrá por el tiempo imprescindible>>, sin que pueda superar los 60 días.

"La autorización judicial del internamiento por el tiempo imprescindible, en la medida en que nos encontramos ante una restricción de libertad, no puede justificar una mayor relajación en la tramitación o una interpretación más generosa de los plazos, pues la urgencia con causa en la restricción de libertad sigue existiendo.

"No es competencia de esta Sala acordar el cese en el internamiento. Sin duda esta decisión corresponde a la Administración y al Juez de Instrucción conforme a lo establecido en el art. 62.3 de la LEX.

Pero lo que si puede adoptar esta Sala es la decisión de que superado el plazo para la inadmisión o denegación en los términos establecidos en el art. 21, la consecuencia jurídica, como indica la STS 7 de noviembre de 2016 (Rec. 1656/2016) que habla de una **especie de silencio positivo, es que la solicitud debe ser admitida a trámite - art 21.5 de la Ley 12/2009 -, siendo consecuencia de lo anterior el juego del principio de no devolución hasta que se dicte la correspondiente resolución - art. 18.1.d) de la Ley 12/2009 -.**

"La Sala no interfiere en el ámbito competencial del Juez de Instrucción, ni deja sin efecto su Resolución. Corresponderá a la Administración y al Juez de Instrucción, en su caso, de oficio a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, analizar si tiene sentido mantener la restricción de libertad, tal y como señala el art. 62.3 LEX, en el caso de no ser posible adoptar la correspondiente decisión de asilo por el procedimiento de urgencia, poniendo al extranjero <<inmediatamente en libertad>>. Tanto en los supuestos de admisión expresa a trámite regulado en el art. 25.2 de la Ley; como en los supuestos de admisión por <<silencio positivo>> del art. 21.5 de la misma norma .

"En resumen, la Sala entiende que, en contra de lo sostenido por la Abogacía del Estado, no existe razón alguna para no mantener la interpretación dada por el TS en supuesto de solicitudes en frontera. Sin que nos encontremos ante un supuesto de **abuso de derecho**, sino, en todo caso, de petición infundada a la que debió darse respuesta en plazo.



"La estimación de la demanda, sin embargo, debe ser parcial, pues no debemos conceder el asilo solicitado, sino simplemente anular la resolución dictada para que, con los efectos previstos en el art. 21.5 de la Ley 12/1009, tras la correspondiente tramitación del procedimiento, por la Administración se dicte la Resolución que proceda en Derecho.

... El motivo debe estimarse."

A la vista de la decisión de la Sala de instancia se interpone el presente recurso de casación por la Abogacía del Estado, que centra el debate casacional en la aplicación del artículo 21, en relación con el 25, de la Ley de Asilo, al considerar que de tales preceptos ha de concluirse que los plazos para comunicar la denegación, tanto del derecho de asilo como el reexamen de dicha denegación, no requieren que fueran notificadas en los plazos, respectivamente, de cuatro y dos días, establecidos en el artículo 21. Sostiene por la Abogacía del Estado, que esa asimilación entre peticiones presentadas en frontera y en los CIE, como interpreta la Sala de instancia, no puede sostenerse y ello porque; de una lado, la presentación en un CIE tiene carácter excepcional, en cuanto quien presenta su solicitud en frontera trata de entrar en el territorio español, por el contrario, quien realiza la presentación en un CIE, comporta que ya está en territorio español; de otro, que quien presenta su solicitud en frontera se encuentra en una situación personal muy peculiar, porque mientras se dicta la resolución ha de permanecer en dependencias habilitadas al efecto, sin intervención judicial alguna; circunstancia que no concurre en el supuesto de quienes realicen la petición estando ya ingresado en un CIE, porque el ingreso ha sido acordada por una autoridad judicial con intervención del Ministerio Fiscal, es decir, dictada en procedimiento contradictorio.

Ese diferente régimen tiene una importante consecuencia temporal, a juicio de la defensa de la Administración porque, así como en el caso de la solicitud en frontera los plazos, ante aquella falta de garantía sobre la retención del interesado, son sumamente breve, en el caso de la petición cuando está ingresado en un CIE el plazo se alarga hasta 60 días.

De todo ello se concluye por la Abogacía del Estado que el cómputo realizado por la jurisprudencia para los supuestos de peticiones realizada en frontera no puede ser aplicada a las peticiones realizadas en los CIEs, porque no concurre la excepcionalidad que justificaría aquel cómputo.

