Roj: **STS 3445/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3445**

Id Cendoj: **28079130052020100272**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **5**
Fecha: **15/10/2020**
Nº de Recurso: **4989/2019**
Nº de Resolución: **1327/2020**
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1616/2019,**
ATS 11422/2019,
STS 3445/2020

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.327/2020

Fecha de sentencia: 15/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4989/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 4989/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1327/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Dª. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

Dª. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 15 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 4989/2019, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado, contra la sentencia de 28 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 900/2017, en el que se impugna la desestimación presunta por el Ministerio del Interior y la resolución de 6 de junio de 2018, relativas a las solicitudes de protección internacional formuladas por D.ª Araceli y D. Adolfo en nombre propio y en representación de sus hijas Covadonga y Flor . Intervienen como parte demandada dichos solicitantes representados por la procuradora D. Sonia López Caballero y defendidos por la letrada D.ª Ana Homet Alonso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de 28 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 900/2017 contiene el siguiente fallo:

"Que debemos admitir y desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Araceli y sus hijas menores de edad Covadonga y Flor contra la Resolución dictada por el Ministerio del Interior el día 9 de junio de 2016 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, por ser conforme a derecho.

Y que debemos admitir y estimar en parte como estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Adolfo contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud presentada en la embajada de España en Grecia via telemática el día 14 de abril de 2017, reconociendo su derecho a que se promueva su traslado a España a los efectos previstos en la ley 12/2009.

Sin efectuar condena al pago de las costas."

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia se presentó escrito de preparación de recurso de casación por el Abogado del Estado, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1015, que se tuvo por preparado por auto de 24 de junio de 2019, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 12 de noviembre de 2019 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "cuál es el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y si resulta aplicable a las mismas, y en ese caso cómo, lo dispuesto en el referido precepto, pese a no haber sido objeto de desarrollo reglamentario, precisando a qué país viene referida la locución "corra peligro su integridad física" -si va referida al país de origen de los solicitantes de protección internacional, o, por el contrario, al país en que se presenta la solicitud-, y cuál es la consecuencia jurídica de la falta de respuesta a la solicitud presentada a su amparo."

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, el artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia y solicitando la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia recurrida, con interpretación del art. 38 de la Ley 12/2009 en los términos que se defienden en el mismo escrito.

QUINTO.- Dado traslado para oposición, se presentó el correspondiente escrito en el que se mantiene la interpretación de las normas aplicables llevada a cabo en la sentencia recurrida, solicitando la ratificación de la misma.

SEXTO.- Por providencia de 24 de julio de 2020, no acordándose la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 6 de octubre de 2020, fecha en la tuvo lugar, habiéndose observado el procedimiento establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia 28 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 900/2017, se refiere al planteamiento del recurso señalando que: 1) La Sra. Araceli solicita asilo:

a) En Grecia el día 5 de enero de 2017 en el marco del programa de reubicación de refugiados.

b) En la embajada de España en Grecia via telemática el dia 14 de abril de 2017.

c) En la Comisaría de Policía de Vitoria-Gasteiz el día 12 de septiembre de 2017.

Cuando interpone recurso contencioso-administrativo, el día 18 de septiembre de 2017 no ha transcurrido el plazo de silencio administrativo en relación con las solicitudes b) y c).

2) El Sr. Benigno solicita asilo:

a) En Grecia en fecha que no consta, en el marco del programa de reubicación de refugiados. Aportó con la demanda copia del documento de solicitante de asilo, con fecha de expedición 30 de junio de 2016 expedido por la oficina de asilo en Grecia. Aparece otro documento en todo similar al aportado al expediente respecto de la esposa y de la misma fecha 5 de enero de 2017

b) En la embajada de España en Grecia vía telemática el día 14 de abril de 2017.

ACNUR el día 1 de agosto de 2016 presentó un listado de unidades familiares que se encontraban en Grecia y solicitaron se rincluidos en el procedimiento de reubicación temporal en España como primera opción.

El día 25 de octubre de 2016, ACNUR presenta nuevo listado, y en ambos casos la familia recurrente se hallaba incluida.

En el caso de la esposa y los hijos, la resolución que les concede la protección subsidiaria hace referencia a la solicitud formulada en Vitoria-Gasteiz, y es la que resuelve:

"PRIMERO.- Con fecha 12/09/2017, se formuló solicitud de Protección Internacional, en la que se recogen los motivos en que fundamenta la pretensión.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la solicitud, se instruyó, por la Oficina de Asilo y Refugio, el correspondiente expediente administrativo.

