



**AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2
MADRID**

AUTO: 01442/2021

**AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2
MADRID**

AUTO: 01442/2021

Modelo: N35300
C/ GOYA- 14
Teléfono: 914007286/87/88 Fax:
Correo electrónico:

Equipo/usuario: ASV

N.I.G: 28079 23 3 2021 0011334

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0000851 /2021 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000851 /2021

Sobre: DENEGACION RECONOCIMIENTO CONDICION REFUGIADO

De D./ña. [REDACTED]

ABOGADO

PROCURADOR D./D^a. JAVIER HUIDOBRO SANCHEZ-TOSCANO

Contra D./D^a. MINISTERIO DEL INTERIOR

ABOGADO DEL ESTADO

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE

MANUEL FERNANDEZ-LOMANA Y GARCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

En MADRID, a veintiuno de diciembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - D. Javier Huidobro Sánchez Toscano, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de D. [REDACTED], nacional de Costa de Marfil, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Ministerio del Interior por la que se denegó su petición de



reconocimiento del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Solicitada la adopción de medidas cautelares, se acordó la formación de pieza separada al efecto, dándose traslado a la Abogacía del Estado.

Ha sido Ponente D RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO, que expresa el de parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Por el recurrente se solicita, en relación a la ejecutividad de la Resolución del Ministerio del Interior que es objeto de impugnación, la adopción de las siguientes medidas: a) suspender la obligación de salida; y b) obtener autorización de residencia y trabajo.

SEGUNDO. - La decisión sobre las medidas cautelares que se nos solicitan requiere de la determinación de la legislación aplicable.

Hemos de partir de los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), cuyas líneas inspiradoras vienen constituidas por la necesidad de garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte en el recurso, y la ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto.

A ello debemos añadir el contenido de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (en adelante, Directiva 2013/33/UE) y 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 (en adelante, Directiva 2013/32/UE).

En lo que ahora interesa, por lo que se refiere a la residencia en los Estados miembros de los solicitantes de asilo en espera del resultado del recurso, el artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE, establece.

"5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 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"

Las excepciones a las que se refiere el artículo 46.6 de la Directiva 2013/32/UE, son:

"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 inadmisibile 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.

d) por la que se deja de examinar o de examinar íntegramente a solicitud de conformidad con el artículo 39.

A estas exclusiones debemos añadir la prevista en el artículo 41.1 de la Directiva 2013/32/UE, relativa a solicitudes posteriores.

En estos casos de exclusión de la permanencia en el territorio por aplicación del artículo 46.5 de la Directiva que examinamos, 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 (artículo 46.6 in fine de la Directiva 2013/32/UE).

Respecto a los procedimientos en frontera, dispone el apartado 7º del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE:

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

Respecto a la aplicación del artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE, la sentencia del TJUE 17 de diciembre de 2020 C-808/18, declara:

"283 En primer lugar, procede señalar 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.

283 A tenor del artículo 2, letra p), de la Directiva 2013/32, por «permanencia en el territorio del Estado miembro» se entiende la permanencia en el territorio del Estado miembro en el que se ha formulado o se está examinando la solicitud de protección internacional, con inclusión de la frontera o en las zonas de tránsito de este.

284 En segundo lugar, es preciso subrayar 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.

285 En efecto, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2013/33 establece que el solicitante de protección

internacional ha de disfrutar de las condiciones de acogida contempladas en esta Directiva mientras esté autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate en su condición de solicitante, y, según el artículo 2, letra b), de dicha Directiva, el nacional de un tercer país o apátrida debe tener la consideración de solicitante de protección internacional, a los efectos de esta Directiva, hasta que se resuelva definitivamente sobre su solicitud.

286 Pues bien, habida cuenta del estrecho vínculo que existe entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2013/32 y el de la Directiva 2013/33, procede utilizar, a los efectos del artículo 2, letra b), de la Directiva 2013/33, la misma definición de resolución definitiva que la que el artículo 2, letra e), de la Directiva 2013/32 fija para determinar el ámbito de aplicación de esta última Directiva, a saber, toda resolución por la cual se establece si se concede o no al interesado el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria y contra la que ya no puede interponerse recurso en el marco de lo dispuesto en el capítulo V de dicha Directiva, con independencia de que el recurso tenga el efecto de permitir que el solicitante de protección internacional permanezca en el Estado miembro de que se trate a la espera de su resolución.

