



Roj: **STS 4068/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4068**

Id Cendoj: **28079130032016100346**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/09/2016**

Nº de Recurso: **1668/2016**

Nº de Resolución: **2012/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1268/2016,**  
**STS 4068/2016**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 19 de septiembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1668/2016, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia dictada en fecha 4 de abril de 2016 y en su recurso 605/15 por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en materia de asilo. No habiéndose personado ninguna otra parte.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 2ª) dictó sentencia estimando el recurso. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la Administración del Estado se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de fecha 6 de mayo de 2016; al tiempo que se ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**SEGUNDO .-** Emplazadas las partes, el Sr. Abogado del Estado compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 10 de junio de 2016 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó se declarara haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida y dictando otra por la que se desestime el recurso contencioso administrativo.

**TERCERO .-**El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 14 de julio de 2016, y a la vista de no haberse personado ninguna parte como recurrida, por diligencia de ordenación de 15 de julio de 2016 se ordenó quedaran los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les correspondiera.

**CUARTO .-** Por providencia de fecha 5 de septiembre de 2016, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 13 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar.

**QUINTO .-** En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** se impugna en este recurso de casación nº 1668/2016 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 2ª) dictó en su recurso contencioso-administrativo 605/15, por medio de la cual se estimó el formulado por la Procuradora Sra. González Soria, en nombre y representación



de D.<sup>a</sup> Salome (nacional de la República Dominicana), contra la actuación del Ministerio del Interior (a través de la Oficina de Asilo y Refugio) constitutiva de vía de hecho al prolongar de facto el internamiento de la interesada en las dependencias del aeropuerto de Barajas sin resolver en plazo la petición de reexamen de la denegación de protección internacional.

Como decimos, la Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo, anuló la resolución impugnada y reconoció al actor el derecho a que su petición fuera tramitada por el procedimiento ordinario, con autorización de entrada y permanencia provisionales en territorio español, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse en la resolución definitiva que se adopte en vía administrativa.

**SEGUNDO.-** Con remisión a su anterior sentencia de 11 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 513/15), la Sala fundó la estimación del recurso contencioso-administrativo en las siguientes argumentaciones:

«**SEGUNDO.-** Un asunto idéntico al que ahora examinamos, ha sido analizado y resuelto en nuestra sentencia de 11 de marzo de 2016, recurso contencioso administrativo 513/2015 .

" **SEGUNDO.-** Establece el art. 21.5 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre , de derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que "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.

Por lo tanto, con base a una interpretación literal de la norma, cuando haya transcurrido el plazo para resolver la petición de reexamen sin que se haya notificado resolución expresa, la Administración debe tramitar la solicitud "por el procedimiento ordinario", así como autorizar "la entrada y permanencia provisional de la persona del solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva", lógicamente dictada tras la tramitación del procedimiento ordinario.

Por lo demás, el art. 21.4 de la Ley 12/2009 , en relación con el reexamen dispone 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". Es decir, que la Administración dispone de "dos días" contados "desde el momento" en que la petición de reexamen se hubiese formulado para su resolución y transcurrido que sea dicho plazo debe tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario y autorizar la entrada y permanencia hasta que se resuelva la petición de asilo.

No procede, por lo tanto, que analicemos si el recurrente reúne o no los requisitos para que le sea concedido el asilo. Lo que debemos analizar es si se superó o no el plazo de dos días al que se refiere la norma, pues de haber superado, la Administración no tiene otra opción -"determinará"- que tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario y autorizar la entrada y permanencia provisional.

El problema central del litigio es como deba interpretarse la acepción "dos días". Para la Abogacía del Estado la norma no contiene ninguna especialidad y, por lo tanto, debe estarse a lo establecido en el art 48.1 de la Ley 30/1992 . Para la Sala si existe una regla especial como se infiere de la expresión "desde el momento", lo que implica que el plazo debe computarse desde que se presenta el escrito de reexamen, lo que se traduce, por tanto, en que el cómputo es de 48 horas desde la solicitud de reexamen, sin exclusión del cómputo de los domingos y festivos.