TERCERO.- La Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, en su reunión de fecha 22/02/2018, contando con la asistencia de todos sus miembros y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), acordó formular propuesta de resolución favorable a la concesión de la Protección Subsidiaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la tramitación del expediente administrativo se han observado las normas de procedimiento, tanto las específicas de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria (Ley de Asilo) y normativa de protección internacional aplicable, como las generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SEGUNDO.- Se han examinado las manifestaciones efectuadas en la solicitud, la documentación aportada, los informes emitidos y demás datos obrantes en el expediente.

TERCERO.- No habiéndose apreciado motivos que justifiquen un temor fundado a sufrir persecución en el país de origen por algunos de los motivos previstos en el artículo 3 de la Ley de Asilo, se desprende, no obstante, indicios suficientes, de la existencia de alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la citada Ley, por lo que se dan los requisitos para la concesión del derecho a la protección subsidiaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Asilo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En consecuencia, coincidiendo con la propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, el MINISTRO DEL INTERIOR, de conformidad con lo establecido en el artículo 24.2 de la Ley de Asilo, viene en dictar la siguiente

RESOLUCIÓN

"CONCEDER EL DERECHO A LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA a Araceli , nacional de Iraq y de Covadonga , nacional de Iraq, con N.I.E.: NUM000 y de Flor , nacional de Iraq, con N.I.E.: NUM001 ."

Como se recogió en el auto dictado por esta Sala resolviendo la solicitud de medida cautelar positiva formulada por el Sr. Adolfo , se constata lo siguiente:

-. el 20 de julio de 2017, mediante acto administrativo del Servicio de Gradación Independiente de Asilo y Reubicación de Grecia, se comunica a DON Adolfo que ha sido denegada su reubicación, así como la revocación de la decisión del Servicio de Asilo de Grecia de fecha de 29 de junio de 2017 por la que se rechazaba su solicitud de protección internacional en Grecia, por ser competente para evaluar su solicitud de protección internacional, España. Se le comunica, igualmente, que Grecia asume la responsabilidad de examinar su solicitud de protección internacional; y se le informa, en el mismo documento, que se ha iniciado un proceso penal contra el mismo por la Fiscalía de Salónica.

-. El mismo día 20 de julio de 2017 firman un documento en el cual se solicita la tramitación separada de los expedientes de reubicación, y se autoriza por el padre de familia el viaje a España de la esposa y las hijas.

-. La esposa y las hijas son trasladadas a España, y residen en DIRECCION000 en la provincia de Álava, País Vasco, según manifiestan, en un piso de acogida financiado por la Cruz Roja, donde reciben clases de Castellano y Euskera, que facilite su integración, así como una ayuda económica para su manutención. También reciben asistencia psicológica.

La primera conclusión que cabe obtener de lo expuesto, es que el esposo es solicitante de asilo, primero en Grecia, donde solicitó su reubicación a España y luego directamente ante la Embajada española.

La Administración española no ha contestado en forma alguna a ninguna de las solicitudes formuladas por esta familia, salvo a la presentada en Vitoria una vez que la esposa y los hijos se hallaban en territorio nacional.

Como recuerda la demanda, es preciso tener en cuenta que:

-. El día 13 de mayo de 2015 se acordó la Agenda Europea de Migración cuyo Apartado II "Acción Inmediata" establece la activación para finales del mes de mayo de 2015 del mecanismo de intervención de emergencia previsto en el Art. 78, apartado 3 del TFUE. En aplicación de este precepto del Tratado así como de las provisiones de la Agenda, y mediante Acuerdo del Consejo Europeo de 25-26 de junio de 2015 y posterior Resolución de 20 de julio del Consejo, se adoptó la Decisión (UE) 2015/1523 de 14 de septiembre de 2015.

Mediante esta decisión, se establecía la reubicación en otros Estados miembros de 40.000 personas con necesidades manifiestas de protección internacional desde Grecia e Italia en la forma y condiciones establecidas en dicha Decisión. Cantidad que luego sería ampliada hasta 120.000 personas por la ulterior Decisión (UE) 2015/1601 de 22 de septiembre de 2015, del Consejo, que añadió también algunas condiciones adicionales a la aplicación de dicho mecanismo.

