

R. CASACION núm.: 1314/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodríguez
Herrero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1582/2022

Excmo. Sra. y Excmos. Sres.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Carlos Lesmes Serrano

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 29 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 1314/2022, interpuesto por D. _____, representado por la procuradora de los tribunales D^a. _____, bajo la dirección letrada de _____, contra el auto con fecha 22 de noviembre de 2021 (confirmado en reposición por auto de 30 de diciembre de 2021), dictados por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario núm. 1555/2021, declarando no haber lugar a la adopción de la 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.

Ha sido parte recurrida, el Abogado del Estado en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario núm. 1555/2021, seguido en la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 22 de noviembre de 2021, se dictó auto que acordaba desestimar las medidas cautelares solicitadas por D. . Dicho auto fue confirmado en reposición por auto de 30 de diciembre de 2021, al desestimar el recurso de reposición interpuesto por la representación de .

SEGUNDO.- La representación procesal de D. presentó con fecha 7 de febrero de 2022 escrito de preparación del recurso de casación.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 14 de febrero de 2022, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, D. , parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado en tiempo y forma mediante su escrito presentado el 17 de febrero de 2022; asimismo, el Abogado del Estado, parte recurrida, en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta, se ha personado formulando en su escrito de personación presentado el 28 de marzo de 2022 su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA.

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 LJCA acordó, por auto de fecha 11 de mayo de 2022:

«1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de _____ contra el auto de 22 de noviembre de 2021 (confirmado en reposición por auto de 30 de diciembre de 2021), en la pieza separada de medidas cautelares del p.o. nº 1555/2021, declarando no haber lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada por la parte recurrente 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.

2º) Precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe 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 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 jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, los artículos 129 y siguientes de la LJCA y el artículo 24 de la CE».

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 30 de mayo de 2022 se comunicó a la representación de _____ .

_____, parte recurrente, la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 7 de junio de 2022 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

«1º. Declarar haber lugar, y, por tanto, estimar el Recurso de Casación interpuesto por esta representación procesal de _____ contra el Auto de 22 de noviembre de 2021 (confirmado en reposición por Auto de 30 de diciembre de 2021) de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) dictada en la pieza separada de medidas cautelares nº 1555/2021;

2º. Casar y anular los Autos de 22 de noviembre y de 30 de diciembre de 2021 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) dictada en la pieza separada de medidas cautelares nº 1555/2021;

3º. Estimar la solicitud de medida cautelar formulada el 7 de octubre de 2021 por la representación procesal del recurrente de casación, _____, mediante un otrosí digo del escrito de interposición, por esta representación procesal de la recurrente de casación, _____ y, por consiguiente:

i.- Acordar la prórroga de los derechos de los que era beneficiario _____ en su condición de solicitante de protección internacional hasta que haya una resolución judicial firme y definitiva en el proceso principal del recurso contencioso-administrativo del que trae causa esta pieza de medida cautelar;

ii.- Por consiguiente, reconocer el derecho a _____ a residir en España hasta que haya una resolución judicial firme y definitiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ministro del Interior de 16 de septiembre de 2021 P.D. (Orden Int. 3162/2009, de 25 de noviembre) la Subsecretaria de Interior por la que acordó denegarle el derecho de asilo y la protección subsidiaria;

iii.- Reconocer el derecho a _____ a beneficiarse de los derechos establecidos en la legislación de la Unión Europea y nacional a los solicitantes de asilo, entre otros, a los servicios sociales, educativos y sanitarios, cuando reúna los requisitos legalmente establecidos para su disfrute y a trabajar hasta que haya una resolución firme y definitiva en el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la pieza de medidas cautelares;

iv.- Establecer que la Oficina de asilo y refugio, o la autoridad nacional competente que se establezca, le expida a _____ de un documento de solicitante de asilo que le habilite para permanecer y trabajar en el territorio español durante la tramitación de este recurso contencioso-administrativo hasta que se dicte una resolución judicial firme y definitiva».