287 De ello se deduce, por una parte, que, si bien el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32 se limita a conferir al solicitante de protección internacional comprendido en su ámbito de aplicación un derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate, la existencia de este derecho se consagra, no obstante, de manera incondicional, sin perjuicio de las excepciones previstas en los artículos 41, apartado 1, y 46, apartado 6, de dicha Directiva, y, por otra parte, que un Estado miembro solamente puede fijar condiciones de ejercicio de este derecho en la medida en que sean conformes, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33.

288 En tercer lugar, ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones de una directiva deben ser ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad requeridas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual requiere que, cuando la directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocer plenamente sus derechos (sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Francia, C-354/98, EU:C:1999:386, apartado 11; de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia, C-177/04, EU:C:2006:173, apartado 48, y de 4 de octubre de 2018,



Comisión/España, C-599/17, no publicada, EU:C:2018:813, apartado 19 y jurisprudencia citada).

289 De ello se sigue que, cuando un Estado miembro decide fijar condiciones de ejercicio del derecho a permanecer en su territorio, consagrado en el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, deben definirse con la suficiente claridad y precisión para que el solicitante de protección internacional pueda conocer el alcance exacto de tal derecho y para que se pueda apreciar si son compatibles, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33."

En el mismo sentido el auto TJUE de 5 de julio de 2018, C-269/18 PPU, que declara:

"51 A este respecto, el derecho a la tutela judicial efectiva implica que queden suspendidos todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno lo que, en particular, tiene como consecuencia que el interesado no puede ser internado a efectos de su expulsión con arreglo al artículo 15 de la Directiva 2008/115 mientras esté autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate (vease, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2018, Gnandi, C-181/16, EU:C:2018:465, apartado 62).

52 Lo mismo sucede por lo que respecta a un nacional de un tercer país cuya solicitud de protección internacional ha sido desestimada por considerarse manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 32, apartado 2, de la Directiva 2013/32.

53 Es cierto que del artículo 46, apartados 5 y 6, de la Directiva 2013/32 se desprende que, en este caso, el interesado no disfruta de pleno derecho del derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro en cuestión a la espera del resultado de su recurso. No obstante, de conformidad con los requisitos del artículo 46, apartado 6, último párrafo, de la Directiva, este debe tener la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional, que decidirá si puede permanecer en dicho territorio hasta que se resuelva su recurso en cuanto al fondo. El artículo 46, apartado 8, de la misma Directiva prevé que, mientras se resuelve el procedimiento para decidir si el solicitante puede o no permanecer, el Estado miembro de que se trate debe permitirle permanecer en su territorio.

54 De todo lo antedicho se desprende que un nacional de un tercer país cuya solicitud de protección internacional ha sido desestimada por considerarse manifiestamente infundada no



puede ser internado con arreglo al artículo 15 de la Directiva 2008/115 durante el período fijado para la interposición del recurso contra la decisión denegatoria. En caso de que se interponga dicho recurso, el interesado tampoco podrá ser objeto de una medida de internamiento sobre la base de este artículo mientras esté autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro en cuestión, de conformidad con el artículo 46, apartado 8, de la Directiva 2013/32.

55 A la vista de todas estas consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que las Directivas 2008/115 y 2013/32 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un nacional de un tercer país cuya solicitud de protección internacional ha sido desestimada en primera instancia por la autoridad administrativa competente por considerarla manifiestamente infundada sea internado con vistas a su expulsión cuando, con arreglo al artículo 46, apartados 6 y 8, de la Directiva 2013/32, este legalmente autorizado a permanecer en el territorio nacional hasta que se resuelva su recurso relativo al derecho a permanecer en dicho territorio en espera del resultado del recurso presentado contra la decisión por la que se ha desestimado su solicitud de protección internacional."

