

Id Cendoj: 28079230042010100002
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 145/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION
Ponente: ANA ISABEL MARTIN VALERO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

: Inadmisión de asilo: 5.6.d). Colombia. Informew del ACNUR favorable a la admisión a trámite de la solicitud de asilo. Medida cautelar positiva de autorización de permanencia en España y de trabajo.

SENTENCIA EN APELACION

Madrid, a veinte de enero de dos mil diez.

Vistos los autos del Rollo de Apelación nº **145/2009**, que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional, ha promovido D. Bartolomé , representado y asistido de la Letrada D^a Estela García Cano,

contra el Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 3, de fecha 18 de diciembre de 2008 sobre inadmisión a

trámite de solicitud de asilo. Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTIN VALERO, quien expresa el parecer de

la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso de apelación, mediante escrito presentado en fecha 16 de enero de 2009, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por providencia de fecha 19 de enero de 2009, dándose traslado del recurso por el Juzgado a las demás partes.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado presentó escrito en fecha 12 de febrero de 2009, oponiéndose al recurso interpuesto.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de fecha 16 de febrero de 2009, se acordó elevar la pieza de medidas cautelares, con atento oficio, a esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional para que resolviera lo procedente.

CUARTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de mayo de 2009 ; suspendiéndose el señalamiento en esa misma fecha a fin de solicitar la remisión de los informes del ACNUR.

QUINTO.- Una vez recibidos dichos informes, se dio traslado de los mismos a las partes para alegaciones, y una vez evacuado el trámite se señaló nuevamente para votación y fallo el día 13 de enero de 2010, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- D. Bartolomé interpone recurso de apelación contra el Auto del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 3 de fecha 18 de diciembre de 2008 , que deniega la medida cautelar solicitada por el mismo, al interponer recurso contra la denegación de reexamen de la resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo del recurrente por la *causa contemplada en el artículo 5.6 d) de la Ley de Asilo* . Medida que consiste en la autorización de permanencia en España, con expedición de autorizaciones de permanencia y trabajo.

Entiende el Juez "a quo" que no se dan las circunstancias legalmente exigidas para acordar la medida cautelar solicitada, pues, en el momento en que la misma se formula, la parte recurrente solo ha formulado con extrema vaguedad, imprecisión, generalidad y suma brevedad las razones por las que entiende ser objeto de amenazas contra su vida. En síntesis, la parte recurrente expresa unos brevísimos motivos para la tramitación de la solicitud de asilo, que deberán ser contemplados en orden a ponderar si el expediente debe ser admitido finalmente a trámite, lo cual es objeto de la sentencia definitiva, y no de la medida cautelar, pero en cuanto al efecto derivado de su permanencia en España, cuya salida puede ser decretada por la Administración, está exenta ahora de justificación declarar la suspensión cautelar puesto que ponderados los intereses en conflicto se entiende superior la prevalencia de los intereses públicos que la normativa en materia de admisión de la solicitud de asilo impone, que consiste en la ejecutividad que la decisión administrativa conlleva según lo precisado por el RD 203/1995, reglamento de aplicación de la Ley de la LPA 30/1992, al que se remite el *art. 21 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero* . En cuanto al perjuicio que se derivaría del rechazo de su falta de permanencia en territorio español es claro que no resulta definitivo ni de imposible reparación, puesto que, si el resultado de la sentencia le fuera favorable, podría ser tramitada su solicitud y su reingreso a España.

SEGUNDO.- Frente a ello se alza el recurrente en apelación alegando que del contenido de la demanda, y la documentación e información aportada, entre la que se incluyen los informes del ACNUR favorables a la admisión a trámite de la solicitud, se derivan suficientes indicios de una apariencia de buen derecho en la solicitud de asilo. Manifiesta que, resulta evidente que, si la resolución administrativa que se recurre resultara contraria a derecho a consecuencia del recurso judicial interpuesto, los efectos aparejados a la decisión de inadmisión de asilo resultarían sin duda muy graves y se trataría de perjuicios de imposible o muy difícil reparación para el interesado, puesto que, el abandono de su país de origen se precipitó a causa de los acontecimientos violentos que les amenazaban y no encontró la protección debida de acuerdo a los compromisos internacionales de protección de los refugiados. Y ello en base a la propia naturaleza del derecho de asilo que, aunque no puede determinar por sí misma automatismos en la resolución de las medidas cautelares, sí debe inspirar un profundo respeto y cautela en las decisiones gubernativas y judiciales ante las circunstancias de un solicitante de asilo que solicita protección internacional en nuestras fronteras.