La interpretación propuesta por la Sala debe mantenerse por las siguientes razones:

1.- En primer lugar por resultar acorde con la doctrina constitucional contenida en la **STC 53/2002** . En dicha sentencia, el Alto Tribunal indica que de conformidad con el art. 17.2 de la Constitución "toda privación de libertad, aun no siendo detención, ha de ser limitada en el tiempo". Indicando el Tribunal que la legislación de asilo cumple con dicha garantía al establecer el "carácter máximo de esos plazos y sobre la consecuencia (supuesto que no se dicte denegación expresa) que sigue a su cumplimiento: el derecho a entrar provisionalmente en España, más allá de las dependencias adecuadas del puesto fronterizo". Al ser dichos plazos "proporcionados", la Administración goza del aval constitucional para realizar la "detención en frontera", pero nunca para mantener la situación más allá del plazo máximo. Es más, en esta sentencia el Tribunal Constitucional considera que puede existir una lesión al derecho garantizado en el art. 17 de la Constitución en la hipótesis de "retención en el puesto fronterizo del extranjero cuya petición de asilo ya hubiera sido admitida a trámite por silencio administrativo positivo".



No parece acorde con la interpretación constitucional que la situación de limitación de la libertad pueda ser mayor a los dos días establecidos por la norma según medie o no un festivo. La intención del legislador es clara, en ningún caso deben superarse los dos días o 48 horas.

2.- El plazo debe computarse desde la presentación, lo que de facto se traduce en que el mismo deba ser de dos días contados desde la misma, es decir, de 48 horas. En esta línea, el Tribunal Supremo, ciertamente aplicando la legislación anterior establece, entre otras, en sus **STS de 30 de junio de 2006 (Rec. 5386/2003 )** y **5 de diciembre de 2007 (Rec. 4050/2004 )** "que el cómputo de los dos días referidos en el artículo 5-7 de la Ley 5/85 no ha de regirse necesariamente por lo dispuesto en el artículo 48.4 de la Ley 30/29, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (con la consecuencia, entonces, de que el cómputo habría de comenzar al día siguiente de la notificación - artículo 48.4- y de que en él habrían de excluirse los días inhábiles, - artículo 48.1-), y ello por las siguientes razones: 1ª.- La propia regulación de la Ley 30/92 admite que por Ley puedan establecerse otros cómputos. Y ello es lo que ocurre en la Ley 5/84, cuyo artículo 5.7 computa el plazo de dos días para la resolución sobre el reexamen no desde un día determinado, sino desde un momento específico, a saber, desde "la presentación" de la petición de reexamen. Se trata de una norma con rango de Ley que contiene una regulación especial y distinta en beneficio de la urgencia que el caso requiere, como veremos. 2º.- La Ley 5/84, de 26 de marzo, regula en su artículo 5 un procedimiento para decidir sobre la inadmisión a trámite y sobre la solicitud de reexamen que se rige por los principios de rapidez y urgencia; buena prueba de ello es que el plazo para solicitar el reexamen se fija por horas (veinticuatro horas desde la notificación de la inadmisión), lo que no es frecuente en el Derecho Administrativo (v.g., en la propia Ley 30/92 sólo se hace referencia a plazos por horas en los artículos 24-1-a ) y 27-3, con referencia a ciertos extremos del funcionamiento de los órganos colegiados, y, fuera de ella, apenas si hay ejemplos distintos a la regulación del derecho de reunión por Ley 9/1983 de 15 de julio Ley 9/1983, de 15 de julio). Así que el establecimiento de plazos por horas es rigurosamente excepcional en el Derecho Administrativo. 3ª.- Un procedimiento en que la persona tiene limitada su libertad de movimientos (v.g. artículo 5.7, párrafo tercero de la Ley 5/84, a cuyo tenor el interesado ha de "permanecer en el puesto fronterizo" y en las "dependencias adecuadas" mientras se resuelve la petición de asilo y la solicitud de reexamen), no se compadece en absoluto con un sistema de cómputo que, por excluir los días inhábiles, puede retrasar la resolución de forma sustancial, al ser posible que se sucedan en el tiempo varios días festivos seguidos mezclados con días hábiles, no siendo infrecuente, como la experiencia señala, que, según ese cómputo, un plazo de dos días pueda convertirse en uno de cuatro. Esta posibilidad es contraria a los principios de celeridad y urgencia que rigen el procedimiento de inadmisión a trámite y reexamen en las solicitudes de asilo.....En consecuencia, el plazo de dos días debe computarse de hora a hora, o de momento a momento, y sin exclusión de días inhábiles; y si ese plazo se supera, según lo dicho más arriba, la solicitud de admisión a trámite debe entenderse concedida por ministerio de la Ley, según el artículo 5.7, último párrafo, de la Ley 5/84".

