

Roj: STS 2318/2011  
Id Cendoj: 28079130032011100166  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 5007/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x
- x RESOLUCIONES CONTRA LAS QUE PROCEDE (RECURSO DE CASACIÓN CONT.ADMVO.)  
x
- x MEDIDAS CAUTELARES x
- x MEDIDAS CAUTELARES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO x

**Resumen:**

Denegación de asilo.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **5007/2010** interpuesto por D. Cecilio , representado por la Procurador D<sup>a</sup>. Ángela Cristina Santos Erroz, contra el auto dictado con fecha 26 de marzo de 2010 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 788/2009 , sobre denegación de asilo; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** D. Cecilio interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 788/2009 contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 24 de noviembre de 2009, recaída en el expediente número NUM000 , que acordó: "Denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a Cecilio , nacional de Sudán".

**Segundo.-** En su escrito de interposición solicitó por otrosí la suspensión cautelar "de la ejecución de la orden de salida obligatoria solicitada".

**Tercero.-** Por auto de 26 de marzo de 2010 la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó: "No haber lugar a acceder a la suspensión cautelarísima de la ejecución de la resolución recurrida de fecha 5 de noviembre de 2009, impugnada por D. Cecilio".

**Cuarto.-** Recurrido en súplica, dicho auto fue confirmado con fecha 28 de mayo de 2010.

**Quinto.-** Con fecha 20 de septiembre de 2010 D. Cecilio interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **5007/2010** contra el citado auto, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción del *artículo 24.2* de la Constitución en lo referente al derecho a un proceso con todas las garantías".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* "por infracción del *artículo 24* de la Constitución lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* "por infracción de los *artículos 29.2 de la Ley 12/2009 y del 130 de la Ley 29/98*".

Cuarto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* por "infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso".

**Sexto.-** El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso el 18 de enero de 2011 y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

**Séptimo.-** Por providencia de 23 de febrero de 2011 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 27 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En el auto que es objeto de este recurso de casación, dictado el 26 de marzo de 2010, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional declaró "no haber lugar a acceder a la suspensión cautelarísima de la ejecución" de la orden de salida obligatoria del territorio español que había sido notificada el 26 de noviembre de 2009 a D. Cecilio , a quien simultáneamente se le había denegado el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

En el auto de 26 de marzo de 2010 - ratificado en súplica por el de 28 de mayo del mismo año - la Sala de instancia manifiesta que se pronuncia sobre la "medida cautelar solicitada conforme a lo dispuesto en el *artículo 135 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 29 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo* y de la Protección Subsidiaria". Al desestimar la súplica contra el auto originario, la Sala reitera que "nos encontramos en trámite de medidas cautelarísimas".

Las consideraciones que la Sala expuso en el auto de 26 de marzo de 2010 para rechazar la solicitud fueron que "[...] según los datos hasta ahora existentes [...] el interesado se encuentra y reside en nuestro territorio nacional al menos desde mayo de 2007, que se razona en la resolución recurrida que el solicitante de asilo no aporta datos personales que acrediten su nacionalidad, de la cual puede razonablemente dudarse, que indiquen que haya sufrido o pueda tener temor racional de sufrir persecución por alguno de los motivos contemplados en la Convención de Ginebra de 1951, y que la resolución denegatoria del asilo se notificó el día 26 de noviembre de 2009, sin que se haya solicitado la medida cautelar hasta el 22/12/10".

**Segundo.-** La primera cuestión que debe plantearse es la admisibilidad del recurso de casación contra el auto impugnado. Los autos dictados en aplicación del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional* , sin audiencia de la parte contraria a la que solicita la medida cautelar, no son susceptibles de "recurso alguno". La interpretación que del citado *artículo 135* ha hecho esta Sala es que la imposibilidad de recurrir se extiende tanto a los autos que otorgan la medida "cautelarísima" como a los que la deniegan: ni unos ni otros tienen acceso a la casación.

