



Roj: **STS 5537/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5537**

Id Cendoj: **28079130052023100332**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **11/12/2023**

Nº de Recurso: **2323/2023**

Nº de Resolución: **1643/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CARLOS LESMES SERRANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, 26-01-2023.,
ATS 12254/2023,
STS 5537/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.643/2023

Fecha de sentencia: 11/12/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2323/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL. SALA C-A Sección 5ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2323/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1643/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy



D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 11 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 2323/2022 interpuesto por don Carlos Antonio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Rufo Chocano bajo la dirección letrada de doña Paloma Romero Jiménez contra el Auto de fecha 26 de enero de 2023, confirmado en reposición por Auto de 15 de febrero de 2023, dictado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la pieza separada de medidas cautelares 1032/2021.

Se ha personado como parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que por su cargo ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de medidas cautelares dimanantes del procedimiento ordinario núm. 1032/2021, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, con fecha 26 de enero de 2023, dictó Auto, confirmado en reposición por Auto de 15 de febrero de 2023, en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Denegar la solicitud de medida cautelar formulada por la procuradora de los tribunales D.^a. Isabel Rufo Chocano, en nombre y representación de Carlos Antonio ."

Las medidas cautelares que en este auto se deniegan fueron las solicitadas por la parte demandante, don Carlos Antonio , en su escrito de interposición del recurso contencioso administrativo consistentes en la suspensión de la resolución denegatoria del derecho de asilo y la protección subsidiaria y de la orden de salida del país, y la medida cautelar positiva por cuya virtud durante la sustanciación del presente litigio se autorice su permanencia en España.

SEGUNDO. Contra dicho auto la representación procesal de don Carlos Antonio , preparó recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional se tuvo por preparado mediante Auto de 28 de marzo de 2023, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 14 de septiembre de 2023, dictó Auto en cuya parte dispositiva se acuerda:

"1º) Admitir el recurso de casación n.º 2323/2023, preparado por la representación procesal de D. Carlos Antonio contra el auto de 26 de enero de 2023, confirmado en reposición por otro de 15 de febrero de 2023, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Quinta) recaído en la pieza separada de medidas cautelares nº 1032/2022.

2º) *Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional consiste en determinar la incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 19 de junio de 2018 (asunto C- 181/16, Caso Gnandi), en relación con el apartado 5 del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 , en la interpretación por el órgano jurisdiccional que resuelve en primera instancia de los criterios contenidos en los artículos 129 y siguientes LJCA , a la hora de proceder a la adopción de medidas cautelares tendentes a la prórroga de los beneficios que tenía concedidos provisionalmente el recurrente durante la tramitación del procedimiento administrativo como solicitante de asilo y, en concreto, la autorización para residir en España y trabajar.*

3º) *Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Razonamiento Jurídico Segundo, apartado III, de este auto.*

4º) *Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.*

5º) *Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.*



6º) Remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde la sustanciación y decisión de este recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos; debiéndose proceder a su tramitación y señalamiento preferente, conforme a lo señalado en el razonamiento jurídico quinto de la presente resolución.

CUARTO. La representación procesal de don Carlos Antonio interpuso recurso de casación en el que ejercitó las siguientes pretensiones:

"(...) las pretensiones deducidas por el recurrente tienen por objeto que se estime el presente recurso de casación dictándose sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1) Declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación interpuesto contra el Auto, de 15 de febrero de 2023, dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, en la Pieza Separada de Medidas Cautelares PO 1032/2022 .

2) Casar y anular el Auto, de 15 de febrero de 2023, dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, en la Pieza Separada de Medidas Cautelares PO 1032/2022 .

3) Retrotraer las actuaciones para que el Tribunal de instancia dicte un nuevo Auto por el que reponga el recurrido y acuerde las medidas cautelares solicitadas por el recurrente mediante el cuarto otrosí de la demanda.

4) Fijar la doctrina jurisprudencial en el sentido de que, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 19 de junio de 2018 (asunto C-181/16, Caso Ghandi), con relación al art. 46.5 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 , el órgano jurisdiccional que resuelva en primera instancia sobre la solicitud de medidas cautelares debe adoptar por resolución judicial mediante un pronunciamiento expreso, en interpretación de los criterios contenidos en los arts. 129 y siguientes LJCA , las medidas cautelares consistentes en la suspensión de la ejecución de la resolución denegatoria de la protección internacional y la prórroga de los beneficios que el recurrente tenía concedidos provisionalmente durante la tramitación del procedimiento administrativo como solicitante de asilo y, en concreto, la autorización para residir y trabajar en España.