Añade que, en su caso, no hay duda de que la solicitud de la medida cautelar viene fundamentada por una situación particular que no ha sido valorada en el Auto que se recurre, cual es el informe el ACNUR que considera que la solicitud debería ser admitida a trámite. Señala que este informe favorable supone que la propia legislación de asilo establezca expresamente que en estos casos se permitiera la entrada del solicitante en territorio nacional, en virtud de los *artículos 21 c), 39.2 y 40 del RD 203/1995, de 10 de febrero* , por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la *Ley 5/1984, de 26 de marzo* , reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, modificada por la *Ley 9/1994, de 19 de mayo*. *Estima* que el problema deriva de que la citada autorización de entrada carece de régimen jurídico, es decir, al solicitante de asilo inadmitido a trámite se le autoriza la entrada en territorio español durante la sustanciación del recurso, pero se encuentra en situación irregular careciendo de todo derecho. E indica que el juzgado no ha entrado a valorar la solicitud de medidas positivas, y, por tanto, no resuelve todas las cuestiones planteadas en la dicha solicitud. Invoca la aplicación del *artículo 11 de la Directiva* que aprueba las normas mínimas de acogida en relación a estos supuestos, con la consecuente imposibilidad de privar de la autorización de trabajo a solicitantes de asilo, prevista en la *Disposición Adicional Decimoséptima del RD 2393/2004* que contempla la autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de asilo cuando transcurren seis meses desde la solicitud de asilo.

TERCERO.- La adopción de medidas cautelares contempladas en los *artículos 129 y s.s LJCA* es una facultad atribuida al juzgador con el fin de asegurar la efectividad de la sentencia, y, podrán acordarse, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Así pues la finalidad de la medida cautelar, es pues, como ha señalado el Tribunal Supremo (Auto de 9 de marzo de 1999), "únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario, y la transcendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto,

generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa (arts. 24,1 y 103 de la Constitución), ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales, habida cuenta también del criterio que resulta de la Exposición de Motivos de la anterior Ley Reguladora de esta Jurisdicción, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión a que se refería, habría de considerarse ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego, lo que imponía examinar el "grado" de dicho interés público, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sin poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio (Autos de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero de 1999)".

Los criterios que han de tenerse en cuenta para resolver sobre la adopción de la medida cautelar, los resume la STS de 22 de julio de 2002 , consistiendo en:

"a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997 : "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El periculum in mora, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997 , entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

CUARTO.- En los supuestos concretos de adopción de medidas cautelares en procedimientos sobre resoluciones de inadmisión o denegación de asilo, la jurisprudencia ha concretado que:

1.- Tanto la inadmisión a trámite- STS de 26 de septiembre de 2000- como la denegación -STS de 22 de julio de 2000 -, producen como efecto inmediato que el solicitante de asilo quede sometido a la legislación de extranjería, lo que puede determinar el rechazo de frontera, la salida obligatoria o la expulsión, siendo posible la adopción de una medida cautelar tendente a evitar la salida.

2.- Que, en principio, y salvo que concurren especiales circunstancias, el interés particular de los

recurrentes, debe ceder ante el interés general de que se ejecuten los actos impugnados -STS de 22 de julio de 2000 y 26 de septiembre de 2000 -, sin que por lo tanto, proceda la adopción de la medida cautelar por darse un supuesto de posible rechazo de frontera, salida obligatoria o expulsión del territorio español -ATS de 19 de septiembre de 1995 y 30 de octubre de 1994 -, si no van acompañadas de circunstancias de las que infiera la existencia de un grave riesgo para la vida o integridad física del extranjero, o existan indicios racionales que presten a la solicitud de asilo o la impugnación de la inadmisión un fundamento objetivo suficiente.