Dicha doctrina se ha plasmado, entre otros, en los autos de 24 de enero de 2003 (recurso 3364/2001) y 23 de enero de 2007 (recurso 5240/2003), del que transcribimos las siguientes consideraciones:

"En el presente caso, el recurso ha de ser inadmitido al no ser susceptible de casación el auto que deniega la solicitud de medidas cautelares solicitadas al amparo del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional* , pues no se halla citado entre los prevenidos en el *artículo 87.1 de la vigente Ley Jurisdiccional* . En efecto, el *artículo 87.1 de la mencionada Ley limita el recurso de casación contra autos sólo a cuatro clases de éstos -los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares y los recaídos en ejecución de sentencia-, en ninguno de los cuales cabe subsumir los que se pronuncian en aplicación del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional* , precepto que prevé una serie de especialidades procesales, con relación a los Autos que resuelven la pieza separada de medidas cautelares, para los supuestos en que concurren "circunstancias de especial urgencia". En estos casos, tal y como ha declarado la Sala por Auto de 24 de enero de 2003, la medida cautelar se puede adoptar mediante auto sin audiencia*

previa de la parte contraria, añadiéndose a continuación que "contra este auto no se dará recurso alguno". Imposibilidad de recurso que también es aplicable si la medida se deniega, como aquí ha sucedido, ya que en este caso el interesado puede efectuar la solicitud de medida cautelar al amparo de lo dispuesto en los *artículos 129 y 130*. En consecuencia, debe inadmitirse el presente recurso de casación al concurrir la *causa prevista en el artículo 93.2.a), en relación con el 87.1, de la Ley de esta Jurisdicción*, por no ser el auto impugnado susceptible de recurso de casación [...].

**Tercero.-** Hemos de confirmar una vez más la doctrina contenida en los dos autos citados, añadiendo a lo expuesto que la restricción de la posibilidad de recurso está plenamente justificada y, en realidad, no supone sino diferir a una fase ulterior (aquella en que se resuelve de modo definitivo sobre la procedencia de la cautela) el eventual control en casación de los autos de instancia.

El *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional* establece que contra los autos que se dicten a su amparo no cabrá recurso alguno porque, en el caso de que se conceda la medida cautelar, con el consiguiente sacrificio del derecho de defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción, su eficacia temporal es muy limitada en el tiempo y viene condicionada a la ulterior decisión casi inmediata. Debe el tribunal, en la misma resolución favorable a la pretensión actora, convocar a las partes a una comparecencia dentro de los tres días siguientes, en la que resolverá sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Y este "segundo" auto ya es recurrible "conforme a las reglas generales".

En el caso en que el tribunal deniegue la medida "cautelarísima" tampoco hay realmente restricciones a la tutela judicial por el hecho de que el auto desfavorable al actor no sea susceptible de recurso inmediato. Esta denegación, basada en la inexistencia de una particular situación de urgencia excepcional, no tiene más alcance que el de rechazar que concurren los presupuestos extraordinarios a los que se refiere el *artículo 135* citado. Se inserta, pues, en un proceso de cognición muy limitada de modo que el auto que resuelve la pieza "provisionalísima" no impide que, acto seguido, el tribunal sustancie el incidente cautelar "ordinario" al término del cual, oídas todas las partes y tras la valoración y ponderación del conjunto de factores susceptibles de incidir en el otorgamiento de la medida cautelar (entre ellos, el *periculum in mora* no cualificado por razones excepcionales), de nuevo dicte un auto -éste sí definitivo- que, previo el preceptivo recurso de reposición, será recurrible en casación conforme a las reglas generales previstas en el *artículo 87 de la Ley Jurisdiccional*.

En definitiva, cualquiera que sea el sentido, favorable o desfavorable para el solicitante, del auto que se dicte en el marco del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional*, dicha resolución no "pone término" a la pieza de medidas cautelares, por lo que no es susceptible de recurso de casación, conforme a lo establecido en el *artículo 87.1.b) de la Ley Jurisdiccional*.

**Cuarto.-** Las consideraciones generales que se dejan expuestas sobre la impugnabilidad en casación de los autos dictados al amparo del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional* han de ponerse en relación con la novedad legislativa que ha supuesto el *artículo 29 de la Ley 12/2009*. El legislador ha establecido, en lo que respecta a la medida cautelar de suspensión instada contra actos que aplican las normas reguladoras del derecho de asilo y la protección subsidiaria, que la "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*".

La interpretación del *artículo 29 de la Ley 12/2009* conduce a una doble consecuencia:

A) A las solicitudes de suspensión (no necesariamente a las de otras medidas cautelares distintas de ella) presentadas frente a decisiones administrativas denegatorias del derecho de asilo o protección subsidiaria y adoptadas sobre la base de la Ley 12/2009 debe dárseles, por mandato legal, el trámite de urgencia que dispone el *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional*. Es decir, el tribunal deberá resolver sobre ellas de modo inmediato y sin oír previamente a la Administración autora del acto.