5) Imponer a la Administración las costas de la casación y del proceso judicial de instancia."

Y termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que:

"... previos los trámites procesales procedentes, se sirva dictar sentencia por la que, casando y anulando el Auto recurrido, estime el recurso de casación en los términos interesados en el cuerpo del mismo."

QUINTO. La Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala que "... dicte sentencia que desestime el presente recurso de casación y confirme la sentencia impugnada, declarando la interpretación jurisprudencial que se propone en el fundamento sexto o, en su caso, la que considere conveniente sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA"

SEXTO. Mediante providencia de 14 de noviembre de 2023, se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 21 de noviembre de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto administrativo impugnado y los autos de la Sala.

A.- El acto administrativo impugnado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictado por el Ministerio del Interior-Subsecretaría de Interior con fecha 27 de noviembre de 2021, deniega a don Carlos Antonio , nacional de Colombia, el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

B.- Frente a esta resolución el Sr. Carlos Antonio interpuso recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el que solicitó la medida cautelar de la suspensión de la resolución denegatoria del derecho de asilo y la protección subsidiaria y de la orden de salida del país, y la medida cautelar positiva por cuya virtud durante la sustanciación del presente litigio se autorice su permanencia en España.

C.- Estas medidas cautelares fueron denegadas por la Sala por Auto de 26 de enero de 2023. En este Auto se argumenta sustancialmente lo siguiente:

"[...]

PRIMERO Por la parte recurrente se solicita la tutela cautelar invocando esencialmente al efecto lo dispuesto en los artículos 129 y concordantes de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y el artículo 46.3 de la Directiva 2013/32/UE , a .cuyo amparo aduce que ha de acordarse la suspensión del acto impugnado para evitar daños irreparables para su vida e integridad física en relación con la existencia de apariencia de buen



derecho, sus circunstancias personales y familiares, los perjuicios- económicos de tener que regresar a su país y la -ausencia de antecedentes penales.

SEGUNDO. - Ahora bien, sobre la tutela cautelar interesada se ha de tener en cuenta que la resolución administrativa impugnada se limita a denegar la solicitud de protección internacional instada.

Además, según viene entendiendo esta Sección, los efectos que el recurrente desea obtener a través de la medida cautelar solicitada, emanan ya directamente de las Directivas 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o, 1ª retirada de la protección internacional (artículo 46 y 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (artículo 15), sin que, por lo tanto, necesiten para su aplicación de la emisión de decisión judicial alguna.

Por lo demás, no procede en el seno de esta pieza separada analizar cuestiones jurídicas atinentes al fondo del asunto...

D.- Este auto fue confirmado en reposición por auto de 15 de febrero de 2023, con similares razonamientos, insistiéndose en que:

"[...] insiste el recurso de reposición en la adopción de las medidas cautelares solicitadas, con fundamento en la vulneración de los artículos 15 y 24.1 de la Constitución, 130 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y 46.5 de la Directiva 2013/32/UE y 15.3 de la Directiva 2013/33/UE, jurisprudencia comunitaria que los, interpreta y sentencia reciente del Tribunal Supremo.

Todo ello, no obstante, en un plano estrictamente teórico y sin cuestionar el fundamento básico del auto impugnado, sobre la ausencia en la resolución administrativa recurrida de lamenor alusión, toma en consideración o referencia a la salida obligatoria del solicitante del territorio nacional.

Además, según viene entendiendo esta Sección, los efectos que el recurrente desea obtener a través de la medida cautelar solicitada, emanan ya directamente de las Directivas 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (artículo 46), y 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (artículo 15), sin que, por lo tanto, necesiten para su aplicación de la emisión de decisión judicial alguna.

A lo anterior no obsta lo resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de noviembre de 2022 (casación 1314/2022), dictada en un supuesto en el que la resolución judicial recurrida, no se basaba en aquel reconocimiento efecto pleno y directo de las normas europeas.