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 10 de junio de 2022, se concedió el plazo de treinta días al Abogado del Estado, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de

oposición al recurso presentado en fecha 30 de junio de 2022, en el que solicita:

«dicte sentencia que desestime el recurso de casación y confirme la sentencia impugnada, declarando en su caso la interpretación jurisprudencial que considere conveniente, sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA».

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 8 de julio de 2022 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 8 de noviembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó auto con fecha 22 de noviembre de 2021 (confirmado en reposición por auto de 30 de diciembre de 2021), en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario núm. 1555/2021, declarando no haber lugar a la adopción de la 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.

El auto recurrido, en síntesis, se expresa en los siguientes términos:

«Una vez denegada la solicitud de asilo, finalizaría ese derecho a permanecer en territorio nacional como consecuencia de la solicitud de protección internacional y el solicitante quedaría en situación irregular solo si carece de los requisitos necesarios para permanecer de acuerdo con la legislación general de extranjería».

«(...), una vez que se resuelve la petición de asilo, el demandante queda sujeto al régimen ordinario de extranjería, sin efectos suspensivos, salvo que se acuerde mediante una decisión específica otra cosa (artículo 29 Ley 12/2009). Por lo tanto, la Directiva (se refiere a 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) no ampara la pretensión (de prórroga de la autorización provisional para trabajar concedida)».

SEGUNDO.- La preparación y admisión del recurso de casación; la cuestión que presenta interés casacional.

La representación procesal de _____ preparó recurso de casación presentando escrito en el que alega la infracción del 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 llevada a cabo por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 19 de junio de 2018, en el asunto C-181/16, *Caso Gnandi*; del artículo 24.1 CE, de los artículos 129 y siguientes LJCA y del apartado 3 del artículo 15 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.

Identifica, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, los apartados a), c) y f) del artículo 88.2 LJCA y del apartado a) del artículo 88.3 LJCA, en la medida en que no hay jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto, STJUE (Gran Sala) de 19 de junio de 2018, en el asunto C-181/16, *Caso Gnandi*; y que la *ratio decidendi* de la resolución judicial recurrida está en contradicción con el auto de la propia Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional de 10 septiembre de 2021, acordado en la pieza separada de medidas cautelares 1914/2020, que estima una medida cautelar en cuanto a reconocer al recurrente el derecho al acceso

al mercado de trabajo y por tanto el derecho a documentarse para ello, por aplicación del artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE (como también, por los artículos 129 y siguientes LJCA) y con fundamento en la sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2020 C-808/18, auto del TJUE de 5 de julio de 2018, C-269/18, y la sentencia del TJUE de 14 de enero de 2021, C-322/19.

La Sección de admisión, mediante auto de 11 de mayo de 2022 admitió el recurso y declara que el 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 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.

Las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son el artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, los artículos 129 y siguientes de la LJCA y el artículo 24 CE.

TERCERO.- Las disposiciones aplicables.

Conforme resulta del citado auto de admisión, así como de las alegaciones de las partes, deberemos tener en cuenta las normas que a continuación se reseñan.

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.

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:

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) nº 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.

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.

Artículo 15. Empleo.

1. Los Estados miembros velarán por que los solicitantes tengan acceso al mercado laboral a más tardar a los nueve meses desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional, cuando las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia y la demora no pueda atribuirse al solicitante.

2. Los Estados miembros decidirán los requisitos para conceder al solicitante el acceso al mercado de trabajo, con arreglo a su Derecho nacional, garantizando el acceso efectivo de los solicitantes al mercado de trabajo.

Atendiendo a políticas del mercado de trabajo, los Estados miembros podrán dar prioridad a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como a los nacionales de terceros países que sean residentes legales.

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.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Artículo 29. Recursos.