La consideración de las citadas "solicitudes" como "de especial urgencia contemplada en el *artículo 135*" no implica, sin embargo, que automáticamente deba accederse al otorgamiento de la suspensión instada. Procederá ésta, o no, con arreglo a los criterios que rigen la tutela cautelar en casos de excepcional urgencia, previa ponderación de los intereses en juego. La respuesta judicial ha de ser, en efecto, urgente pero no necesariamente favorable a la solicitud pues, repetimos, la Ley 12/2009 no lo exige.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que no tienen por qué parificarse siempre y en todo caso las "circunstancias" de especial urgencia previstas en el *artículo 135* citado, que se refieren a las situaciones objetivas y subjetivas de fondo concurrentes en los hechos, con la especial urgencia que la Ley 12/2009

atribuye tan sólo a la "solicitud", cuyo efecto es provocar la decisión inmediata del órgano jurisdiccional sin oír a la parte contraria. El juez o tribunal que decida en esta materia no puede omitir el tratamiento procesal que corresponde a la "especial urgencia" de la solicitud, esto es, no puede dejar de abrir el trámite del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional*, pero conserva su capacidad de enjuiciamiento propia sobre la existencia o inexistencia de razones que determinen la suspensión del acto impugnado.

B) La consideración de la solicitud de suspensión como de "especial urgencia" no implica una disminución de las garantías procesales del demandante, sino su refuerzo. Con el *artículo 29 de la Ley 12/2009* se trata, por emplear los términos de su Exposición de Motivos, de "mejorar significativamente las garantías procedimentales en el examen de las correspondientes solicitudes" mediante "la generalización de garantías contencioso-administrativas de carácter judicial, como son las medidas cautelares previstas en el *artículo 135 de la Ley 29/1998*".

El designio que inspira la nueva norma es, pues, el de añadir una garantía suplementaria (el tratamiento urgente y privilegiado de la solicitud, sin oír a la otra parte) a las ya existentes en materia de tutela judicial cautelar. Lo cual implica que, cuando el tribunal rechace la suspensión "cautelarísima" del acto impugnado, el auto que resuelva en este sentido no cierra el paso al incidente cautelar ordinario, dentro del cual el solicitante de asilo puede alegar cualesquiera motivos que considere pertinentes en defensa de su pretensión, fuera ya del marco de cognición limitada que supone el *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional*.

En el seno de este incidente "ordinario" se garantiza el derecho a la tutela judicial de la Administración demandada, que podrá oponer los argumentos que juzgue oportunos frente a la solicitud de suspensión, lo que no pudo hacer en el trámite regulado por el referido *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional*. En el curso de aquel incidente, además, el tribunal que haya de resolver podrá, si lo considera necesario, recabar con urgencia el envío del expediente administrativo correspondiente a la denegación del derecho de asilo a fin de tener un mejor conocimiento de las circunstancias en que se haya producido, lo que no es posible dentro del limitado cauce procesal del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional*.

En fin, la eventual apertura y tramitación del incidente de suspensión ordinario justifica, como ya hemos expuesto, que los autos desestimatorios de este género de solicitudes, caracterizadas por su especial urgencia a efectos del *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional*, no sean susceptibles de recurso de casación, en la medida en que con ellos aún no se ha puesto término a la pieza de medidas cautelares.

**Quinto.-** La aplicación de estos criterios al supuesto de autos conduce a declarar inadmisibile el presente recurso de casación, por dirigirse contra un auto -después confirmado en súplica- que no era susceptible de él. La declaración de inadmisibilidad puede ser hecha en la sentencia, conforme expresamente dispone el *artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional*.

Esta Sala es consciente, no obstante, de que en el presente procedimiento y en las resoluciones de instancia se han producido dos hechos que han podido inducir a un cierto equívoco al recurrente en casación, cuyos motivos de recurso -al menos algunos de ellos- se basan en él. Es conveniente, pues, que, aun manteniendo la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación propiamente dicho, hagamos una serie de consideraciones adicionales sobre el contenido de aquéllos.