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

Precisa que la cuestión en la que aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar la incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 19 de junio de 2018 (asunto C-181/16, Caso Ghandi), en relación con el apartado 5 del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, en la interpretación por el órgano jurisdiccional que resuelve en primera instancia de los criterios contenidos en los artículos 129 y siguientes LJCA, a la hora de proceder a la adopción de medidas cautelares tendentes a la prórroga de los beneficios que tenía concedidos provisionalmente el recurrente durante la tramitación del procedimiento administrativo como solicitante de asilo y, en concreto, la autorización para residir en España y trabajar.

E identifica como normas jurídicas que, en principio, debemos interpretar el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y los arts. 129 y siguientes LJCA y el art. 24 de la CE.

El auto de admisión, además de dar tramitación preferente al presente recurso, también nos indica que sobre cuestión similar esta Sección ya ha dictado sentencia de 29 de noviembre de 2022 (rec. n.º 1314/2022).

TERCERO. El escrito de interposición.

La recurrente haciendo referencia al escrito de preparación del recurso de casación, reitera como normas jurídicas y jurisprudencia vulneradas, el art. 46.5 de la Directiva 2013/32/UE que reconoce al solicitante de asilo el derecho a un recurso efectivo, y considera que de su apartado 5 se desprende que mientras no se haya agotado el plazo para recurrir o mientras se resuelve el recurso presentado en plazo debe permitirse la permanencia en España del solicitante de asilo cuya resolución ha sido denegada; arts. 15 y 24 CE; art. 15.3 de la Directiva 2013/33/UE y;



Alega que sin perjuicio de la que es jurisprudencia constante, según la cual la justicia cautelar debe adoptarse cuando la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, de conformidad con el art. 46.5 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, art. 15.3 de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional y la STS 4365/2022, de 29 de noviembre de 2022 (Recurso 1314/2022), los solicitantes de protección internacional tienen derecho a permanecer en el territorio del Estado que se encuentre conociendo de su solicitud de protección internacional hasta la expiración del plazo para ejercer su derecho a un recurso efectivo, en vía administrativa y judicial, con suspensión de su retorno o expulsión; por lo que procede adoptar, por resolución judicial mediante un pronunciamiento expreso, las medidas cautelares solicitadas por el recurrente consistentes en la suspensión de la orden de salida y la medida cautelar positiva de que se prorrogue la autorización de residencia y trabajo, que ya tenía provisionalmente durante la tramitación del procedimiento administrativo, ya que, de no adoptarse, por resolución judicial mediante un pronunciamiento expreso, esa medida cautelar de suspensión de la orden de salida y esa medida cautelar positiva de prórroga de su autorización de residencia y trabajo, el recurrente quedaría indocumentado y conforme a la legislación de extranjería, podría ser retornado o expulsado a su país, violándose el principio de "non refoulement". Según lo expuesto, de proceder en el sentido explicado sufriría indefensión, perdiendo el recurso en tal caso, su finalidad legítima por ser difícil llevar a cabo la notificación de una resolución favorable, lo que -según alega- comporta, además, una infracción del derecho a la vida (art. 15 CE) por quedar en situación de riesgo y de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

CUARTO. El escrito de oposición.

El Abogado del Estado en su escrito de oposición comparte en lo sustancial la argumentación reflejada en los autos impugnados, remitiéndose a los fundamentos de un auto dictado por la Audiencia Nacional ajeno al presente recurso (auto de 2 de marzo de 2022, RC 2334/2022), cuyo tenor reproduce.

Y tras ello, concluye que:

"A la luz de lo expuesto, entendemos que las respuestas jurisprudenciales a las cuestiones planteadas debieran ser:

Confirmar la interpretación efectuada por la Sala C-A de la Audiencia Nacional que considera que el órgano judicial no tiene obligación legal de conceder, en fase de medidas cautelares, unas medidas de mantenimiento en territorio nacional y condiciones consecuentes de los solicitantes de asilo, a las que está obligada la Administración actuante y que la obligación del órgano judicial sólo entraría en los supuestos del Artículo 46.6 de la Directiva aplicable, Directiva todavía no traspuesta por el Estado español y por ello es de aplicación directa.