1. Las resoluciones previstas en la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa, salvo en el caso de que se haya presentado la petición de reexamen prevista en el apartado cuarto del artículo 21, en que se entenderá que pone fin a la vía administrativa la resolución que decida dicha petición, y serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo y de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Cuando se interponga un recurso contencioso-administrativo y se solicite la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tendrá la consideración de especial urgencia contemplada en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3. La persona a quien le haya sido denegada la solicitud podrá solicitar su revisión cuando aparezcan nuevos elementos probatorios, conforme a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 32. Autorización de trabajo a los solicitantes de protección internacional.

Las personas solicitantes de protección internacional serán autorizadas para trabajar en España en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Artículo 37. Efectos de las resoluciones denegatorias.

La no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo, se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia;
- b) que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente.

Y los artículos 129 y ss LJCA que damos por reproducidos.

CUARTO.- La jurisprudencia del TJUE.

La reiteradamente citada STJUE -Gran Sala- de 19 de junio de 2018 (asunto C-181/16, *Caso Ghandi*) razona, en sus apartados, que aquí son relevantes, lo siguiente, que resaltamos:

«**58** De las consideraciones anteriores se deriva que, en lo que respecta a una decisión de retorno y a una eventual decisión de expulsión, **la protección inherente al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de no devolución debe garantizarse reconociendo al solicitante de protección internacional el derecho a un recurso efectivo suspensivo de pleno derecho ante, al menos, una instancia jurisdiccional.** Siempre que se respete estrictamente esta exigencia, el mero hecho de que la situación del interesado se considere irregular, en el sentido de la Directiva 2008/115, a partir de la denegación de su solicitud de protección internacional en primera instancia por parte de la autoridad decisoria y de que, por consiguiente, pueda adoptarse una decisión de retorno desde el momento de esa denegación o junto con ella en el marco de un único acto administrativo no vulneran ni el principio de no devolución ni el derecho a la tutela judicial efectiva.

63 Por otro lado, **en espera del resultado del recurso contra la decisión denegatoria de su solicitud de protección internacional en primera instancia adoptada por la autoridad decisoria, el afectado debe poder beneficiarse, en principio, de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9.** En efecto, el artículo 3, apartado 1, de esa Directiva no supedita la aplicación de dicha Directiva a que exista una autorización para permanecer en el territorio como solicitante y, por consiguiente, no excluye que esta pueda aplicarse cuando al afectado, pese a

disponer de esa autorización, está en situación irregular en el sentido de la Directiva 2008/115. A este respecto, del artículo 2, letra c), de la Directiva 2003/9 se desprende que el afectado conserva su condición de solicitante de protección internacional, en el sentido de dicha Directiva, hasta que se adopta una decisión definitiva sobre su solicitud (véase, en ese sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 2012, Cimade y GISTI, C-179/11, EU:C:2012:594, apartado 53)».

Y concluye con la siguiente **declaración**:

«La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con la 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, y **a la luz del principio de no devolución y del derecho a la tutela judicial efectiva**, consagrados en los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, **debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la autoridad decisoria adopte una decisión de retorno** en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, **contra un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional, a partir del momento en el que deniegue esa solicitud o unida a esa denegación en el marco de un único acto administrativo y, por tanto, antes de que se resuelva el recurso jurisdiccional contra dicha denegación, siempre que el Estado miembro de que se trate garantice que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a la espera del resultado de dicho recurso, que el solicitante pueda beneficiarse durante ese período de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, y que pueda invocar cualquier cambio en las circunstancias que se produzca después de la adopción de la decisión de retorno y que pueda incidir de forma significativa en la apreciación de su situación de conformidad con la Directiva 2008/115, en particular, con su artículo 5, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional».**

Cabe igualmente remitirnos, sobre la aplicación del artículo 46.5 de la Directiva 2013/32/UE, a la STJUE -Gran Sala- de 17 de diciembre de 2020 (asunto C-818/18, Comisión/Hungría).

QUINTO.- Sobre el régimen general de medidas cautelares.