Se han establecido por la Unión Europea unas medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia en virtud del artículo 78, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para aquellos casos en los que uno o más Estados miembros se enfrenten a una situación de emergencia caracterizada por una afluencia repentina de nacionales de terceros países, y en virtud de los principios de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros tal y como establece el art. 80 TFUE.

Los ahora demandantes habían ingresado en Grecia en fecha de 26 de febrero de 2016, aplicándole por tanto el programa de reubicación, como ha sido acreditado con la documentación aportada con el escrito de demanda.

La entrada se produjo en fecha de 26 de febrero de 2016, y el pre-registro en fecha de 30 de junio de 2016 pero no fue hasta el 5 de enero de 2017 cuando pudieron formalizar sus solicitudes de protección internacional, y sin que, a día de la presentación de la solicitud de protección internacional, por el mecanismo del articulo 38 de la Ley de Asilo, se hubiera tenido respuesta alguna.

El día 29 de junio de 2017 se comunica a la familia recurrente que la solicitud de protección internacional de fecha 5 de enero de 2017 es rechazada por Grecia, por ser otro Estado miembro de la UE responsable de valorar la solicitud. En este sentido, dicho acto comunica la aceptación de España de la responsabilidad de evaluar la solicitud de protección internacional y la reubicación de los citados ciudadanos Iraquíes a España

de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de las Decisiones del Consejo Europeo (UE) 2015/1523 y 2015/1601.

Posteriormente, el 20 de julio de 2017, mediante acto administrativo del Servicio de Gradación Independiente de Asilo y Reubicación de Grecia, se comunica a DON Adolfo que ha sido denegada su reubicación, así como la revocación de la decisión del Servicio de Asilo de Grecia de fecha de 29 de junio de 2017 por la que se rechazaba su solicitud de protección internacional en Grecia, por ser competente para evaluar su solicitud de protección internacional, España. Se le comunica, igualmente, que Grecia asume la responsabilidad de examinar su solicitud de protección internacional; y se le informa, en el mismo documento, que se ha iniciado un proceso penal contra el mismo por la Fiscalía de Salónica.

La demanda alega que no ha tenido lugar la apertura de procedimiento alguno, y no se realiza alegación ni se aporta prueba alguna en tal sentido por la Administración demandada. En todo caso, no consta en autos que al Sr. Adolfo se le haya aplicado ninguna causa de exclusión.

Es relevante señalar que en el escrito de demanda, expresamente se alega lo siguiente:

"si bien podríamos entender que ha habido una satisfacción extraprocesal por parte de DOÑA Araceli y de sus hijas, no ha habido satisfacción no solo en cuando a la solicitud de DON Adolfo , sino tampoco en lo que concierne a su mujer y a sus hijas, y ello en la medida en la que dicha denegación afecta no solo a su propio derecho de protección internacional sino a al derecho a la protección internacional de los familiares directos de DOÑA Araceli y de sus hijas, en este caso el marido de aquella y el padre de estas, el interés de su mujer y de sus hijas a que éste obtenga protección internacional, y se proteja, respete y puedan disfrutar del derecho a la vida privada y familiar. Así mismo ha habido tal vulneración de derechos incluido el derecho a un procedimiento con todas las garantías, que amerita se juzgue el derecho DOÑA Araceli y de sus hijas a solicitar protección internacional a través del mecanismo contemplado en el articulo 38 de la Ley de Asilo."

En el suplico de la demanda se solicitaba: "a) Se declare nulo de pleno derecho, los actos administrativos por los que se resuelve denegar por silencio administrativo negativo, el ejercicio del derecho a protección internacional de acuerdo al mecanismo establecido en el artículo 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre, relativo a "solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados" y autorización de traslado a España durante la instrucción de expediente de protección internacional incoado por DOÑA Araceli y DON Adolfo favor de sí mismos y en nombre y representación de sus hijos menores de edad Covadonga y Flor .

b) Se reconozcan que DON Adolfo y DOÑA Araceli así como sus hijas menores de edad Covadonga y Flor , cumplían los requisitos contemplados en el 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre, relativo a "solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados".

c) Se reconozcan el derecho de DON Adolfo y DOÑA Araceli así como sus hijas menores de edad Covadonga y Flor , a ejercer el derecho a protección internacional de acuerdo al mecanismo establecido en el 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre, relativo a "solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados".

d) Se reconozcan el derecho de DON Adolfo a ser autorizado su traslado a España en el marco de la instrucción de expediente de protección internacional incoado de acuerdo al mecanismo del 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre.

e) Se autorice el traslado de DON Adolfo a España."

