



Roj: **SAN 1409/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1409**

Id Cendoj: **28079230022016100149**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **01/04/2016**

Nº de Recurso: **559/2015**

Nº de Resolución: **178/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000559 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04969/2015

Demandante: D. Ezequias

Procurador: D. SILVINO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: MINISTERIO DE INTERIOR

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ÁNGEL NOVOA FERNÁNDEZ

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

Madrid, a uno de abril de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 559/2015 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el procurador D. Silvino González Moreno en nombre y representación de **D. Ezequias** frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la actuación del Ministerio del Interior constitutiva de vía de hecho al prolongar indebidamente la permanencia de DON Ezequias en las dependencias del aeropuerto de 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 Director General de Política Interior, por delegación del Ministro del Interior, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La parte indicada interpuso, con fecha de 17 de agosto de 2015 el presente recurso contencioso-administrativo que, admitido a trámite y reclamando el expediente administrativo, fue entregado a dicha parte actora para que formalizara la demanda.

SEGUNDO .- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, a través del escrito presentado en fecha de 7 de diciembre de 2015, en el que, después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos administrativos impugnados.

TERCERO .- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado quien, en nombre y representación de la Administración demandada, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 15 de enero de 2016 en el que, tras los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO .- Mediante providencia de esta Sala de fecha 9 de marzo de 2016, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 10 de marzo de 2016, fecha en que efectivamente se deliberó y votó el presente recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- El presente recurso se interpuso contra la actuación del Ministerio del Interior constitutiva de vía de hecho al prolongar indebidamente la permanencia de DON Ezequias en las dependencias del aeropuerto de 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 Director General de Política Interior, por delegación del Ministro del Interior.

SEGUNDO .- El presente recurso se plantea, pues, en términos sustancialmente coincidentes con los del recurso 469/2015, los cuales evaluamos en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2016. Por ello, en aras del principio de unidad de doctrina y a fin de garantizar adecuadamente la seguridad jurídica, resolveremos ahora este recurso aplicando la doctrina establecida en aquella sentencia.

Para resolver el litigio conviene tener en cuenta los siguientes datos que obran en el expediente administrativo y en las actuaciones seguidas ante esta Sala:

a) La solicitud de protección internacional se formuló por el recurrente, nacional de la República Dominicana, a las 9 horas del 11 de agosto de 2015, siendo notificada la resolución denegatoria de la misma, dictada por el Director General de Política Interior, por delegación del Ministro de Interior, a las 14,55 horas del 13 de agosto de 2015. En dicha resolución se hizo constar que la denegación estaba fundada en el artículo 21.2 de la ley **12/2009**.

b) La solicitud de reexamen se remitió por fax (al número 915372114, coincidente con el de la Oficina de Asilo) a las 22,17 horas del 14 de agosto de 2015. Dicha solicitud de reexamen, adjuntada por el actor con su escrito de interposición del recurso, no figura incorporada al expediente, si bien tuvo reflejo en la comunicación que por fax fue remitida a la Oficina de Asilo desde las dependencias policiales del aeropuerto de Barajas.

c) El ACNUR, en informe de 13 de agosto de 2015, consideró que " *la solicitud no contiene, al momento del presente informe, elementos suficientes para emitir un criterio favorable a su admisión a trámite* ".

d) El presente recurso se interpuso a las 10,41 horas del día 17 de agosto de 2015, junto con la solicitud de adopción de medida cautelarísima, que fue concedida por la Sala (limitada a la entrada y permanencia provisional en España en los términos indicados) en auto dictado al día siguiente. La adopción de la referida medida cautelarísima fue ratificada mediante auto de 25 de agosto de 2015.

e) Al día de la fecha de esta sentencia no consta que se haya dictado resolución expresa en relación con la petición de reexamen.

TERCERO .- Establece el artículo 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 artículo 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 haberse superado, la Administración no tendría otra opción - "determinará"- que tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario y autorizar la entrada y permanencia provisional.

El problema central del litigio es, por tanto, cómo 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 artículo 48.1 de la Ley 30/1992. Para la Sala sí 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 adoptada por la Sala en el auto que resolvió sobre la medida cautelarísima debe mantenerse en esta sentencia 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 artículo 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 aquél deba ser de dos días contados desde ésta, 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 (RC 5386/2003)**, **6 de noviembre de 2006 (RC 4964/2003)** y **5 de diciembre de 2007 (RC 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. 2ª.- 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 continúa siendo de aplicación, pues su *ratio* es la misma, por lo que 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, debemos rechazar ahora las alegaciones de la Abogacía del Estado:

1.- En primer lugar, no cabe acoger la alegación de pérdida sobrevenida de objeto del presente recurso.

La denominada carencia sobrevenida de objeto se regula en el artículo 22 de la LEC y resulta de aplicación al orden contencioso-administrativo - **ATS de 30 de abril de 2015 (RC 2252/2013)** y **11 de mayo de 2015 (RC 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 no nos consta que la Administración 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.- 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 artículo 42.3.b) de la Ley 30/1992, 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 dictar resolución sobre 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 resolución en relación con la petición de reexamen. Por lo tanto, la Administración permanece inactiva pese a que la norma, imperativamente, le indica lo que debe hacer.

3.- Por último, la Administración demandada afirma que la actuación no puede ser calificada de vía de hecho.

Pues bien, para rechazar esta alegación basta recordar la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 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, prolongó indebidamente -y, además, sin ponerle fin a través de una resolución expresa- 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



desde ese preciso instante 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- constituían vía de hecho, pues ningún procedimiento administrativo válido proporcionaba cobertura a tal situación. En este caso, nunca la omisión de resolución pudo considerarse una declaración de voluntad administrativa, pues carecía del soporte procedimental legalmente establecido.

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 .- En virtud de lo previsto en el artículo 139 LJCA , procede imponer las costas a la Administración demandada.

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

FALLO

1.- Rechazar la inadmisión por carencia sobrevenida de objeto.

2.- **ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Silvino González Moreno, en nombre y representación de DON Ezequias , contra la actuación de la Administración indicada en el Fundamento Primero de esta sentencia y, en consecuencia, declarar no conforme a Derecho la actuación impugnada, reconociendo el derecho del recurrente a que su solicitud de protección internacional sea tramitada por el procedimiento ordinario, así como a que sea autorizada su entrada y permanencia provisional en España, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva que se adopte en vía administrativa.

3.- Imponer las costas a la Administración demandada.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, 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 1 DE ABRIL DE 2016, DICTADA EN EL RECURSO 559/2015.

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. FERNANDO ROMÁN 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.