Todo ello se utiliza por la defensa de la Administración para concluir que la remisión que hace el artículo 25 al 21 de la Ley de Asilo no puede ser integral y que la demora de las notificaciones de las resoluciones para los solicitantes que ya están ingresados en un CIE, ni puede ser la de decretar la libertad del interesado –criterio que se pone de manifiesto en el escrito de interposición ya había declarado en otras resoluciones anteriores la misma Audiencia Nacional–, ni una resolución de permanencia en España, porque ya se encuentra dentro de nuestro País.

De la situación peculiar en que se encuentra quien ha solicitado el asilo estando ya ingresado en un CIE, con relación a quien hubiera solicitado el asilo en frontera; la única solución admisible, en contra de lo sostenido en la sentencia, es la de no realizar el cómputo de los plazos en la forma concluida por la Jurisprudencia para este segundo supuesto, estimando que la aplicación del artículo 21, por remisión del artículo 25, debe serlo con exclusión de los plazos que en este segundo precepto se imponen; de donde se termina por suplicar en el recurso que se acoja la interpretación del precepto en los términos señalados y que, decidiendo sobre la pretensión concreta, se case la sentencia de instancia y se dicte otra, en sustitución, en la que se desestime el recuso originariamente interpuesto contra la resolución administrativa, que debe ser confirmada.

A las razones contenidas en el escrito de interposición se opone la defensa del recurrente en la instancia que suplica la confirmación de la sentencia impugnada, con desestimación del recurso.

SEGUNDO. Examen de la cuestión casacional objetiva.

Delimitado el objeto del presente recurso en la forma expuesta, hemos de señalar que esta Sala ha tenido ya oportunidad de pronunciarse en relación con el interés casacional objetivo que se suscita en este recurso en varias sentencias recientemente, cuya doctrina debe seguirse en aplicación de los principios de unidad de doctrina y de igualdad en la aplicación e interpretación de las normas.

Una primera aproximación al debate se hace en nuestra sentencia 1211/2019, de 23 de septiembre, dictada en el **recurso de casación 4798/2018** (ECLI:ES:TS:2019:2873), que solo muy tangencialmente examina el debate de autos de manera coyuntural, por impugnarse en el mencionado recurso un auto de medida cautelar dictada en un proceso en que se impugnaba una resolución similar a la de autos, sin examinarse expresamente el debate sobre los plazos para decidir sobre el asilo porque, dada la naturaleza de la resolución impugnada y el procedimiento, "no era objeto de controversia."



Sí se suscita el debate de autos de manera directa y en toda su extensión en el **recurso de casación 1059/2018** (ECLI:ES:TS:2019:3410), que se decide por la sentencia 1211/2019, de 23 de septiembre. Se impugnaba una resolución de contenido similar a la de autos, habiéndose dictado sentencia en la instancia, también por la Sala de Audiencia Nacional, de contenido idéntico a la que aquí se revisa; y que también allí fue recurrida en casación por la misma Abogacía del Estado, con argumentos casi idénticos a los que se invocan en este recurso de casación. Es importante hacer constar que al resolver la cuestión que suscitaba interés casacional objetivo, similar a la de autos, nuestra sentencia, resumida en el fundamento séptimo, no deja lugar a dudas en cuanto que " *el reenvío que efectúa el artículo 25.2º al artículo 21, ambos de la Ley 12/2009, es integral.*"

Es decir, se rechaza la interpretación que se proponía por la Abogacía del Estado, parte recurrente, en el sentido de considerar que el cómputo de los plazos del procedimiento de urgencia cuando se solicitaba la petición de asilo desde la situación de ingresado en un CIE, quedaba excluido de esa remisión. Que es, debe recordarse, la tesis mantenida en el presente recurso.

Bien es verdad que la sentencia termina por estimar el recurso, casa la sentencia de instancia y dicta otra, en sustitución, en la que se termina desestimando el recurso contencioso- administrativo interpuesto por el solicitante de asilo; pero ello lo es, como se razona profusamente en su fundamento sexto, por considerar que en el caso enjuiciado, el solicitante de amparo había ejercido su derecho con abuso del derecho, fraude de ley y un ejercicio antisocial del mismo; dejando la sentencia constancia detallada de tales circunstancias en el fundamento tercero.