No por conocida deja de ser oportuno reseñar la doctrina general de nuestra jurisdicción sobre las medidas cautelares -suspensión del acto recurrido-, plasmada y recordada en recientes autos de esta Sala.

Así, ATS de 23 de junio de 2022 (recurso contencioso-administrativo núm. 661/2022):

«PRIMERO.- Como señala la jurisprudencia con carácter general, según resulta del art. 130 de la Ley 29/98, de 13 de julio de Jurisdicción Contencioso Administrativa, la medida cautelar de suspensión podrá acordarse, previa valoración de los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, sin embargo y a pesar de ello, como añade el párrafo segundo de dicho precepto, la medida cautelar podrá denegarse si de la misma pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Se desprende de ello que lo que justifica la adopción de la medida cautelar es la garantía de la eficacia de un posible fallo favorable para el interesado, de manera que la ejecución del acto no impida la realización de la eventual declaración del derecho del recurrente en la sentencia, es decir, el restablecimiento de su titularidad jurídica. En todo caso, junto a ese perjuicio para el derecho del recurrente han de valorarse el interés público y los intereses de tercero afectados que, aun concurriendo el *periculum in mora*, pueden justificar la denegación de la medida solicitada.

Así, como indica la sentencia de 27 de abril de 2004, en los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que «esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, que en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*; resoluciones que señalan que el mismo "*opera como criterio decisor de la suspensión cautelar*"».

Y el ATS de 3 de marzo de 2021 (recurso contencioso-administrativo núm. 361/2020):

«TERCERO.- *La decisión cautelar*

La garantía de la justicia cautelar que forma parte de la tutela judicial efectiva, se concreta en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la necesidad, para la adopción de medidas cautelares, de conjugar dos criterios. De un lado, hacer una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, lo que determinará la denegación de la medida cautelar cuando su adopción pueda causar perturbación grave a los intereses generales, y de otro, que la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima --"periculum in mora"-- al recurso (artículo 130 de la expresada Ley Jurisdiccional).

Conviene tener en cuenta que la frustración de la finalidad legítima del recurso, en general, quiere evitar que durante el tiempo que dura la sustanciación del recurso contencioso administrativo hasta su resolución definitiva, se quiebre tal propósito, asegurando de este modo la eficacia de la sentencia que ponga fin al mismo, es decir, que la misma tenga un efecto útil, y pueda ser cumplida. En términos legales, se trata de *"asegurar la efectividad de la sentencia"* (artículo 129 de la LJCA), adoptando la cautela cuando la *"ejecución del acto (...) pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"* (artículo 130 de la misma Ley).

(...)

En relación con la doctrina sobre la apariencia de buen derecho, que también sirve de soporte a la pretensión cautelar esgrimida, debemos señalar que no procede su aplicación porque las consideraciones que se hacen sobre la ilegalidad y la inconstitucionalidad de la actuación impugnada, sobre los derechos fundamentales vulnerados, son impropias de una pieza de medidas cautelares, resultan prematuras y comprometen, en fin, la resolución que pudiera poner fin al recurso contencioso administrativo.

A estos efectos no está de más recordar que aunque la introducción jurisprudencial de la doctrina del "fumus bonis iuris", desbordando el marco que fijaba la vieja LJCA de 1956, supuso un gran avance en la tutela cautelar, sin embargo la jurisprudencia más reciente, en aplicación de la vigente LJCA de 1998, ha limitado sus efectos, al tener en cuenta que dicha doctrina desapareció en la tramitación parlamentaria respecto del proyecto remitido por el Gobierno, a excepción de los supuestos de inactividad y vía de hecho. Pues bien, venimos declarando que debe hacerse *<<una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz),*

pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina>> (ATS 15 de marzo de 2004, entre otros). Y ninguno de tales supuestos concurren en el caso examinado».

SEXTO.- Examen del recurso de casación.

