



Roj: **STS 3542/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3542**

Id Cendoj: **28079130032016100292**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **746/2016**

Nº de Resolución: **1883/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 20 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 746/2016, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra el auto de fecha 4 de diciembre de 2015, confirmado en reposición por el de fecha 11 de febrero de 2016, por el cual la Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava), y en su recurso número 552/15, acordó mantener la medida cautelarísima acordada en auto de 24 de noviembre de 2015, (que después será descrita); no habiendo comparecido ninguna parte como recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Preparado por el Sr. Abogado del Estado recurso de casación contra las resoluciones antes dichas, se tuvo por preparado en diligencia de ordenación de fecha 3 de marzo de 2016, emplazándose a las partes para ante este Tribunal Supremo en fecha 7 de marzo de 2016.

**SEGUNDO.-** En fecha 15 de abril de 2016, el Sr. Abogado del Estado, en la representación dicha, presentó escrito interponiendo este recurso de casación, en el cual, después de exponer los motivos y razonar el motivo de impugnación que esgrimió, terminó suplicando se declare haber lugar al recurso de casación, y, casando los autos recurridos, se deniegue la suspensión solicitada.

**TERCERO.-** Por providencia de fecha 18 de abril de 2016, se tuvo por interpuesto el presente recurso de casación, y se ordenó pasaran las actuaciones al Sr. Magistrado Ponente para que se instruyera y sometiera a la deliberación de la Sala lo que hubiera que resolver sobre la admisibilidad del recurso.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 18 de mayo de 2016 se admitió dicho recurso de casación.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección 3ª, y a la vista de no haberse personado ninguna parte como recurrida, se ordenó quedaran los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuanto por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 22 de junio de 2016, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 12 de julio de 2016, designándose Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil.

**SÉPTIMO.-** En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se impugna en este recurso de casación nº 746/2016 el auto de fecha 4 de diciembre de 2015 (confirmado en reposición por el de 11 de febrero de 2016), dictado por la Sala de lo Contencioso-



Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8ª) en su recurso contencioso-administrativo nº 552/15, por el cual se mantuvo la medida cautelarísima acordada en anterior auto de Sala de 24 de noviembre de 2015.

En este último auto la Sala de la Audiencia Nacional acordó *"estimar la solicitud de la parte actora y, apreciando las circunstancias de especial urgencia concurrentes, acordar la medida cautelarísima de entrada y permanencia provisional en España solicitada por la representación procesal de Paloma"*, dando audiencia por tres días a la Administración demandada para que alegara lo que estimase procedente sobre el levantamiento, modificación o mantenimiento de la medida.

**SEGUNDO.-** Estas resoluciones de justicia cautelar han sido adoptadas por la Audiencia Nacional en el seno del recurso contencioso-administrativo nº 552/15, en el que se impugna la vía de hecho del Ministerio del Interior (en materia de solicitud de protección internacional), vulneradora de los artículos 17 y 19 de la Constitución Española en cuanto al derecho de la recurrente a la libertad deambulatoria y a la entrada en España, (es decir, al alargamiento de la retención de la recurrente en las dependencias del puesto fronterizo T-4), o, alternativamente, los actos de ejecución de la resolución del Ministerio del Interior de 21 de noviembre de 2015, que denegó por el trámite acelerado de tramitación en frontera la solicitud de protección internacional.

Las razones de la concesión de la medida cautelarísima (y su posterior confirmación) las expone la Sala de instancia en el auto de 4 de diciembre de 2015, cuando dice que: *"En relación con el supuesto concreto de la solicitud de reexamen traída a colación por el Abogado del Estado, como se ha indicado en otros supuestos similares, la Administración no sólo no resolvió dicha petición de reexamen en el plazo establecido en el artículo 21 de la Ley de asilo, sino que optó por tener por no formulada la petición de reexamen, sin comunicar al interesado la inadmisión de su solicitud ni darle la posibilidad de subsanar el eventual defecto en la presentación, al considerar ésta extemporánea por presentada antes del tiempo. La Administración recibió la solicitud y no le dio trámite, tampoco dictó resolución alguna rechazando tal solicitud, fijando la fecha en la que ésta se tendría por formulada o requiriendo al interesado para que subsanase el defecto en la presentación."*

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación contra esos autos, en el cual esgrime un único motivo, a saber, y al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional 29/98, la infracción de sus artículos 129, 130 y 136, [si bien, a lo largo del mismo, cita también como infringidos los artículos 42.3.b) y 48 de la Ley 30/92, sobre la consideración de la existencia de vía de hecho, ya que el plazo para resolver la petición de reexamen no comienza a contar, dice, hasta que la solicitud entra en el órgano competente para su tramitación, (en este caso, la Oficina de Asilo y Refugio), y debe además computarse en días hábiles].