Nuevamente se examina esta cuestión en nuestras sentencias 1728/2019 y 1801/2019, de 13 y 17 de diciembre, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación **6538/2018** (ECLI:ES:TS:2019:4070) y **2459/2019** (ECLI:ES:TS:2019:4071). Y es necesario detenernos en el contenido de las dos mencionadas sentencias –hay remisiones entre ellas–, porque, de una parte, vienen a consolidar el criterio ya sucintamente establecido en la sentencia 1472/2019; de otra y en contra de lo declarado en esta, hace abstracción de las concretas circunstancias del caso enjuiciado, respecto del cual no se considera que concurriera el ejercicio espurio del derecho por parte del solicitante de asilo; lo que lleva a la desestimación de los dos recursos interpuestos por la Abogacía del Estado y a ratificar la interpretación que se había sostenido por la Sala de la Audiencia Nacional, al igual que sucede en la sentencia que aquí se revisa.

A vista de lo declarado en las dos sentencias reseñadas, que constituyen la más reciente jurisprudencia de esta Sala Tercera, procede hacer las siguientes consideraciones:

Primero.- No puede establecerse especialidad alguna en cuanto al procedimiento y, en concreto, al cómputo de los plazos, en las peticiones de asilo en función de que la petición se realice por un extranjero que se encuentre ingresado en un CIE, respecto de las solicitudes que se realicen en frontera. Como se declara en las mencionadas sentencias para rechazar la posición contraria defendida por la parte recurrente en casación " *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 ."* Se insiste en esa falta de excepcionalidad cuando se declara " *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.*"

Segundo.- Sentado lo anterior y en su consecuencia, siendo idéntico el cómputo de los plazos en un supuesto u otro, las sentencias dejan constancia clara de que los plazos del artículo 21 son aplicables a las solicitudes presentadas en un CIE, porque " *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 si 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>>...

Tercero.- Partiendo de la anterior interpretación de los preceptos y el cómputo de los plazos, la cuestión se difiere a los efectos de la decisión extemporánea de la denegación del derecho de asilo o protección sustitutoria o del reexamen, conforme a lo establecido en el artículo 21. Esa cuestión se decide en las sentencia declarando: *" 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."*

Cuarto.- La consecuencia de las anteriores consideraciones llevan a declarar a este Tribunal que en aquellos supuestos en que, habiéndose seguido el procedimiento de urgencia a una petición de asilo o protección subsidiaria, como es preceptivo, la extemporaneidad en la notificación de las resoluciones, computados los plazos en la forma antes concluida, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.5º de la Ley de Asilo, *" 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."*

Quinto.- Lo antes concluido comporta una relevante consecuencia en cuanto al aspecto personal del extranjero que hace la petición estando ingresado en un CIE, cual es que la necesidad de tramitar su petición por el procedimiento ordinario, lo cual puede llevar a sobrepasar el plazo de los 60 día que puede durar dicho internamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.2º de la Ley Orgánica de Extranjería y reitera el artículo 21 del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros, aprobado por Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo. Ahora bien, esa situación no puede comportar una carga para el extranjero en la merma de su derecho al procedimiento legalmente establecido, al que se hace referencia ya en el artículo 105.c) de la Constitución, cuando, como no consta otra cosa en el caso de autos, se limita a ejercer su derecho de efectuar su petición de asilo una vez ingresado en un CIE, siendo una potestad de la Administración, en su vertiente de deber, de tramitar el procedimiento, pero acorde a las exigencias que se imponen por el Legislador. Se quiere con lo expuesto señalar que no puede negarse el derecho a la tramitación del procedimiento en la forma legalmente prevista, al amparo de un ejercicio espurio que no puede desconocer la exigencia legal u obstaculizar dicho ejercicio coartando el derecho que se reconoce al solicitante de asilo. Por ello, la solución a la situación que se genera, no por la solicitud del asilo estando ingresado en un CIE, que la norma autoriza, sino por desconocer la Administración la obligación que le impone el Legislador, ha de encontrar solución en el ámbito del régimen de dichos Centros de Internamiento, que si bien está encomendada al Ministerio del Interior (artículo 3 del Reglamento); los ingresos deben estar ordenados por los Jueces de Instrucción (artículo 62 de la Ley y 21 del Reglamento), siendo así mismo de su competencia el control de las salidas (artículo 37 del Reglamento). Es decir, será en el ámbito del régimen de estancia en los Centros como deberá dar salida a la situación generada.

TERCERO. Interpretación que se propone de la cuestión de interés casacional.