Doctrina que entendemos que continúa siendo de aplicación, pues su ratio es la misma, debe realizarse una interpretación que no contraviniendo el tenor literal de la norma -recordemos que la ley habla de dos días contados desde la presentación de la petición de reexamen- tenga en cuenta que está en juego la libertad del solicitante. Al ser dicha interpretación la única viable desde el respeto al texto constitucional.

**TERCERO.-** Partiendo de las anteriores premisas pueden ahora contestarse las argumentaciones de la Abogacía del Estado:

1.- No hay pérdida sobrevenida de objeto. La denominada carencia sobrevenida de objeto se regula en el art 22 de la LEC y resulta de aplicación al orden contencioso-administrativo - **ATS de 30 de abril de 2015 (Rec. 2252/2013 )** y **11 de mayo de 2015 (Rec. 2260/2013 )** . Conforme a dicha norma cuando "por circunstancias sobrevenidas a la demanda.... dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial efectiva pretendida, porque se haya satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones.... o por cualquier otra causa,... se decretará... la terminación del proceso".

Pues bien, en el presente caso no puede decirse que exista pérdida sobrevenida de objeto, pues si bien es cierto que mediante la medida cautelarísima dictada por la Sala ha cesado la situación de restricción de libertad del solicitante, no lo es menos que al día de la fecha la Administración no nos consta que haya cumplido con la obligación de tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario. Sigue existiendo, por lo expuesto, un interés legítimo del recurrente en la obtención de una sentencia que analice el objeto del litigio y conceda la adecuada tutela.

2.- Que la Administración tiene una obligación de hacer que consiste, como hemos indicado, en tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario, sin que pueda permanecer inactiva.

Es cierto que conforme al art 42.3.b) de la Ley 30/1993, el plazo para dictar resolución se contará "desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para la tramitación". Pero este



*argumento, que podría resultar válido para justificar el retraso en la Resolución examinando el reexamen más allá de los dos días, no justifica que al día de la fecha la Administración siga sin dictar y no acredite haber dictado la Resolución resolviendo la petición de reexamen. Por lo tanto, la Administración permanece inactiva pese a que la norma, imperativamente, le indica lo que debe hacer.*

*Todas estas razones, unidas a las que hemos indicado en los distintos Autos que se han dictado en la pieza de medidas, nos llevan a la estimación del recurso."*

**TERCERO.-** Las cuestiones examinadas en la sentencia parcialmente trascrita, coinciden exactamente con los aspectos discutidos en autos, por lo que a tales razonamientos nos atenemos.

Ahora bien, hemos de añadir:

1. En el presente supuesto, consta en el expediente administrativo informe de ACNUR desfavorable a la admisión a trámite de la solicitud de protección internacional.
2. No consta el lugar de presentación de la solicitud de reexamen, pero consta su recepción por el Cuerpo Nacional de Policía y su remisión a la Oficina de Asilo y Refugio el 14 de agosto de 2015.