Ahora bien, si la Administración actuante desconociera la prolongación de los beneficios de la solicitud de asilo o diera orden ejecutiva de abandonar el territorio español o, de cualquier otra forma, restringiera o perjudicara la posición jurídica del solicitante de Asilo/ Protección Internacional que se encuentra en fase de recurso (en este caso: recurso judicial contencioso administrativo), entonces el órgano judicial sí podría acordar medidas cautelares de suspensión de la actuación administrativa restrictiva, pero es que en este caso no consta -lo dice la AN-: " No consta decisión adoptada por la Administración respecto la denegación de permanencia en territorio español, ni sobre la suspensión de los beneficios concedidos como solicitante de asilo".

"Lo que debiera declararse, entendemos, aun siendo consciente de la complejidad casuística es que, sin perjuicio de garantizar un recurso administrativo efectivo que garantice una cierta congelación de la situación, el órgano judicial no debiera adoptar medida cautelar si no hay una actuación administrativa restrictiva del tipo que sea e, incluso produciéndose esa actuación administrativa, podrá valorar si esa resolución administrativa entra dentro de la legítima facultad del Estado que recibe a este inmigrante."

"Por ello, a efecto de medidas cautelares, es necesario que la alteración de la realidad que supondría a ejecución de la resolución administrativa denegatoria pudiera llegar a afectar a los derechos fundamentales del solicitante de asilo y, en este supuesto (y en los similares) es que no consta que, respecto a la recurrente, se haya dictado orden de expulsión del territorio nacional y por ello no hay que cautelar que deba concederse, sin perjuicio de que, en caso de que la orden de expulsión llegara a dictarse, la parte recurrente pudiera solicitar de la Sala las cautelas que estimen oportunas."

QUINTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

A.- La cuestión que nos formula el auto de admisión, en definitiva, nos plantea la incidencia que haya de darse al art. 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y a la jurisprudencia



del TJUE que lo interpreta en relación con los criterios contenidos en nuestra legislación procesal para acordar la tutela cautelar en materia de asilo.

A esta misma pregunta dimos ya respuesta en nuestra sentencia de STS de 29 de noviembre de 2022 (rec. 1314/2022) y lo que nos plantea el auto de admisión es si tal respuesta ha de ser completada o matizada.

Esa doctrina fue la siguiente:

"(...)

G) De lo dicho hasta ahora resulta que el artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE, reconoce al solicitante un derecho a permanecer en territorio del Estado que se encuentre conociendo de su solicitud de protección internacional, siempre que no concurran algunas de las excepciones que se encuentran en la Directiva.

Como antes se recordó, las medidas cautelares tienen por objeto garantizar la ejecución de la sentencia que recaiga, por lo que una salida del extranjero del territorio española previa a la decisión del asunto, haría muy difícil, sino imposible, la ejecución de una sentencia estimatoria. Así las cosas, es necesario valorar los intereses públicos y privados en conflicto, y ponderarlas con la garantía de ejecución de la sentencia que pueda recaer.

En este contexto, a la luz de las alegaciones de las partes, de las actuaciones (valoradas únicamente a los efectos de la presente medida cautelar y sin prejuzgar el fondo de la decisión que pueda finalmente recaer) y de la entidad de los derechos e intereses en juego, la permanencia en territorio nacional del recurrente es el bien jurídico digno de mayor protección.

En este caso, la permanencia en territorio nacional mientras se resuelve el recurso, tanto por aplicación del artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE como por los artículos 129 y ss., implica reconocer al recurrente el derecho al acceso al mercado de trabajo -ex artículo 15.3 de la Directiva 2013/33/UE - y por tanto el derecho a documentarse para ello.

Y, coherentemente con ello, debió accederse a la petición de medida cautelar solicitada, de prórroga de los beneficios que tenía concedidos provisionalmente el recurrente durante la tramitación del procedimiento administrativo como solicitante de asilo y, en concreto, la autorización para residir en España y trabajar.

H) En conclusión, deben interpretarse los artículos 129 y ss. LJCA conforme a la Directiva y la STJUE. En la resolución impugnada va implícita la orden de retorno. Y, aunque no se trata de que la suspensión deba ser una decisión automática, no puede desconocerse que supone la pérdida de finalidad legítima del recurso.

Mientras no haya una decisión jurisdiccional, la no suspensión de la resolución recurrida hace perder la finalidad del recurso.