Conforme a lo razonado y concluido en el párrafo anterior y atendiendo a los preceptos a que también se ha hecho referencia, debemos concluir que cuando se solicite el asilo estando ya internado el solicitante en un Centro de Internamiento de Extranjeros, los plazos para resolver, cuando se siga el procedimiento de urgencia, deben ser los establecidos para cuando dicha petición se haga en frontera, es decir, computando los plazos de cuatro días para la denegación del asilo y los dos días para la petición de reexamen, en su caso, deberá realizarse de momento a momento, es decir, desde la fecha de presentación de la petición ante la Administración y desde el concreto momento en que, dentro de las del día, se realice dicha presentación, sin excluir los días inhábiles. En otro caso, deberá seguirse el procedimiento ordinario, sin que pueda ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud.

CUARTO. Resolución del caso, efectos y fraude de ley.

La aplicación de los criterios anteriores comporta que procede la desestimación del recurso, dado que la sentencia de instancia aplica la doctrina ya reseñada, sin que se hayan cuestionado los hechos de que se parte,



en concreto, el cómputo de los plazos de notificación de las resoluciones que pusieron fin al procedimiento. Y en este orden de cosas, quiere también recordarse que, en la tramitación del procedimiento de autos, el mismo instructor del expediente dejó señalado en las resoluciones de inicio del mismo, los concretos plazos en que debía dictarse, y notificarse, las resoluciones definitivas.

Por otra parte, conforme ya declaramos en las dos sentencias a que se ha hecho referencia reiteradamente, no considera la Sala que en el presente supuesto sea aplicable las correcciones que impondrían apreciar la existencia de un fraude de ley o un abuso del derecho por parte del solicitante de asilo, ni un ejercicio antisocial. En efecto, el fraude de ley, en definición de la doctrina, " *se produce con la utilización de un medio indirecto para eludir la aplicación de la norma, tratando de ampararse en otra ley que sólo de manera aparente protege el acto realizado.*" Es decir, están en cuestión dos normas, una subyacente, que tiene carácter imperativo y que en nuestro caso sería la obligación de expulsión del solicitante de asilo, de ahí su internamiento en el CIE; de otra, una norma aparente, que es la que se invoca y que en nuestro caso sería el derecho a solicitar el asilo. En el razonamiento de la aplicación del fraude de ley cabría pensar que el interesado ha solicitado el asilo para evitar la expulsión. Ese razonamiento, que no escapa a la Sala, deja sin explicar que nada de esto se haría producido de haber atendido la Administración sus obligaciones y hubiera dictado las resoluciones en los plazos que, insistimos, el Legislador le impone. Porque en esta tesitura nos obliga a imputar al interesado una intencionalidad espuria de la que no existe más evidencias que la mera sospecha del momento en que se solicita el asilo; lo cual obliga a contraponer que no puede desconocerse que se haya demorado esa petición por la entrada clandestina en nuestro País, que es un hecho notorio, lo cual ciertamente que dificultaría solicitar el asilo en frontera, porque es incompatible con esa entrada ilegal, pero que no excluye la solicitud de asilo y es quizás por ello por lo que el Legislador ha previsto, y regulado, la solicitud directamente desde los CIEs.

Y en cuanto al abuso del derecho y al ejercicio antisocial de mismo, su acogimiento en supuestos como el presente, en el que el ciudadano se limita a utilizar un derecho que le reconocen, no solo nuestra norma interna, sino normativa internacional, que no es necesario recordar; comporta un riesgo en la efectividad de esos derechos para los que este Tribunal, y el de instancia, son los últimos garantes. Es más, cabría suscitar la polémica sobre la legitimidad de quien acude a la solicitud de asilo en momento ulterior a la entrada en nuestro País, cuando es notoria la dificultad de esa entrada, que el Legislador no desconoce pero que trata de evitar por diferentes vías, sin que requiera que los Tribunales amplíemos esas vías por una interpretación, no ya de la norma, sino de la intencionalidad del sujeto. Es natural a la propia situación de quienes residen clandestinamente en nuestro País pretende evitar la medida de expulsión, pero ya el propio Legislador ha tratado de evitar esas situaciones que, en supuestos como el presente, comporta un procedimiento, con unas garantías que no pueden ser desconocidas. Queremos decir, que si es natural la intención del ciudadano solicitante del asilo en ese momento de evitar la expulsión, ya el propio Legislador ha tratado de evitar esa estancia ilegal en España por la vía de una potestad de dictar una resolución mediante un régimen especial, el procedimiento de urgencia, sin que se considere admisible establecer nuevas limitaciones por vía interpretativa con la imputación de una intencionalidad en el ejercicio del derecho de la que, como cuestión de hecho, nada consta.