**CUARTO.-** Aunque no resulta fácil hallar el hilo conductor del motivo casacional esgrimido por el Sr. Abogado del Estado, es claro que el motivo debe ser rechazado, porque los argumentos específicos en que se funda no son atendibles. Y así:

A) No lo es el de que la Sala debió denegar la medida cautelar solicitada al amparo de la excepción que prevé el artículo 136.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98, cuyo precepto dispone que, en los supuestos de vía de hecho (artículo 30), como el que en este caso alegó la parte recurrente y la Sala aplicó, la medida cautelar podrá ser denegada cuando *"se aprecie con evidencia que no se da la situación de vía de hecho, o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero"*, que es, dice el Sr. Abogado del Estado, lo que ocurre en este caso, ya que el particular no prueba ni justifica de ninguna manera los supuestos daños alegados, sino que, por el contrario, es evidente el daño al interés público que se produce con la autorización de residencia provisional concedida.

Pero tal argumento no puede ser aceptado, por las siguientes razones:

1ª.- Los daños que alega la recurrente son los derivados de una situación dañosa, como es su mantenimiento obligatorio en el aeropuerto de Madrid-Barajas durante seis días (como sin contradicción dice el auto de la Sala de 24 de noviembre de 2015, que concedió la medida cautelarísima), de forma que los daños se refieren a la libertad misma de la solicitante, lo que obligó a la Sala de la Audiencia Nacional a hacer uso por vía cautelar del artículo 21.5 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del derecho de asilo; pues de otra forma la Administración hubiera devuelto a la Sra. Paloma a su país de origen sin resolver su petición de reexamen, (que fué, en efecto, presentada, una vez que la interesada se dió por notificada de la denegación de asilo, como admite la Sala de instancia).

El daño alegado era, pues, la limitación de su propia libertad deambulatoria; un daño, sin duda alguna, irreparable.

Ese daño no se veía contrarrestado por una afectación al interés público, ya que:

a) Ni lo era la posible dificultad para hallar a la interesada posteriormente, una vez concedida la autorización provisional; porque, si así fueran las cosas, el propio artículo 21.5 de la Ley 12/2009 resultaría inaplicable. Es



este precepto el que quiere que la no resolución en plazo se traduzca en la concesión de una autorización de entrada y permanencia provisionales.

b) Ni lo era la utilización de la normativa de asilo para perseguir una finalidad distinta, cual es la inaplicación de la legislación de extranjería; porque es la normativa de asilo la que regula los efectos de la solicitud de reexamen y las consecuencias de su no resolución en plazo. Son los efectos de la legislación de asilo los que la interesada (y la Sala de instancia) han procurado, y no la inaplicación de una legislación distinta, como lo es la general de extranjería.

B) La solicitud de reexamen se realizó allí donde obligaba la notificación de la denegación de asilo, es decir, en el "puesto fronterizo", en este caso, en el aeropuerto "Adolfo Suárez Madrid-Barajas"; de manera que carece de solidez el argumento de que el plazo para resolverla no cuenta hasta que la solicitud entra en el registro del órgano competente, porque la interesada la presentó donde dijo la Administración que debía hacerlo.

C) En cuanto a la forma de computar el plazo de dos días para la resolución del reexamen, la constante jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el cómputo debe ser de hora a hora y sin descontar los días inhábiles ( STS de 5 de diciembre de 2007 -casación 4050/2004 -, de 30 de junio de 2006 -casación 5386/2003 , y 6 de noviembre de 2006 -casación 4964/2003 , entre otras muchas).

**QUINTO.-** Todo lo dicho entiéndase expuesto a los meros efectos de la pieza de suspensión de que se trata, sin prejuzgar en absoluto la decisión sobre el fondo de lo que constituye el objeto del pleito.

**SEXTO.-** Procede, pues, declarar no haber lugar al presente recurso de casación; sin condena en costas a la vista de no haberse personado ninguna parte recurrida.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación nº 746/2016 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra los autos de fecha 4 de diciembre de 2015 y 11 de febrero de 2016, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo nº 552/2015 . Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Eduardo Calvo Rojas D. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, lo que certifico.