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 concurren algunas de las excepciones antes descritas que se encuentran en la Directiva. En el caso de que concorra alguna de las excepciones señaladas, será el Tribunal que se encuentre conociendo del recurso, el competente para adoptar las medidas cautelares conforme a los artículos 129 y siguientes de la LJCA.

TERCERO. - En segundo lugar, examinaremos la posibilidad de trabajar en España durante la sustanciación del recurso judicial.

El artículo 15.3 de la Directiva 2013/33/UE, establece:

"3. No se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación."

Por lo tanto, el acceso al mercado de trabajo (y la concesión de la documentación necesaria para ello) depende de



que el solicitante de asilo se encuentre legalmente en España, según las reglas que hemos analizado anteriormente, esto es, que sea de aplicación el artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE, o que, de concurrir algunas de las excepciones de los artículos 46.6 y 41.1 de la misma Directiva, el Tribunal que se encuentre conociendo del recurso frente a la desestimación administrativa de la protección internacional, conceda como medida cautelar la permanencia en territorio nacional.

Este es el punto de vista del TJUE plasmado en su sentencia C-322/19, de 14 de enero de 2021, cuya parte dispositiva afirma, entre otras cuestiones:

"El artículo 15 de la Directiva 2013/33 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye a un solicitante de protección internacional del acceso al mercado de trabajo por el único motivo de que se haya dictado respecto a él una decisión de traslado, de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 604/2013, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida."

CUARTO. - Aplicando la normativa y jurisprudencia anteriormente citada al supuesto que aquí se enjuicia, debemos partir de las siguientes circunstancias: el fundamento en el que la parte recurrente basa su solicitud consiste en la persecución sufrida en su país de origen por el hecho ser homosexual -tal y como se recoge, por ejemplo, en las págs. 1 y 2 de la resolución impugnada-.

No podemos entrar ahora en una valoración de las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, pues implicaría prejuzgarlas causando indefensión (valorar las cuestiones de fondo sin cumplir las garantías del proceso).

Los elementos objetivos con los que contamos para valorar la petición cautelar, son los recogidos en la Resolución impugnada en relación al artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE, y tal Resolución no afirma que la solicitud sea manifiestamente infundada, ni la solicitud ha resultado inadmisibles, ni existe suspensión por reiteración, ni el recurrente procede de un país acreditadamente seguro, ni nos consta que nos encontramos ante una solicitud posterior. No concurre ninguna de las excepciones que antes hemos examinado.

A ello, hemos de añadir: las medidas cautelares tienen por objeto garantizar la ejecución de la sentencia que recaiga, por lo que una salida del extranjero del territorio español previa a la decisión del asunto, haría muy difícil si no 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 practicadas (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 (como, por ejemplo, el derecho a la salud del solicitante de asilo), resulta evidente que la permanencia en territorio nacional del recurrente es el bien jurídico digno de mayor protección en el presente caso.

Procede por ello admitir el ajuste a Derecho de la permanencia en territorio nacional mientras se resuelve el recurso, tanto por aplicación del artículo 46.5 de la Directiva 2013/33/UE como por los artículos 129 y siguientes de la LJCA, y por tanto el derecho a documentarse para ello.

Y, coherentemente con ello, ha de accederse también a la petición cautelar consistente en autorizar el acceso al mercado de trabajo al solicitante de asilo, con su correspondiente documentación.

Ahora bien, las Resoluciones impugnadas no contienen una orden de salida, pues otorgan al solicitante de asilo la posibilidad de regularizar su permanencia en España. No existe un acto ejecutivo que ordene al recurrente abandonar nuestro país. Por tal razón sería prematuro por la Sala suspender una orden de salida que aún no se ha producido.

Si se produjera tal decisión, el recurrente podría solicitar la adopción las medidas oportunas.

QUINTO. - Conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la LJCA, no procede efectuar imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:



1.- Denegar la suspensión de la obligación de salida del territorio español,

2.- Declarar el derecho del recurrente a permanecer en el territorio español en espera del resultado del presente recurso y el derecho a la documentación correspondiente, y

3.- Estimar la medida cautelar solicitada, también en espera del resultado del presente recurso, en cuanto a documentar al recurrente para acceder al mercado de trabajo,

4.- Sin imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de reposición en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. al margen citados; doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.