La Administración demandada afirma que la actuación no puede ser calificada de vía de hecho. Esta observación puede tener alguna relevancia en relación a la medida cautelar adoptada, pero no en el presente recurso en el que se analiza el derecho de la recurrente a que su solicitud sea tramitada por el procedimiento ordinario. Este derecho debe ser reconocido a la recurrente según lo razonado en la sentencia antes trascrita y que asumimos íntegramente en el presente caso, por tratarse de cuestiones idénticas.

Ahora bien, y para aclarar el aspecto relativo a la vía de hecho, debemos recordar la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991 : *"Y es que frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades; bien considerar dicha actuación como un conjunto de facta concludentia, de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica."*

La vía de hecho es *«pura actuación material, no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica»*. Tal actuación puede producirse porque la administración desarrolla su actividad fuera de su ámbito de competencia (órgano manifiestamente incompetente) o porque la realiza al margen del procedimiento establecido (prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido). Pues bien, en la medida en que la Administración, al incumplir el plazo para resolver, mantuvo el procedimiento especial previsto para el rechazo en frontera, en vez de acudir, desde el momento en que se excedió el plazo, al procedimiento ordinario, actuó prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que implica que todas las decisiones adoptadas respecto de la solicitud de protección internacional - entre ellas el mantenimiento de la retención del solicitante en frontera, sin permitirle la entrada en territorio nacional, que es la consecuencia prevista en la Ley -, constituía vía de hecho, pues ningún procedimiento administrativo válido sostenía tal decisión. En este caso, nunca la omisión de resolución pudo considerarse una declaración de voluntad administrativa, pues carecía del soporte procedimental legalmente establecido.

De lo expuesto resulta la estimación del recurso.»

**TERCERO.-** Contra esa sentencia ha formulado recurso de casación el Sr. Abogado del Estado, en el cual articula tres motivos de impugnación, por las vías respectivas de las letras a ), c ) y d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , los cuales, por las razones que a continuación apuntamos, han de ser rechazados.

**CUARTO.-** En primer lugar, el Sr. Abogado del Estado, al amparo del artículo 88.1.a) de la Ley Jurisdiccional 29/98, alega la infracción de sus artículos 1, 30, 70, 71 y 76, por exceso de jurisdicción, en cuanto la Sala *"se ha extralimitado de su potestad revisora al estimar el recurso pese a que no procedía acordar la modificación o cese de la actuación administrativa que la demanda consideraba constitutiva de vía de hecho (prolongación indebida de la permanencia de la recurrente en las dependencias habilitadas al efecto en el puesto fronterizo), pues ésta terminó ya, en virtud de la adopción de la medida cautelar, razón por la cual, la Sala debió haber archivado el recurso, en lugar de estimarlo, tal y como se solicitó en la contestación a la demanda"*.

Este motivo deber ser rechazado.

La Sala de instancia se ha limitado a aplicar los artículos 21.4 y 21.5 de la Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre , que prevén una suerte de silencio positivo por el incumplimiento por la Administración de su obligación de resolver la petición de reexamen en el plazo establecido en esos preceptos (incumplimiento que, como declara probado la Sala de instancia, continuaba a la hora de sentenciar el asunto).





La adopción de la medida cautelar no eximía a la Sala de instancia de resolver el fondo del asunto, y por ello no puede decirse que ese Tribunal se excediera en el ejercicio de la jurisdicción, que se concretó (como es propio de la misma) en la anulación del acto recurrido y en el reconocimiento de una situación jurídica individualizada procedimental y sustantiva.

**QUINTO.-** En segundo lugar, y por la vía del artículo 88.1c) de la Ley Jurisdiccional, se alega la incongruencia y falta de motivación de la sentencia, con infracción de los artículos 24 y 120.3 de la C.E., 33, 65 y 67 de la Ley Jurisdiccional 29/98, 248.3 de la L.O.P.J. 6/1985 de 1 de julio y 218 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Se explica el motivo diciendo que la sentencia " *no analiza si en la actuación administrativa impugnada concurren los requisitos jurisprudencialmente establecidos para entenderla constitutiva de vía de hecho (actuación material de la Administración que requeriría la existencia de un acto administrativo de soporte que, sin embargo, no existe, o es manifiestamente nulo, resultando virtualmente inexistente); se limita la Sentencia a apreciar una infracción normativa consistente en un deficiente cómputo del plazo de resolución; con ello la Sala deja sin analizar el objeto del recurso en el caso de que la vía elegida haya sido la del art. 30 LJCA, pues en tal supuesto se exige, como presupuesto, la concurrencia precisamente de una actuación administrativa constitutiva de vía de hecho, sin que baste cualquier otro vicio o infracción normativa.* "