Las circunstancias referidas son, por un lado, la admisión del recurso de súplica (que debe entenderse en la actualidad de reposición, tal como prescribe la *Disposición adicional octava de la Ley Jurisdiccional*) contra el auto desestimatorio de la medida "cautelarísima"; y por otro lado, el hecho de que en la tramitación de aquél se oyó al defensor de la Administración General del Estado. La suma de ambas ha podido inducir a la defensa del recurrente a considerar que en realidad la Sala de instancia había puesto fin a la pieza de suspensión "refundiendo" en un solo trámite la medida provisionalísima y la medida cautelar ordinaria.

En efecto, el equívoco se podría haber producido si se tiene en cuenta: a) que la parte actora interpuso el recurso contencioso-administrativo contra la resolución denegatoria del asilo pidiendo la suspensión cautelar de la ejecución del acto al amparo del *artículo 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional*; b) la Sala denegó su pretensión invocando expresamente el *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional* y el *artículo 29 de la Ley 12/2009*, declarando que "no ha lugar a acceder a la suspensión cautelarísima"; y c) acto seguido admitió, sin embargo, el recurso de súplica y dio traslado de él al Abogado del Estado. Podría surgir la duda, pues, de que la Sala finalmente resolvió como si se tratara de un incidente cautelar ordinario.

Dadas las consideraciones que hemos expuestos en los fundamentos jurídicos anteriores, el examen conjunto de los dos autos dictados por la Sala de instancia no puede abocar a la conclusión de que se ha puesto fin a la pieza de medidas cautelares. Uno y otro se limitan exclusivamente a resolver la solicitud de

suspensión con arreglo a las pautas legales que derivan del *artículo 29 de la Ley 12/2009* -es decir, de la norma que remite al *artículo 135 de la Ley Jurisdiccional* - pero no impiden la ulterior tramitación del incidente cautelar ordinario en el que, con plenitud de cognición, el tribunal habrá de resolver sobre la pertinencia o impertinencia de la medida cautelar. El único sentido de aquellos dos autos es, repetimos, el de denegar la medida cautelarísima, sin más.

**Sexto.-** Desde esta perspectiva, la censura que contiene el segundo motivo casacional se revela desenfocada pues en él se parte como premisa de que el auto impugnado y el que lo confirma en reposición "cierran el acceso a la tutela cautelar ordinaria", lo que acabamos de rechazar.

Tampoco el primer motivo podría ser acogido si el recurso de casación fuera admisible. Pues nada impide que en el marco de la evaluación de las condiciones para adoptar la medida *inaudita parte* se tengan en cuenta elementos que, ya a primera vista, pongan de manifiesto la absoluta falta de fundamentación de la pretensión cautelar. No hay por qué excluir, tampoco en los casos de excepcional urgencia, que la respuesta judicial -hemos dicho que ha de ser inmediata, dado el imperativo legal, pero no necesariamente favorable a la solicitud- deniegue la medida de suspensión a la vista de hechos inequívocos que revelen la carencia de las condiciones mínimas para solicitar el derecho de asilo o la protección subsidiaria.

En lo que se refiere al tercer y cuarto motivo casacionales, en los que se invocan como infringidos los *artículos 29 de la Ley 12/2009* y *130 de la Ley Jurisdiccional (motivo tercero)* y la doctrina jurisprudencial de esta Sala en relación con órdenes de salida obligatoria del territorio nacional de solicitantes de asilo (motivo cuarto), baste decir que su alegación correspondería más bien frente a la resolución judicial que pusiera fin a la pieza "ordinaria" de medidas cautelares, pues en ellos se incluyen determinadas afirmaciones -respetables, sin duda- sobre la situación del país del que se dice originario el solicitante de asilo y sobre la concurrencia de los presupuestos legitimadores de la suspensión de actos, conforme a las reglas generales del referido *artículo 130 de la Ley Jurisdiccional*. Como quiera que, por lo ya dicho, en realidad no se ha puesto fin a aquella pieza, tales alegaciones no son pertinentes frente a autos como los que han sido impugnados en este recurso.

**Séptimo.-** Procede, en suma, declarar la inadmisibilidad del recurso de casación. Y habida cuenta de las especiales circunstancias que se han producido en el litigio de instancia, a las que anteriormente nos hemos referido, está justificada la no imposición de las costas a la parte que lo ha interpuesto.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Inadmitir el recurso de casación número **5007/2010** interpuesto por D. Cecilio contra el auto dictado el 26 de marzo de 2010 ( confirmado el 28 de mayo siguiente) por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la pieza de medidas cautelares del recurso número 788 de 2009 . Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.