En definitiva, debemos entender que la interpretación conforme a la normativa comunitaria garantiza que una eventual sentencia estimatoria no se vea incumplida.

I) No puede desconocerse la incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 19 de junio de 2018 (asunto C-181/16, Caso Ghandi) , en relación con el apartado 5 del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, en la interpretación por el órgano jurisdiccional que resuelve en primera instancia de los criterios contenidos en los artículos 129 y siguientes LJCA (EDL 1998/44323), a la hora de proceder a la adopción de medidas cautelares tendentes a la prórroga de los beneficios que tenía concedidos provisionalmente el recurrente durante la tramitación del procedimiento administrativo como solicitante de asilo y, en concreto, la autorización para residir en España y trabajar, en los términos de la declaración que fija aquella sentencia."

Y entendemos que, a la vista de los razonamientos contenidos en las resoluciones impugnadas y de las alegaciones de las partes, en la línea iniciada con esa sentencia, nuestra doctrina ha de ser completada y matizada, en la medida en que los razonamientos que allí se efectuaron se ciñeron, en estricto ajuste a la pregunta formulada en el auto de admisión, a un solo apartado del art. 46 de la Directiva 2013/32, su apartado 5, y a una sola sentencia del TJUE, la sentencia de 19 de junio de 2018 (asunto C-181/16, caso Ghandi,) por ser la expresamente invocada en los autos allí recurridos.

Un examen completo de la norma europea que resulta de aplicación, art. 46 de la Directiva 2013/32, y de la jurisprudencia que expresamente la interpreta, como la STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-808/18 (Comisión contra Hungría) -la STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, caso Ghandi, no se refería exactamente a ese precepto, sino a la Directiva anterior derogada por aquélla, Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado- nos puede proporcionar una más amplia perspectiva para responder a lo que, en definitiva, se nos demanda: la compatibilidad de nuestra regulación



sobre la tutela cautelar en materia de asilo con los postulados que derivan del derecho europeo y, en concreto, del art. 46 de la Directiva 2013/32, y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Como veremos, nuestras conclusiones no diferirán, en sustancia, de nuestro anterior pronunciamiento, si bien debemos completar y matizar aquéllas.

B.- El art. 46 de la Directiva 2013/32, dice lo siguiente:

"Artículo 46. Derecho a un recurso efectivo.

1. Los Estados miembros garantizarán que los solicitantes tengan derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional contra lo siguiente:

a) una resolución adoptada sobre su solicitud de protección internacional, incluida:

i) la decisión de considerar infundada una solicitud en relación con el estatuto de refugiado y/o el estatuto de protección subsidiaria,

ii) la decisión de considerar inadmisibles una solicitud de conformidad con el artículo 33, apartado 2,

iii) la decisión adoptada en la frontera o en las zonas de tránsito de un Estado miembro a que se refiere el artículo 43, apartado 1,

iv) la decisión de no llevar a cabo un examen con arreglo al artículo 39;

b) la negativa a reabrir el examen de una solicitud después de su suspensión de conformidad con los artículos 27 y 28;

c) una decisión de retirada de la protección internacional con arreglo al artículo 45.

2. Los Estados miembros garantizarán que las personas reconocidas por la autoridad decisoria como personas que pueden optar a la protección subsidiaria tengan derecho a un recurso efectivo en virtud del apartado 1 contra una decisión por la que se considere una solicitud infundada en relación con el estatuto de refugiado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el estatuto de protección subsidiaria concedido por un Estado miembro otorgue los mismos derechos y beneficios que los otorgados por el estatuto de refugiado con arreglo al Derecho de la Unión y al Derecho nacional, ese Estado miembro podrá considerar inadmisibles un recurso contra la decisión que considere una solicitud infundada en relación con el estatuto de refugiado sobre la base de que el interés del solicitante en el mantenimiento del proceso es insuficiente.

3. Para cumplir el apartado 1, los Estados miembros garantizarán que un recurso efectivo suponga el examen completo y ex nunc tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, incluido cuando proceda un examen de las necesidades de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE, al menos en los recursos ante un juzgado o tribunal de primera instancia.

4. Los Estados miembros establecerán los plazos razonables y demás normas necesarias para que el solicitante pueda ejercitar su derecho a un recurso efectivo de conformidad con el apartado 1. Los plazos no harán imposible o excesivamente difícil dicho ejercicio.

