



Roj: **SAN 2811/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2811**

Id Cendoj: **28079230022016100289**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **30/06/2016**

Nº de Recurso: **548/2015**

Nº de Resolución: **311/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEGUNDA**

**Núm. de Recurso: 0000548 / 2015**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 04955/2015**

**Demandante:** Apolonio

**Procurador:** DON SILVINO GONZALEZ MORENO

**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. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

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

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

D<sup>a</sup>. TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

Madrid, a treinta de junio de dos mil dieciséis.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 548/2015 seguido a instancia de Apolonio que comparece representada por el Procurador D. Silvino González Moreno y dirigido por Letrado 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 14 de agosto de 2015 tuvo entrada escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la nos resolución de la petición de reexamen.



**SEGUNDO.** - Reclamado el expediente fue formalizada demanda el e de diciembre 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. Formuladas alegaciones previas se desestimaron por Auto de fecha 19 de abril de 2016. Mediante escrito presentado el 27 de abril de 2016 la Abogacía del Estado se opuso a la demanda.

**TERCERO** .- Señalándose para votación y fallo el 23 de junio 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.- La solicitud de protección internacional se formuló a las 14,15 horas del 10 de agosto de 2015, siendo notificada la resolución denegatoria de la misma a las 10:45 horas del 12 de agosto de 2015.

2.- La solicitud de reexamen se presentó a las 11:45 horas del 12 de agosto de 2015, sin que en el momento de dictarse la presente sentencia, conste resolución expresa referida a la petición de reexamen.

3. - En la inicial resolución denegatoria se hizo constar que la denegación estaba fundada en el art 21.2 de la Ley **12/2009** .

**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 [ 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 inadmisiones 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.

**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 30/1992, 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 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 -, 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.

Por lo demás, ya en el Auto resolviendo las alegaciones previas indicamos que *" en cuanto a la desviación procesal, la pretensión de la parte siempre ha tenido dos componentes: el cese de la situación calificada por la recurrente como de "privación de libertad" y la admisión a trámite de su solicitud de asilo por el procedimiento ordinario con permanencia en el territorio español. Por lo que, tal y como hicimos en el referido Auto, procede desestimar también el motivo de inadmisibilidad aducido"*. Por lo demás, con independencia de que se hubiese dictado una resolución inicial desestimando la petición de asilo, solicitado el reexamen y no siendo contestado en plazo por la Administración, la consecuencia legal es la que se insta en el suplico de la demanda, sin que la Administración tenga margen alguno al efecto. Tal y como hemos razonado a lo largo de esta resolución.

**CUARTO** .- 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 Apolonio 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.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