



Roj: **SAN 1278/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1278**

Id Cendoj: **28079230022016100125**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **09/03/2016**

Nº de Recurso: **423/2015**

Nº de Resolución: **143/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEGUNDA**

**Núm. de Recurso: 0000423 / 2015**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 04387/2015**

**Demandante:** Filomena

**Demandado:** MINISTERIO DE INTERIOR

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ÁNGEL NOVOA FERNÁNDEZ

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

Madrid, a nueve de marzo de dos mil dieciséis.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 423/2015 seguido a instancia de Filomena que comparece representada por el Procurador D. Silvino González Moreno y dirigido por Letrado, contra la no admisión a trámite de la solicitud de protección internacional por el procedimiento ordinario con permanencia provisional en el territorio español, siendo la Administración representada y defendida el Sr. Abogado del Estado. La cuantía es indeterminada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de julio de 2015 tuvo entrada escrito por el que se impugnaba el mantenimiento en las dependencias del Aeropuerto de Barajas tras haber expirado el plazo de notificación del reexamen.



**SEGUNDO.-** Reclamado el expediente se formalizó demanda el 22 de septiembre de 2015 en la que se solicita que se declara no ser ajustada a Derecho la actuación de la Administración y se reconozca al demandante el Derecho a que se tramite su solicitud de protección internacional por el procedimiento ordinario, con permanencia provisional del interesado durante la tramitación del mismo y anulación, en su caso, de la resolución de reexamen que se hubiese dictado o pudiera dictarse. La Abogacía del Estado, en escrito de 18 de diciembre de 2015 se opuso a la demanda.

**TERCERO.-** Señalándose para votación y fallo el 3 de marzo de 2016.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D, MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Para resolver el litigio conviene tener en cuenta los siguientes datos:

1.- Como consta en la Resolución de 18 de julio de 2015 la solicitante, nacional de la República Dominicana, solicitó a las 17.45 horas del 15 de julio de 2015, en frontera: Aeropuerto de Madrid-Barajas. La cual fue denegada y notificada, según reconoce la Administración a las 12:36 horas del 18 de julio.

2.- El 17 de julio de 2015 a las 21.33 horas se presentó solicitud de reexamen. En dicha solicitud se dice que la denegación se había comunicado "verbalmente".

3.- El 20 de julio de 2015 se presentó solicitud de adopción de medida cautelarísima. Que fue concedida por la Sala en Auto de 21 de julio de 2015, sin que a la fecha del mismo constase que se hubiese dictado Resolución resolviendo la petición de reexamen. Luego ratificada en Auto de 27 de julio de 2015.

4.- Al día de la fecha no consta que se haya dictado Resolución resolviendo la petición de reexamen.

**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 y, especialmente, con la doctrina 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 [RCL 1983, 1534]). 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.

Siendo por lo demás cierto que el solicitante instó el reexamen antes de que le fuese notificada la Resolución de denegación, lo que podría tener relevancia a la hora de computar el plazo. Ahora bien, lo cierto es que cuando esta Sala dictó la medida cautelarísima el plazo de dos días había transcurrido, sin que hasta la fecha conste que la Administración haya realizado actividad alguna. Es decir, 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.

**CUARTO.-** Procede imponer las costas a la Administración en aplicación del art 139 LJCA .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Rechazar la inadmisión por carencia sobrevenida de objeto.

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. D. Silvino González Moreno, en nombre y representación de Filomena y, en consecuencia, declarar no conforme a Derecho la actuación impugnada y reconocer el derecho del recurrente a que su petición sea tramitada por el procedimiento ordinario, así como a que sea autorizado a la entrada y permanencia provisional, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva que se adopte en vía administrativa. Con imposición de costas a la Administración.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

QUE SUSCRIBE EL PRESIDENTE DE LA SECCIÓN SEGUNDA DON JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ A LA SENTENCIA DE ESTA SALA , DE 9 DE MARZO DE 2016, DICTADA EN EL RECURSO 423/2015.

Me remito al voto particular que he emitido respecto de la sentencia de 11 de marzo de 2016, recurso 503/2015.

**PUBLICACION** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA y el Voto Particular por el Ilmo. Sr. Presidente D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ, estando celebrando Audiencia Publica la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional; Certifico.