El motivo no puede prosperar. La sentencia, tanto por la remisión que hace a una sentencia anterior sobre caso idéntico (fundamento de Derecho segundo) como por las razones específicas que aplica al caso debatido (fundamento de Derecho tercero), no incurre en incongruencia alguna y se encuentra perfectamente motivada. En especial, en el fundamento de Derecho tercero, la Sala de instancia hace unas consideraciones suficientes sobre la naturaleza y los requisitos de la vía de hecho, aplicables específicamente al caso de autos.

**SEXTO.-** Finalmente, y al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, alega el Sr. Abogado del Estado la infracción de los artículos 42.3.b) y 48, 57 y 58 de la Ley 30/92, en relación con el artículo 30 de la Ley Jurisdiccional 29/98 y con los artículos 21 y 24 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Se explica el motivo, al parecer, con el argumento de que la Sala de instancia ha concluido que existía en el caso de autos una vía de hecho, lo que (en la opinión de la parte recurrente) no es cierto, porque el plazo para resolver la petición de reexamen no empieza a contar hasta que la solicitud del interesado llegue al registro del órgano competente para su tramitación (en este caso, la Oficina de Asilo y Refugio), y porque el plazo de dos días debe computarse a partir del día siguiente y en días hábiles.

Tampoco este motivo puede ser acogido, por dos razones, que se refieren a cada uno de esos argumentos:

1º.- La Sala de instancia da por probado que la solicitud de reexamen se recibió en el Cuerpo Nacional de Policía el día 21 de agosto de 2015; y ese mismo día fué remitida a la Oficina de Asilo y Refugio. (Es decir, el mismo día en que fué notificada la denegación del asilo, se hizo por fax la remisión de la petición de reexamen a la Oficina de Asilo y Refugio, tal como consta en el expediente).

En consecuencia, no cabe duda de que la solicitud de reexamen fué presentada, y que, a la hora en que la Sala de instancia sentenciaba, la Administración todavía no la había resuelto, por cuya razón, a estas alturas, resulta indiferente, tal como dice la propia sentencia, preguntarse sobre el momento en que recibió la petición de reexamen el órgano competente, porque en cualquier caso se habría rebasado aquél plazo sobradamente.

2º.- En cuanto a la forma de computar el plazo de dos días para la resolución de la petición de reexamen, la constante jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el cómputo debe ser de hora a hora y sin descontar los días inhábiles ( STS de 5 de diciembre de 2007 -casación 4050/2004 -, de 30 de junio de 2006 - casación 5386/2003 - y 6 de noviembre de 2006 -casación 4964/2003 -, entre otras muchas).

**SÉPTIMO.-** Resta por aclarar que la estimación del recurso contencioso-administrativo no la basó la Sala de instancia ni la confirma este Tribunal Supremo con argumentos atinentes al derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la C.E., sino con la pura aplicación del artículo 21.5 de la Ley 12/2009, que concede sin ninguna duda, para los casos de incumplimiento por la Administración de la obligación de resolver la petición de reexamen, las consecuencias procedimentales y sustantivas que ha precisado la parte dispositiva de la sentencia impugnada.

**OCTAVO.-** Procede, pues, declarar no haber lugar al presente recurso de casación, sin condena en costas a la vista de no haberse personado ninguna parte recurrida.

## FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido No haber lugar al presente recurso de casación nº 1668/2016 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 2ª) en fecha 4 de abril de 2016 y en su recurso contencioso-administrativo nº 605/15 . Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas Dª. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS