



Roj: **STS 4146/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4146**

Id Cendoj: **28079130032016100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/09/2016**

Nº de Recurso: **1304/2016**

Nº de Resolución: **2094/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 28 de septiembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1304/2016, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra el auto de fecha 24 de septiembre de 2015, confirmado en reposición por el de fecha 3 de marzo de 2016, por el cual la Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava), y en su recurso contencioso-administrativo número 365/15, acordó mantener la medida cautelarísima acordada en auto de 8 de septiembre 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 12 de abril de 2016, emplazándose a las partes para ante este Tribunal Supremo en fechas 14 y 15 de abril de 2016.

SEGUNDO.- En fecha 29 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 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 diligencia de ordenación de fecha 4 de mayo 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 15 de junio de 2016 se admitió dicho recurso de casación.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta **Sección Tercera**, 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 11 de julio de 2016, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 20 de septiembre 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 1304/2016 el auto de fecha 24 de septiembre de 2015 (confirmado en reposición por el de 3 de marzo de 2016), dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo



de la Audiencia Nacional (Sección Octava) en su recurso contencioso-administrativo nº 365/15 , por el cual se mantuvo la medida cautelarísima acordada en anterior auto de Sala de 8 de septiembre 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 del recurrente D. Carlos José (...), 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"*.

En posterior auto de 24 de septiembre de 2015 se mantuvo la suspensión acordada.

SEGUNDO.- Estas resoluciones de justicia cautelar han sido adoptadas por la Audiencia Nacional en el seno del recurso contencioso-administrativo nº 365/15 , en el que se impugna la vía de hecho del Ministerio del Interior (en materia de solicitud de protección internacional), vulneradora del derecho del recurrente a la libertad deambulatoria y a la entrada en España, (es decir, al alargamiento de la retención del recurrente en las dependencias del puesto fronterizo T-4).

Las razones de la concesión de la medida cautelarísima (y su posterior confirmación) las expone la Sala de instancia en el auto de 8 de septiembre de 2015, cuando dice lo siguiente:

«En el supuesto enjuiciado el examen de las actuaciones, detalladas en el anterior fundamento jurídico de esta resolución, pone de manifiesto lo siguiente:

- La solicitud de reexamen se presentó cuando aún no había finalizado el plazo de que dispone la Administración para resolver la solicitud de protección internacional, según el precepto reproducido de la ley de asilo, pues se solicita el asilo el día 1 y se deniega el día 4 de septiembre, manifestando la interesada que tuvo conocimiento de la misma el día 4, dándose por notificada si fuera defectuosa la notificación, "con independencia de la hora de notificación formal".

- La Administración reconoce haber recibido la solicitud de reexamen en la fecha y hora que aparecen en el fax remitido por la interesada, pero no le ha dado la consideración de reexamen por haberse presentado con anterioridad a la notificación "formal".

- Una vez que dicha "notificación" formal se ha producido, el día 5 de septiembre pasado, la Administración no ha dictado resolución alguna.

En las descritas circunstancias la Sala entiende que la solicitante de la medida cautelar sufriría perjuicios irreparables si la Sala no adoptase la medida que establece la ley, habiéndose comprobado que la Administración, una vez transcurrido el plazo legal desde que se notificó la resolución denegatoria del asilo y pudo tenerse por solicitado en tiempo y forma el reexamen no ha dictado ni notificado resolución alguna al interesado. »

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 dice, 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 el recurrente son los derivados de una situación dañosa, como es su mantenimiento obligatorio en el aeropuerto de Madrid-Barajas más allá del plazo de los dos días previstos en el artículo 21.5 de la Ley 12/2009 , de forma que los daños se refieren a la libertad deambulatoria del 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 al interesado a su país de origen sin resolver su petición de reexamen, (que fué, en efecto, presentada, una vez que el interesado se dió por notificado de la denegación de asilo, como admite la Sala de instancia).

El daño alegado era, pues, la libertad deambulatoria del interesado que (aunque sea en forma provisional) está prevista en el artículo 21.5 de la Ley 12/2009 para el caso de silencio de la Administración.

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

a) Ni lo era la posible dificultad para hallar al interesado posteriormente, una vez concedida la autorización provisional; porque, si así fueran las cosas, el propio artículo 21.5 de la Ley 12/2009 resultaría inútil. Y 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 el interesado (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 el interesado la presentó donde dijo la Administración que debía hacerlo. (Ello dejando al lado la circunstancia de que la Administración nunca ha resuelto esa solicitud, alegando que era prematura. Sin embargo, esa razón no es atendible, porque, aunque así fuera, desde el momento en que se notificó la denegación del asilo, la petición dejaba de ser prematura).

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).

D) Sólo a mayor abundamiento, no está claro en el expediente administrativo en qué fecha fué notificada la denegación de la solicitud, pues si bien en la notificación parece constar que ésta se realizó el día 5 de septiembre de 2015, en el formulario de la petición de reexamen se consigna claramente que la notificación se llevó a cabo el día 4 de septiembre, por lo cual ni siquiera podría decirse que la petición de reexamen del mismo día 4 fuera prematura.

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.- Resta por aclarar que la estimación del recurso contencioso-administrativo no la basó la Sala de instancia ni la confirma este Tribunal Supremo con argumentos atinentes al derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la CE , sino con la pura aplicación del artículo 21.5 de la Ley 12/2009 , que concede sin ninguna duda, para los casos de incumplimiento por la Administración de la obligación de resolver en plazo la petición de reexamen, las consecuencias procedimentales y sustantivas que ha precisado la parte dispositiva de la sentencia impugnada.

SÉPTIMO.- 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
1.- No haber lugar al presente recurso de casación nº 1304/2016 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra los autos de fecha 24 de septiembre de 2015 y 3 de marzo de 2016, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo nº 365/2015 , y ya descritos en el primer fundamento de Derecho. **2.-** 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. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde D.



Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