A) La resolución del Ministerio del Interior, objeto de impugnación, deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria al recurrente, el cual solicita que se prorroguen los derechos de los que era beneficiario en su condición de solicitante de asilo, en tanto se dicte sentencia en el procedimiento instado ante la Sala de la Audiencia Nacional. Ello implica que se reconozca su derecho a residir en España, a beneficiarse de los servicios sociales, educativos y sanitarios cuando reúna los requisitos legalmente establecidos para su disfrute y a trabajar, es decir, reconocer al recurrente el derecho al acceso al mercado de trabajo y, por tanto, el derecho a documentarse para ello.

La Sala "*a quo*", en los autos ahora recurridos, deniega las medidas cautelares solicitadas por .

B) En el fundamento de derecho cuarto del auto de 22 de noviembre de 2021, la Audiencia Nacional examina la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2018, (asunto C-181/16, *Caso Gnandi*). Veamos los argumentos de la parte recurrente.

1) Según esta sentencia los solicitantes de protección internacional, desde la solicitud de protección internacional, hasta que la autoridad decisoria de primera instancia (Ministro del Interior) haya adoptado una decisión por la que se deniegue la solicitud de protección internacional, están autorizados a permanecer en el Estado miembro. Este derecho a permanecer, explícita, no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia, conforme al artículo 9 de la Directiva 2013/32, de 26 de junio.

2) El derecho a permanecer finaliza en el momento en que la autoridad decisoria adopta en primera instancia la decisión por la que se deniega la solicitud de protección internacional. A falta del régimen general de extranjería,

la decisión de denegación entraña que el solicitante pasa a estar en situación irregular.

3) Con fundamento en la protección al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de no devolución, cuando un Estado decide devolver o, eventualmente, expulsar a un solicitante de protección internacional a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real para su derecho a la vida o a no ser sometido a tortura, o a tratos degradantes, crueles o inhumanos, el solicitante debe disponer de un recurso suspensivo de pleno Derecho contra la ejecución de la medida que permite su devolución.

4) En aquella sentencia, añade la Audiencia Nacional, se concluyó con la declaración que antes recogimos (fundamento de derecho cuarto).

5) A continuación, el auto recurrido hace remisión a la STJUE de 26 de septiembre de 2018, C-175/17, que cuando un Estado miembro decide devolver a un solicitante de protección internacional a un país en el que existen fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que el solicitante disponga de un recurso suspensivo de pleno Derecho contra la ejecución de la medida que permite su devolución. Y, en este apartado, la Audiencia Nacional remite a la STJUE 19 de junio de 2018, Gnandi C-181/16, apartado 54, que dice:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que cuando un Estado decide devolver a un solicitante de protección internacional a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real de tratos contrarios al artículo 18 de la Carta, en relación con el artículo 33 de la Convención de Ginebra, o al artículo 19, apartado 2, de la Carta, **el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la Carta, requiere que dicho extranjero disponga de un recurso suspensivo de pleno Derecho contra la ejecución de la medida que permite su devolución** (véanse, en ese sentido, las sentencias de 18 de diciembre de 2014, Abdida, C-562/13, EU:C:2014:2453, apartado 52, y de 17 de diciembre de 2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, apartado 54)».

Concluye Sala "*a quo*" entendiendo que, una vez denegada la solicitud de asilo, finalizaría ese derecho a permanecer en territorio nacional como consecuencia de solicitud de protección internacional y el solicitante quedaría en situación irregular, sólo si carece de los requisitos necesarios para permanecer de acuerdo con la legislación general de extranjería.

Dice así el auto recurrido:

«Si el solicitante queda en situación irregular, podría, en cualquier momento adoptarse una decisión de retorno o expulsión, que es frente a la cual ha de garantizarse un recurso de carácter suspensivo siempre que se acuerde devolver o expulsar a un solicitante de protección internacional a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real para su derecho a la vida, o a no ser sometido a tortura, o a tratos degradantes, crueles o inhumanos o penas y para la libertad y seguridad de la persona.