3.- Que conforme a una reiterada jurisprudencia, es de carga de quien solicita la medida, exponer los motivos y aportar los indicios en que se base su solicitud de suspensión -ATS de 23 de mayo de 1978, 18 de diciembre de 1979, 16 de diciembre de 1980 y 17 de enero, 21 de marzo y 16 de julio de 1984.-

QUINTO.- Una vez expuesto estos principios generales, y centrándonos en el caso de autos, hemos de señalar que la adopción de la medida cautelar exige determinar si la petición está basada en una situación real de peligro para la vida o integridad física del peticionario de asilo, y en este caso, el recurrente en su solicitud de asilo invocó que trabajaba con su padre, empresario pesquero, y que se vieron obligados a colaborar con las FARC en el transporte de mercancías - parece ser que se trataba de armas-; que tras negarse a colaborar más con ellas y proporcionar información sobre el grupo armado a las autoridades, las FARC proceden a emitir nuevas amenazas contra ellos; habrían secuestrado a su padre, al que liberan tras el pago de un rescate y lo vuelven a secuestrar de nuevo permaneciendo desaparecido en la actualidad.

Pues bien, en el presente supuesto, hay que tener en cuenta que, en la propia resolución desestimatoria de la petición de reexamen, se establece que, al ser el informe de ACNUR favorable a la admisión a trámite de la petición de asilo, y de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 39.2 del Reglamento* de aplicación de la Ley de Asilo, se autorizará la entrada y permanencia en España del solicitante hasta que el órgano jurisdiccional resuelva sobre la suspensión del acto administrativo. Circunstancia que, efectivamente, se produjo, al haberse extendido la autorización de permanencia en España mediante diligencia de fecha 12 de agosto de 2008, según consta en la documentación anexa a la demanda.

Y de dicho informe de ACNUR se desprende la existencia de una eventual situación de riesgo para el solicitante, de regresar a su país de origen.

En efecto, en el mismo se indica: << De las alegaciones del interesado se desprende que las FARC se dirigen contra él y su familia por negarse a seguir colaborando y por considerar que habían proporcionado información sobre ellos a las autoridades colombianas que habrían llevado a la detención de varios guerrilleros. En opinión de esta delegación, estas alegaciones sí tendrían cabida en el *art. 1 A de la Convención de Ginebra de 1951* , y no resultan manifiestamente inverosímiles teniendo en cuenta la realidad colombiana y más concretamente, la referida a la conflictiva localidad de Buenaventura>>.

Esta eventual situación de riesgo ha de ser valorada desde la perspectiva de la cuestión incidental planteada en la instancia y, ahora, en grado de apelación, al haber determinado la aplicación de la medida contemplada en el *art. 39.2 del Reglamento* de aplicación de la *Ley de Asilo* y, correlativamente, la suspensión de la aplicación de las medidas contempladas en el *art. 23* del mismo Reglamento ["efectos de la inadmisión a trámite en el procedimiento ordinario"], y no constar la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta en el reseñado informe. Razones por las cuales ha de considerarse que concurren los presupuestos bajo los cuales la doctrina jurisprudencial ha estimado procedente la suspensión cautelar del efecto positivo de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Lo que conduce a la estimación del recurso de apelación, mediante la revocación del auto objeto del mismo, y la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión cautelar, durante la sustanciación del proceso contencioso-administrativo, de las resoluciones administrativas impugnadas en el mismo, con autorización de permanencia en España.

SEXTO.- No cabe acoger, sin embargo, la medida cautelar positiva, también interesada por el apelante, y consistente en la autorización de trabajo a los solicitantes de asilo, prevista en la *Disposición Adicional Decimoséptima del RD 2393/2004* , al no concurrir los presupuestos necesarios para ello.

En efecto, dicha Disposición, bajo la rúbrica "Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de asilo" establece: << Los solicitantes de asilo estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado. La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de asilo y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta

inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la oficina de asilo y refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado>>.

Por tanto, esta autorización está prevista para aquellos solicitantes de asilo cuya solicitud haya sido admitida a trámite, situación en el que no se encuentra el recurrente, al que se ha inadmitido a trámite su solicitud, siendo precisamente esa inadmisión la que es objeto del recurso contencioso administrativo del que deriva la presente apelación.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional* , no procede hacer expresa imposición en costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. Bartolomé , contra el Auto de fecha 18 de diciembre de 2008, dictado por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 3 , en los autos de su conocimiento nº 372/2008 (pieza separada de medidas cautelares); y, en consecuencia, revocamos dicho Auto y acordamos la suspensión cautelar, durante la tramitación del proceso contencioso-administrativo en sus diferentes instancias, de las resoluciones administrativas impugnadas en el mencionado Procedimiento Abreviado; desestimando el resto de las pretensiones de la parte apelante.

Sin imposición en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Fue publicada la anterior sentencia en la forma acostumbrada. Madrid a