Y tiene declarado la Sala Primera de este Tribunal, pero que es aplicable en nuestro ámbito Jurisdiccional, que el abuso de derecho es cuestión jurídica que ha de resultar de los hechos acreditados en autos (sentencias de 5 de marzo de 1991 y 28 de noviembre de 1992) sin que sea apreciable cuando el derecho está garantizado legalmente y debiendo ser interpretado de manera restrictiva, ya que se trata de una figura jurídica de carácter excepcional (sentencias de 30 de julio de 1991 y de 2 de diciembre de 1994) a la que sólo se puede acudir cuando no existe otra vía para conseguir que el derecho se ejercite dentro de lo que constituyen sus límites normales, habiendo declarado reiterada jurisprudencia que no actúa abusivamente quien utiliza su derecho (sentencias de 18 de mayo de 1981 y 30 de junio de 1986), porque " *difícilmente puede calificarse el ejercicio de un derecho como abusivo cuando se ajusta a las previsiones legales*" (sentencia de 25 de septiembre de 2008).

Y sería de añadir a lo expuesto que, a la vista del contenido de la resolución dictada en el caso de autos, los plazos señalados no pueden servir para imputar un ejercicio antisocial por evitar atender peticiones más razonables --que obliga a difícil y compleja valoración-- incluso con los presumidos servicios limitados de la Administración para la tramitación de esta clase de procedimientos. Y debe traerse a colación la lógica vinculación que establece la jurisprudencia expuesta en relación al carácter restrictivo del abuso del derecho, quedando proscrito cuando existan otras vías legales para imponer el ejercicio legítimo del mismo. Su aplicación al caso llevaría a que, si el ciudadano solicitante del asilo en esas condiciones abusa de su derecho de petición para evitar la orden de expulsión, el propio Legislador ha impuesto un mecanismo sumamente efectivo para evitar ese abuso, acudir al procedimiento urgente para decidir la petición y a ello debió y debe atenerse la Administración.

QUINTO. Costas procesales.-



Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4º, en relación con el art. 139.3º y 2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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 Primero. Declarar que la interpretación de la cuestión casacional suscitada en el presente recurso de casación es la que se establece en el fundamento tercero.

Segundo. No ha lugar al recurso de casación 1840/2019 interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 26 de diciembre de 2018, dictada en el procedimiento ordinario 1388/2017.

Tercero. No procede hacer declaración sobre el pago de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Segundo Menéndez Pérez

Rafael Fernández Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Wenceslao Francisco Olea Godoy Inés Huerta Garicano

Francisco Javier Borrego Borrego Ángeles Huet de Sande

VOTO PARTICULAR

DEL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON JAVIER BORREGO BORREGO A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACION NÚMERO 1840/2019.

Al amparo de los artículos 117.1 CE y 1 y 260 LOPJ, expreso mi respetuoso disenso con la mayoría, al no haber considerado la existencia de fraude de ley en el presente asunto.

Conforme con la interpretación realizada en la sentencia respecto del cómputo del plazo para la resolución expresa de una solicitud de asilo (artículos 21 y 25.2 Ley 12/2009 de Asilo).

Mi desacuerdo se centra en la no aplicación del artículo 6.4 Código Civil. La no resolución en el plazo de cuatro días naturales de una solicitud de asilo desde un CIE, "determinará su tramitación por el procedimiento ordinario, así como la entrada y permanencia provisional (en territorio español) de la persona solicitante", art. 25.1 Ley de Asilo citada. Un extranjero que se encuentra, por disposición judicial, en un CIE pendiente de su expulsión, que "no aporta documentación acreditativa de su identidad en apoyo de su solicitud", "con informe contrario al asilo evacuado por el ACNUR", etc..., logra así salir del CIE, y permanecer en España con libertad de movimiento. La resolución judicial que ordenó su internamiento en el CIE para la expulsión queda sin efecto, por el hecho de solicitar asilo y no tener respuesta expresa en los cuatro días naturales siguientes. Se realiza en este caso un acto "al amparo de una norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, (que) se considerará ejecutado en fraude de ley".

En un caso semejante lo estimó así esta Sección en su sentencia del 29 de octubre de 2019, rec. 1059/2018. Y en una posterior sentencia de 19 de enero de 2020, rec. 3348/2019, en un caso semejante, no analizó la existencia de fraude de ley, por lo que formulé voto particular a la misma. Me remito a esta sentencia y al voto particular expresado en la misma.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.