Los Estados miembros podrán asimismo establecer una revisión de oficio de las decisiones adoptadas en virtud del artículo 43.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso.

6. En el caso de una decisión:

a) por la que se considere una solicitud manifiestamente infundada de acuerdo con el artículo 32, apartado 2, o infundada tras el examen de acuerdo con el artículo 31, apartado 8, salvo cuando esas decisiones se basen en las circunstancias a que se refiere el artículo 31, apartado 8, letra h);

b) por la que se considere una solicitud inadmisibles de conformidad con el artículo 33, apartado 2, letras a), b) o d);

c) por la que se rechace la reapertura del caso del solicitante que ha sido suspendido de acuerdo con el artículo 28, o

d) por la que se deja de examinar o de examinar íntegramente la solicitud de conformidad con el artículo 39, un órgano jurisdiccional será competente para decidir si el solicitante puede o no permanecer en el territorio del Estado miembro, bien previa petición del solicitante concernido, bien de oficio, si la decisión pone fin al



derecho del solicitante a permanecer en el Estado miembro y cuando, en tales casos, el derecho a permanecer en el Estado miembro mientras se resuelve el recurso no se contemple en el Derecho nacional.

7. El apartado 6 solo se aplicará a los procedimientos a que se refiere el artículo 43 siempre que que:

a) el solicitante cuente con la interpretación y asistencia jurídica necesarias y al menos con una semana para preparar la petición y presentar al órgano jurisdiccional los argumentos a favor de que se le conceda el derecho a permanecer en el territorio mientras se resuelve el recurso, y

b) en el marco del examen de la petición a que se refiere el apartado 6, el órgano jurisdiccional examine la decisión negativa de la autoridad decisoria en cuanto a los hechos y a los fundamentos de Derecho.

Si no se cumplen las condiciones mencionadas en las letras a) y b), será de aplicación el apartado 5.

8. Los Estados miembros permitirán al solicitante permanecer en el territorio mientras se resuelve el procedimiento para decidir si el solicitante puede o no permanecer en el territorio del Estado miembro, a que se refieren los apartados 6 y 7.

9. Los apartados 5, 6 y 7 se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento (UE) n.º 604/2013.

10. Los Estados miembros podrán fijar plazos para el estudio de la resolución de la autoridad decisoria por parte del órgano jurisdiccional con arreglo al apartado 1.

11. Los Estados miembros también podrán fijar en su legislación nacional las condiciones en las que podrá presumirse que un solicitante ha retirado implícitamente su recurso con arreglo al apartado 1 o ha desistido implícitamente de él, así como las normas de procedimiento que hay que observar."

Este precepto, y particularmente sus apartados 5 y 6, ha sido interpretado en la STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-808/18 (Comisión / Hungría) de la que podemos extraer los siguientes

(i) "[...]que, en virtud del artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, se autoriza a los solicitantes de protección internacional, sin perjuicio de los supuestos previstos en los artículos 41, apartado 1, y 46, apartado 6, de dicha Directiva, a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo contra las decisiones a que se refiere el apartado 1 del artículo 46 y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro de plazo, en espera del resultado del recurso" (parágrafo 282).

-(ii) "[...]que el nacional de un tercer país o el apátrida cuya solicitud de protección internacional haya sido denegada en primer grado por la autoridad decisoria sigue disfrutando, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2013/33, en relación con el artículo 2, letra b), de esta, de las condiciones de acogida contempladas en dicha Directiva mientras esté autorizado a estar en el territorio, en virtud del artículo 46 de la Directiva 2013/32, a los efectos de impugnar tal decisión denegatoria" (parágrafo 284).

-(iii) "[...]Como excepción a lo dispuesto en el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, el apartado 6 de este artículo permite a los Estados miembros, en los supuestos que esta disposición recoge, en particular cuando la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional se fundamente en determinados motivos de inadmisibilidad, no conceder automáticamente el derecho a permanecer en el territorio a la espera del resultado del recurso interpuesto por el solicitante, siempre y cuando un órgano jurisdiccional sea competente para decidir si el interesado puede permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate pese a la decisión adoptada contra él en primer grado." (parágrafo 303).

