



Roj: **SAN 4258/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:4258**

Id Cendoj: **28079230082016100509**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **08/11/2016**

Nº de Recurso: **365/2015**

Nº de Resolución: **541/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000365 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05144/2015

Demandante: DON SILVINO GONZÁLEZ MORENO

Procurador: DON Franco

Demandado: MINISTERIO DE INTERIOR

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Madrid, a ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº **365/2015**, promovido por el Procurador de los Tribunales **don Silvino González Moreno**, en nombre y representación de **don Franco**, contra actuación constitutiva de vía de hecho del Ministerio del Interior.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución del Ministro del Interior de 4 de septiembre de 2015, notificada el 5 de septiembre de 2015 a las 12:35 horas, se denegó la solicitud de protección internacional formulada por don Franco.

El 4 de septiembre de 2015, a las 19:52 horas, la Letrada doña Inés González Soria remitió vía fax a la Subdirección General de Asilo solicitud de reexamen.



Con fecha 8 de septiembre de 2015 desde puesto fronterizo del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas se comunicó a la Oficina de Asilo de Asilo y Refugio que "la solicitud fue denegada y notificada el día 5 de septiembre de 2015, a las 12:35 horas, no constando en este Puesto Fronterizo del Aeropuerto Adolfo Suárez, Madrid-Barajas, a las 09:39 horas del día 8 de septiembre de 2015, la presentación de la solicitud de reexamen en el plazo previsto de dos días, según lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley **12/2009**, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria.

Con la misma fecha la Oficina de Asilo y Refugio comunicó al Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas que "En relación al fax recibido hoy 8 de septiembre de 2015, sobre no presentación en esas dependencias de petición de reexamen de la denegación de la solicitud de protección internacional, de Franco, cuya notificación de la resolución denegatoria se realizó el día 5 de septiembre de 2015, a las 12:35 horas, y siendo las 11:00 horas del día de hoy, se comunica que no tenemos constancia de la presentación en esta Oficina de Asilo de la citada petición de reexamen, cuyo plazo de presentación del reexamen es, conforme al artículo 21.4 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, de dos días contados desde su notificación. Dado que el plazo de presentación de este reexamen finalizaba ayer, día 7 de septiembre 2015, sin que se haya recibido petición al efecto, ni en el puesto fronterizo ni en el órgano responsable de su tramitación, se comunica que, conforme a los artículos 21 y 29 de la citada Ley **12/2009** y a los principios de celeridad e inmediatez propios de este procedimiento específico, se da por resuelta su solicitud, habiendo puesto fin a la vía administrativa la expresada resolución denegatoria".

Por escrito presentado el 7 de septiembre de 2015 la Letrada de don Franco, doña Inés González Soria, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación de vía de hecho del Ministerio del Interior por mantener a la persona solicitante de protección internacional en las dependencias del puesto fronterizo una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para acordar y notificar la resolución de la petición de reexamen.

Por auto de 8 de septiembre de 2015, confirmado por los de 24 de septiembre de 2015 y 3 de marzo de 2016, la Sala "estimó la solicitud de la parte actora y apreciando las circunstancias de especial urgencia concurrentes acordar como medida cautelarísima la autorización de entrada y permanencia provisional en España del recurrente Franco".

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda.

Por escrito de 19 de febrero de 2016 el Procurador de los Tribunales don Silvano González Moreno, en nombre y representación de don Franco, formalizó escrito de demanda alegando que la Sala había acordado la medida cautelarísima de entrada y permanencia provisional en España del recurrente porque la Administración no había resuelto la petición de reexamen en plazo oportuno y que sobre esta cuestión -cómputo del plazo para resolver la Administración la solicitud de reexamen y consecuencias de la no resolución en tiempo oportuno- ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Añadía que el recurrente ha padecido limitación de su libertad deambulatoria y que no procede que se dicte una resolución denegatoria del reexamen por el procedimiento acelerado/brevísimo de tramitación de asilo en frontera, pues se prescindiría total y absolutamente del procedimiento establecido.

