



Roj: **SAN 1614/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1614**

Id Cendoj: **28079230022016100165**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **21/04/2016**

Nº de Recurso: **603/2015**

Nº de Resolución: **194/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000603 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05026/2015

Demandante: DOÑA Jacinta

Procurador: DON SILVINO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: MINISTERIO DE INTERIOR

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ÁNGEL NOVOA FERNÁNDEZ

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D.ª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

Madrid, a veintiuno de abril de dos mil dieciséis.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 603/2015 seguido a instancia de D.ª. Jacinta que comparece representada por el Procurador D. Silvino González Moreno y dirigido por el Letrado D.ª. Inés González Soria contra la no resolución de la solicitud de reexamen de protección internacional, siendo la Administración representada y defendida el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 24 de agosto de 2015 tuvo entrada escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la no resolución de la petición de reexamen.



SEGUNDO .- Reclamado el expediente fue formalizada demanda el 2 de noviembre de 2015 solicitando la estimación del recurso y reconociendo el derecho de la recurrente a que se tramite su solicitud de protección internacional por el procedimiento ordinario, con permanencia provisional del interesado en territorio nacional durante la tramitación del mismo. Mediante escrito presentado el 4 de febrero de 2016 la Abogacía del Estado se opuso a la demanda.

TERCERO .- Señalándose para votación y fallo el 14 de abril 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.- Se solicitó protección internacional a las 11 horas del 18 de agosto de 2015, siendo notificada resolución denegatoria a las 9:30 horas del 21 de agosto de 2015.

2.- La solicitud de reexamen se presentó a las 13:9 horas del 21 de agosto de 2015, no habiéndose dictado resolución expresa en el momento de interposición del recurso -14 de agosto a las 10:30 horas- y sin que nos conste que se haya dictado en la actualidad. Consta comunicación del puesto fronterizo del Aeropuerto Adolfo Suarez Madrid-Barajas, remitida por fax de 21 de agosto a la Oficina de Asilo y Refugio indicando la presentación de la solicitud de reexamen de la recurrente.

3.- En la inicial resolución denegatoria se hizo constar que la denegación estaba fundada en el art 21.2 de la Ley **12/2009** . No obstante, ACNUR había informado que la solicitud debía admitirse a trámite para un estudio con mayor detalle.

SEGUNDO .- Por razones de lógica, entendemos que procede examinar, en primer lugar, la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, articulada por la Abogacía del Estado. Pues bien, La Sala quiere comenzar por indicar que en nuestro **AAN (2ª) de 4 de abril de 2016 (Rec. 564/2015)** hemos rechazado las alegaciones previas articuladas por el Abogado del Estado, entre las cuales, se encontrada una de igual contenido a la aquí formulada. Debiendo la Sala mantener la misma doctrina, entre otras, por razones de seguridad jurídica.

En dicha resolución, la Sala dejó constancia de que, en efecto, la demanda no obedece en su formulación a los cánones habituales. No obstante, como se razona en el **ATS de 4 de abril de 2016 " ciertamente el art. 69 de la Ley Jurisdiccional ,...precisa que en el escrito de demanda se consignen con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan. El incumplimiento de esta carga genera la inadmisibilidad del recurso....cuando no sea posible o resulte problemático conocer lo que se pide en dicho escrito o los motivos que sirven de fundamento a la pretensión, lo que no ocurre en este caso, pues aunque efectivamente la demanda no se ajusta a los términos literales del enunciado del art. 69 antes citado -no se fijan separadamente hechos y fundamentos de derecho-, sí se respeta en lo esencial la norma contenida en el mismo, al estar identificados los motivos y la pretensión deducida. El principio antiformalista que inspira a la Ley Jurisdiccional , la circunstancia de que la cuestión planteada es exclusivamente jurídica, que minimiza la falta de separación en la demanda entre hechos y fundamentos jurídicos, y en definitiva el mandato de hacer efectiva la tutela judicial - art. 24.1 de la Constitución conducen a la desestimación de la alegación previa formulada por el Abogado del Estado "**. En la misma línea, la **STS 13 de junio de 2001 (Rec. 44/1999)**, razona que " *en primer lugar opone, al amparo del artículo 533.6ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , defecto legal en el modo de proponer la demanda. Esta excepción debe rechazarse, pues, aunque no con la claridad que es de desear, la demanda, como luego se verá, permite conocer tras su análisis detenido la pretensión que se ejercita, así como los hechos y fundamentos de derecho en que se basa. No existe, por otra parte, indefensión del demandado, que ha tenido oportunidad de rebatirlos, como efectivamente así lo ha hecho en sus escritos, consciente de cuál es la postura impugnatoria del actor" .*

Lo esencial es, por lo tanto, que la pretensión sea identificable y, en el caso de autos, lo es. Ya que, como hemos dicho en nuestro **AAN (2ª) de 4 de abril de 2016 (Rec. 564/2015) "** cabe señalar que del texto del escrito indicado es fácil deducir que el mismo se refiere al fondo del asunto, *Y no cabe aducir falta de fundamentación de la demanda, pues está plantea que respecto de su representado "se prolongó indebidamente la permanencia de la persona referida en las dependencias habilitadas al efecto en el Puesto Fronterizo" arguyendo a continuación la pretensión a la que antes hacíamos referencia" .*

Procede, por lo tanto, rechazar la excepción.



TERCERO .- 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 [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. Siendo dicha interpretación la única viable desde el respeto al texto constitucional.

CUARTO .- 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.

3.- 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 transcrita 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 -, constituían 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.

QUINTO .- Procede condenar en costas a la Administración demandada - art 139 LJCA -.

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

FALLAMOS

Rechazar las excepciones articuladas por la Abogacía del Estado.

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Silvino González Moreno, en nombre y representación de D^a. Jacinta 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 21 DE ABRIL DE 2016, DICTADA EN EL RECURSO 603/2015.

Me remito al voto particular emitido respecto de la sentencia 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.