De esta doctrina podemos colegir las siguientes reglas en relación con la cuestión debatida: (i) el derecho a un recurso judicial efectivo conlleva que, como regla general, el solicitante a quien la Administración ha denegado la protección internacional esté autorizado a permanecer en el territorio de acogida hasta que se resuelva el recurso jurisdiccional contra esa decisión y a que durante esa permanencia disfrute de las condiciones de acogida contempladas en la Directiva 2013/33; (ii) como excepción a esa regla general que deriva del art. 46.5, podrá no reconocerse automáticamente ese derecho a permanecer en el territorio en los supuestos del art. 46.6 (fundamentalmente, solicitudes que sean manifiestamente infundadas o inadmisibles en los términos que el precepto, y sus sucesivas remisiones, detallan), en los que el órgano jurisdiccional deberá valorar si el solicitante puede o no permanecer en el territorio de acogida.

Debemos tener presente que los apartados 5 y 6 del art. 46 de la Directiva 2013/32, que aquí comentamos, no estaban contemplados en la anterior Directiva 2005/85, que aquélla deroga, así como que no han sido transpuestos al derecho interno en ninguna de las reformas de la ley de asilo llevadas a cabo en sucesivas leyes 2/2014, 10/2022, 22/2021 y 4/2023. Ahora bien, esa omisión del legislador en la transposición de la directiva, que confiere derechos a los solicitantes de asilo, debe ser suplida mediante los mecanismos establecidos en



nuestra propia legislación que no son otros que la regulación de las medidas cautelares contenida en nuestra Ley Jurisdiccional.

Por tanto, siguiendo las pautas de aplicación del derecho europeo, debemos buscar una interpretación conforme del derecho interno a los postulados de la directiva que respete su efecto útil y, caso de no lograrse, deberíamos efectuar su aplicación directa en la medida en que se trata de preceptos de una directiva que confieren derechos a los particulares.

C.- Pues bien, entendemos que esa interpretación conforme de nuestra legislación con la Directiva 2013/32, resulta posible, ajustando el juicio de ponderación que implica todo pronunciamiento sobre la tutela cautelar al amparo del art. 130 LJ a los postulados que necesariamente derivan del art. 46 a que acabamos de referirnos. Ponderación y pronunciamiento jurisdiccional que no pueden deferirse a un momento posterior al de la denegación del asilo y la protección subsidiaria -como parece sostenerse en los autos impugnados y aquí, en el recurso, por la Abogacía del Estado- por exigencias que derivan del efecto útil de la Directiva y de la necesaria certeza y seguridad jurídica que demanda el cumplimiento imperativo de sus disposiciones en la medida en que reconocen derechos a favor de los particulares que han visto denegada su solicitud de protección internacional (parágrafo 288 de la STJUE de 17 de diciembre de 2020, antes citada).

Así pues, de conformidad con el art. 46 de la Directiva 2013/32, el derecho a un recurso judicial efectivo conlleva que el solicitante a quien la Administración ha denegado la protección internacional obtenga, en el recurso jurisdiccional interpuesto contra dicha decisión, un pronunciamiento que, como regla general, reconozca durante su pendencia el mantenimiento inalterado de su estatuto como solicitante de asilo y, por tanto, su autorización para permanecer en España hasta que se resuelva dicho recurso y a que durante esa permanencia disfrute de las condiciones de acogida contempladas en la Directiva 2013/33; y sólo como excepción a esa regla general que deriva del art. 46.5, podrá no reconocerse automáticamente ese derecho a permanecer en el territorio cuando concurra alguno de los supuestos que se detallan en el art. 46.6, fundamentalmente, solicitudes manifiestamente infundadas o inadmisibles -que no se alejan en lo sustancial de los así denominados en nuestra ley de asilo-, en los que el órgano jurisdiccional deberá valorar si el solicitante puede o no permanecer en el territorio de acogida.

Por tanto, en el análisis de la tutela cautelar que conlleva el derecho a un recurso efectivo se impone al órgano jurisdiccional un juicio de ponderación que determine si nos encontramos ante el primer caso, art. 46.5, regla general, o ante la excepción del art. 46.6, teniendo presente en este último caso que se trata de excepciones a una regla general y, por tanto, de interpretación estricta, y que su concurrencia ha de analizarse de forma sólo indiciaria, sin adelantar el juicio de fondo, por lo que el supuesto de excepción a la regla general deberá concurrir de manera clara y ostensible, sin que baste cualquier supuesto en el que puedan no reunirse los requisitos para obtener la protección internacional, pues ello convertiría en regla general la excepción y excedería de los márgenes de conocimiento limitado del incidente.