Termina solicitando a la Sala que dicte sentencia "acordando declarar no ser conforme a Derecho la actuación constitutiva de vía de hecho del Ministerio, que prolongó indebidamente la permanencia de la persona refugiada en las dependencias habilitadas al efecto en el puesto fronterizo, reconociendo el derecho del demandante a que se tramite la solicitud de protección internacional por el procedimiento ordinario, con permanencia provisional del interesado en territorio español durante la tramitación del mismo en vía administrativa".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia por la que se "inadmita el recurso contencioso-administrativo, con expresa condena en costas, y subsidiariamente, desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa condena en costas".

A estos efectos formula las siguientes alegaciones: a) procede el archivo de las actuaciones por pérdida sobrevinida de objeto; b) inexistencia de vía de hecho.

TERCERO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 2 de noviembre de 2016.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.



Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dirige el presente recurso contra lo que la parte actora considera una actuación constitutiva de vía de hecho por parte de la Administración demandada al prolongar indebidamente la permanencia del recurrente en las dependencias del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, habiendo expirado el plazo de resolución y notificación de la petición de reexamen de la solicitud de protección internacional formulada por aquél, que había sido previamente denegada por Resolución del Ministro del Interior de 4 de septiembre de 2015.

SEGUNDO.- La pretensión deducida por la parte actora en el presente recurso es que se le reconozca el derecho a que se tramite su solicitud de protección internacional por el procedimiento ordinario, acordando su permanencia provisional en España durante la tramitación del mismo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.5 de la Ley de asilo.

Siendo tal la pretensión no cabe apreciar la pérdida sobrevenida de objeto, que como óbice procedimental invoca la Abogacía del Estado, pues es en la presente resolución donde se ha de examinar y resolver la cuestión controvertida con independencia de los efectos que se hayan podido derivar de las resoluciones dictadas en fase de justicia cautelar.

Como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, el artículo 21.5, puntos 4 y 5, de la Ley **12/2009** establece que "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. 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".

No cabe duda de que el plazo de dos días, tanto para la presentación de la petición de reexamen como para la resolución de esa petición, ha de computarse desde el momento de la notificación de la resolución denegatoria de protección internacional y desde la presentación de la solicitud, respectivamente, incluyendo domingos y festivos y de hora a hora.

La regulación de la presentación de la solicitud se encuentra en el Reglamento de aplicación de la anterior Ley 5/1984, en cuyo artículo 4 se establece que la presentación de la solicitud de asilo en España deberá hacerse en: "a) Oficina de Asilo y Refugio; b) Puestos fronterizos de entrada al territorio español; c) Oficinas de Extranjeros; d) Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior; e) Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero".

Por otra parte, el artículo 6.3 de la misma normativa indica que "Las solicitudes de asilo, acompañadas de la documentación correspondiente, se remitirán por las dependencias mencionadas en el artículo 4 a la Oficina de Asilo y Refugio de forma directa e inmediata".

Para las solicitudes en frontera, dispone el artículo 19 que "1. Se entenderá presentada una solicitud de asilo en frontera a partir del momento en que ésta se formalice en los términos del artículo 8.3. 2. El funcionario del Cuerpo Nacional de Policía responsable, en su caso, de la Oficina de Asilo y Refugio, ante quien se formulara una petición de asilo, informará al interesado de sus derechos en los términos establecidos en el artículo 5 del presente Reglamento, y facilitará al interesado un formulario para solicitar asilo con arreglo al artículo 8.2, así como asistencia letrada e intérprete en los términos del artículo 8.4. 3. El formulario de solicitud de asilo deberá cumplimentarse y ser firmado por el solicitante conforme al artículo 8.3. A continuación se remitirá, junto con copia de la documentación aportada por el solicitante, de forma directa e inmediata, a la Oficina de Asilo y Refugio, que procederá a su traslado al ACNUR y se decidirá, a la vista del contenido de la solicitud, su admisión, o bien se propondrá al Ministro de Justicia e Interior la inadmisión a trámite de la misma. 4. En ambos supuestos, la decisión se comunicará al puesto fronterizo en el plazo máximo de setenta y dos horas. En el supuesto de que se autorice la entrada en España del solicitante, se le documentará en los términos del artículo 13.2. En este caso, la tramitación del expediente continuará rigiéndose por lo previsto en el capítulo III del presente Reglamento".