Como se ha dicho, las resoluciones impugnadas acuerdan la denegación de protección internacional, decisión que no contiene ninguna decisión de retorno o de salida obligatoria inmediata, decisión esta última frente a la cual se podrá recurrir con todas las garantías que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de no devolución, según lo expuesto».

C) En el razonamiento de derecho quinto del auto de 22 de noviembre de 2021, la Sala "*a quo*", frente a la alegada aplicación del artículo 15 de la Directiva 2013/33/UE, afirma que este precepto no impone como consecuencia la extensión de las autorización más allá de la finalización del procedimiento administrativo y que una vez denegada la solicitud de protección internacional esta Directiva no ampara que pueda continuar trabajando el solicitante que ha recurrido la denegación de su solicitud. Reitera que ya no se está ante vía administrativa y que «el recurso contencioso-administrativo no tiene un efecto suspensivo directo habiéndose de estar al resultado de la presente pieza de medidas cautelares jurisdiccionales que es lo que recoge el auto del TJUE de 5 de julio de 2018 asunto C-269/18».

D) El fundamento de derecho sexto de este auto de 22 de noviembre de 2021 concluye:

«SEXTO.- Hemos de reiterar que en nuestro Derecho nacional no está previsto que el recurso interpuesto por un órgano jurisdiccional contra la denegación de protección internacional tenga efecto suspensivo automático ex lege, sin necesidad de solicitar dicho derecho de forma individual, habiéndose de estar al efecto al resultado de la pieza de medidas cautelares jurisdiccionales.

Y que, en todo caso, la resolución denegatoria de la protección internacional produce, como efecto, que el solicitante quede sometido a la normativa general de extranjería en cuyo ámbito podrá analizarse la procedencia de los permisos de residencia y trabajo a que hace referencia».

E) Pues bien, frente a lo que sostiene la Sala "*a quo*" cuando entiende a quienes se aplica el apartado 5 del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE, esto es, considera que se aplica a los solicitantes de protección internacional hasta que, en su caso, se les deniegue la petición. Sin embargo, como apunta el recurrente, el apartado 5 del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE hace referencia a los solicitantes a los que se les ha denegado la solicitud y están dentro del plazo para recurrir o, en este plazo, han recurrido. Es decir, o bien han interpuesto un recurso de reposición, un mes, o bien han interpuesto un recurso contencioso-administrativo, dos meses. En este caso, el precepto de la Directiva dispone que:

«(...), 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».

La STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, *Caso Ghandi*, da cobertura, al declarar que no se opone, a que la autoridad decisoria adopte un decisión de retorno en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, contra una nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional, a partir del momento en el que deniegue esa solicitud y, por tanto, antes de que se resuelva el recurso jurisdiccional, pero añade en su declaración final lo que antes quedó reseñado en negrita al recoger la declaración del TJUE, esto es «siempre que el Estado miembro de que se trate garantice que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a la espera del resultado de dicho recurso, que el solicitante pueda beneficiarse durante ese

período de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9/CE del Consejo» (vid. fundamento de derecho cuarto anterior)

F) Nos encontramos ante un supuesto en el que existe una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El recurrente considera que esta interpretación auténtica esta efectuada en la STJUE de 19 de junio de 2018 y las otras resoluciones judiciales mencionadas. De esta manera, el auto de 22 de noviembre de 2021 (confirmado en reposición por auto de 30 de diciembre de 2021) vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad cautelar.

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 concurren 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 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, en los términos de la declaración que fija aquella sentencia.

SÉPTIMO.- Sobre las costas.

Al estimarse el recurso de casación, y de acuerdo con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, y, en cuanto a las de instancia, se deja sin efecto su imposición en los autos recurridos, que se casan.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico sexto:

Primero.- Estimar el recurso de casación núm. 1314/2022 interpuesto por _____ contra el auto con fecha 22 de noviembre de 2021 (confirmado en reposición por auto de 30 de diciembre de 2021), dictados por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario núm. 1555/2021. Y casar dichos autos.

Segundo.- Con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.