De esta forma, en la ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto que ha de hacer el tribunal para asegurar la efectividad de la sentencia no puede ser ajeno un elemento característico de la tutela cautelar como es el *fumus boni iuris*, de forma que haya de entenderse que el recurso perderá su finalidad legítima en aquellos casos en los que no concurren los supuestos del art. 46.6 en los términos que acabamos de indicar.

Y lógicamente, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional acceda a la tutela cautelar al amparo de cualquiera de los dos apartados del art. 46, la permanencia en España del solicitante durante la pendencia del recurso jurisdiccional le da derecho a disfrutar de las condiciones de acogida contempladas en la Directiva 2013/33 y, por ello, a que se mantengan o prorroguen los beneficios que tenía concedidos provisionalmente durante la tramitación del procedimiento administrativo de asilo con la documentación pertinente que así lo acredite.

De lo expuesto cabe colegir que la legislación española sobre tutela cautelar en materia de asilo puede, en los términos expuestos, ser interpretada de manera conforme con el Derecho de la Unión, pues contempla un régimen general de adopción de medidas cautelares que permite al órgano jurisdiccional conjugar el efecto automático suspensivo de la interposición del recurso jurisdiccional previsto como regla general en el art. 46.5 de la Directiva 2013/32, que obliga durante su pendencia al mantenimiento del estatuto del solicitante de asilo con todo lo que conlleva (permanencia en España y mantenimiento de las condiciones de acogida), con la contemplación circunstanciada de las excepciones previstas en el apartado 6.

SEXTO. Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.

Pese a los términos literales en que se manifestó la Sala de instancia en sus autos, apreciamos que lo que realmente constituye el objeto del debate en este asunto es si el órgano jurisdiccional debe o no acordar cautelarmente una decisión que asegure que el solicitante de asilo no se verá obligado a salir de España



durante la pendencia del recurso jurisdiccional interpuesto contra la resolución denegatoria de su solicitud de protección internacional.

Y, a este respecto, tras analizar el supuesto contemplado alcanzamos la conclusión de que la aplicación de los anteriores razonamientos nos debe llevar a la estimación del recurso de casación, a la anulación de los autos recurridos por no acomodarse a los mismos, y a conceder la tutela cautelar pretendida, ya que ni siquiera indiciariamente cabe deducir de lo actuado, de forma clara y ostensible, que nos encontremos en alguno de los supuestos de rechazo de la protección internacional por alguna de las razones previstas en el art. 46.6 de la Directiva 2013/32.

En estos términos, debemos reconocer el derecho del recurrente, al amparo del art. 46.5 de la Directiva 2013/32, a permanecer en España durante la tramitación del recurso jurisdiccional con las condiciones de acogida previstas en la Directiva 2013/33, en definitiva, a mantener su estatuto de solicitante de asilo.

Procede, por tanto, suspender cautelarmente la resolución administrativa impugnada en la instancia y reconocer el derecho del recurrente, durante la tramitación del recurso, a permanecer en España manteniendo las condiciones de acogida previstas en la Directiva 2013/33, con la documentación pertinente que así lo acredite, al entender que en este caso la ejecución de la resolución impugnada haría perder la finalidad legítima del recurso, de conformidad con el art. 130 LJ.

SÉPTIMO. Pronunciamiento sobre costas.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 LJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero. Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el fundamento de derecho quinto apartado C de esta sentencia.

Segundo. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Carlos Antonio contra el Auto de 15 de febrero de 2023, que confirma en reposición el Auto de 26 de enero de 2023, dictado en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario núm. 1032/2021, por la Sección Quinta de la Audiencia Nacional, resolución que se casa y anula, y en su lugar, acordamos suspender cautelarmente la resolución administrativa impugnada en la instancia y reconocer el derecho de la recurrente, durante la tramitación del recurso, a permanecer en España manteniendo las condiciones de acogida previstas en la Directiva 2013/33, con la documentación pertinente que así lo acredite.

Tercero. Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.