Para el procedimiento del reexamen, el artículo 21 establece que es el funcionario responsable en frontera quien facilitará al interesado un formulario al efecto y que la petición será resuelta por el Ministro del Interior, debiendo notificarse la resolución al interesado en el plazo de dos días desde la presentación de la misma.

De dichas normas, reguladoras del procedimiento especial que nos ocupa, resulta claro que la petición de protección internacional y la petición de reexamen no se pueden presentar en cualquier oficina o registro público, sino en los lugares expresamente establecidos en el artículo 4 del Reglamento. Y tratándose de peticiones en frontera, tal solicitud ha de hacerse en el formulario que el funcionario responsable en frontera facilita al interesado, ante dicho funcionario.

En el presente caso, aunque la solicitud de reexamen no se efectuó ante el funcionario que refiere el artículo 4 del Reglamento ni se hizo por el interesado, y siendo cierto también que se formalizó anticipadamente, sin embargo, se presentó en Oficina de Asilo y Refugio, actuación que exigía de la Administración una respuesta más allá de tener por no presentada la solicitud de reexamen, pues como ya se ha dicho en anteriores ocasiones en supuestos de análogo alcance al que nos ocupa,

"...ante una solicitud de reexamen formulada en forma, en este caso minutos después de que se remitiese por fax la denegación pero minutos antes de que se firmase la notificación escrita, la Administración no solo no realiza actividad administrativa alguna, sino que expresamente indica que tiene por no formulada la petición de reexamen. No realiza comunicación alguna al interesado en el sentido de tenerla por no realizada, o de considerarla extemporánea, ni le coloca en situación de subsanar tal eventual defecto en la presentación de la solicitud, limitándose a comunicar a esta Sala que no se ha presentado solicitud de reexamen, y que el fax recibido en tal sentido se tiene por no interpuesto -en nuestro caso no han tenido la consideración de reexamen.

"Como se ha dicho en anteriores resoluciones de esta Sala la Administración recibió la solicitud y no la tramitó, ni dictó resolución alguna de rechazo, o fijando la fecha o momento en que se tendría por formulada, o requiriendo a la interesada para subsanar el defecto advertido.

TERCERO.- Acerca de la vía de hecho declara el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de octubre de 2014 que

"... El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure).

"Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

"El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el artículo 93 de la LRJ y PAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el artículo 57.1 LRJ y PAC.

"El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo.

"En definitiva, como señalamos en sentencia de 8 junio 1993, "La vía de hecho o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite.

En nuestro caso resulta sumamente dudosa la existencia de vía de hecho, pues ya existía una resolución administrativa previa, la Resolución del Ministro del Interior de 4 de septiembre de 2015 por la que se deniega la solicitud de protección internacional, de modo que teniendo en cuenta el curso de las actuaciones y que el recurrente tampoco se atuvo a las concretas determinaciones del Reglamento de la Ley de asilo, pues formuló la petición de reexamen extemporáneamente y vía fax, no ante el funcionario, y no lo hizo personalmente, resulta cuestionable que pueda entenderse por parte de la Administración un caso de "extralimitación". Más bien lo procedente sería entender que ha existido una denegación presunta de la solicitud de reexamen.



No obstante, teniendo en cuenta el curso de las actuaciones seguidas en el procedimiento administrativo, ya descritas, el parecer de la Sala es que el recurrente tiene derecho a que la solicitud de protección internacional se tramite por el procedimiento ordinario, pues así lo establece imperativamente el artículo 21.5 de la Ley **12/2009** : "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".

Conforme a cuanto antecede, el recurso, con las salvedades expuestas, debe ser estimado y reconocerse el derecho de don Franco a que la solicitud de protección internacional se tramite por el procedimiento ordinario previsto en el artículo 24 de la Ley **12/2009** , autorizando la entrada y permanencia provisional en España sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente.

CUARTO.- La problemática que ha planteado este recurso aconseja no hacer declaración en costas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.-Estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **don Franco** contra actuación constitutiva de vía de hecho del Ministerio del Interior, actuación que anulamos y dejamos sin efecto.

SEGUNDO.- Declarar el derecho de don Franco a que la solicitud de protección internacional se tramite por el procedimiento ordinario previsto en el artículo 24 de la Ley **12/2009** , autorizando la entrada y permanencia provisional en España sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente.

TERCERO.- Sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.