La Sala de instancia, teniendo en cuenta la distinta situación de la esposa e hijas, a las que se les concede la protección subsidiaria por resolución de 6 de junio de 2018, en respuesta a la solicitud formulada ya en España, invoca la sentencia de este Tribunal Supremo 16 de febrero de 2009, sobre la acreditación de las circunstancias determinantes de la protección solicitada, así como las sentencias de 20 de septiembre de 2002 y 6 de mayo de 2014, sobre la condición de refugiado y las múltiples sentencias dictadas en supuestos de protección internacional relacionadas con la situación existente en Siria y la interpretación del art. 21 de la Ley 12/2009, y en razón de todo ello concluye: que la referida resolución de 6 de junio de 2018, en relación con la esposa e hijos recurrentes, se ajustó a Derecho, debiendo confirmarse el reconocimiento de su derecho a la protección subsidiaria, por lo que carece de sentido efectuar pronunciamiento sobre el reconocimiento de su derecho en relación con el art. 38 de la Ley 12/2009.

Por lo que atañe a la situación de D. Adolfo , teniendo en cuenta que también presentó solicitud de protección internacional en la embajada de España en Grecia por vía telemática el 14 de abril de 2017, y ante la falta de resolución administrativa, atendiendo al hecho de que la propia Administración ha reconocido en la resolución dictada para la esposa e hijas que se encuentran en situación que les hace acreedores a la protección

subsidiaria, conforme a los arts. 4 y 10 de la Ley 12/2009, concluye : "La Administración no puede ampararse a la vista de lo acontecido en este caso, en la evolución de las circunstancias del lugar de origen de esta familia.

Por el conjunto de razones expuestas, la Sala concluye que procede estimar en parte el recurso, reconocer el derecho del recurrente a que tal y como establece el artículo 38 de la ley 12/2009 se promueva el traslado de Adolfo a España a los efectos previstos por la referida ley.

El recurso del recurrente esposo y padre se admite, y se estima únicamente a los efectos señalados, lo que implica la desestimación de las restantes pretensiones recogidas en el suplico de los escritos presentados en este proceso por su representación procesal."

SEGUNDO.- No conforme con dicha sentencia, el Abogado del Estado preparó recurso de casación que fue admitido a trámite por auto de esta Sala de 12 de noviembre de 2019, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "cuál es el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y si resulta aplicable a las mismas, y en ese caso cómo, lo dispuesto en el referido precepto, pese a no haber sido objeto de desarrollo reglamentario, precisando a qué país viene referida la locución "corra peligro su integridad física" -si va referida al país de origen de los solicitantes de protección internacional, o, por el contrario, al país en que se presenta la solicitud-, y cuál es la consecuencia jurídica de la falta de respuesta a la solicitud presentada a su amparo."

En el escrito de interposición, el Abogado del Estado alega, en primer lugar, que la sentencia recurrida no ha interpretado correctamente el art. 38 de la Ley 12/2009, ya que la locución "corra peligro su integridad física" ha de ir referida al país en que se encuentra la embajada española (Grecia) y no el país de origen del solicitante de asilo, entendiendo que, cuando el solicitante se encuentra en un tercer país (en este caso, Grecia) ha de acreditarse que es en ese país en el que corre peligro la integridad física del solicitante y que ello obliga a su traslado en España al no poder esperar en ese tercer país a que se solicite y tramite una solicitud normal de asilo presentada a través de la Embajada o Consulado de España.

Alega en segundo lugar la falta de desarrollo reglamentario del art. 38 de la Ley 12/2009, señalando que no existe como tal un procedimiento administrativo para poder aplicar ese artículo, lo que considera imprescindible para determinar los órganos competentes y las condiciones en las que un Embajador puede promover el traslado a España a los efectos de solicitar asilo así como para determinar las consecuencias prácticas de tal medida, dado que la ley tampoco determina las implicaciones de promover el traslado a España, es decir, si ello supone simplemente facilitar documentación y visado al solicitante o si supone que el Estado tiene que correr también con los gastos del traslado a España, añadiendo que la inexistencia de un procedimiento iniciado hace decaer, como es lógico, la pretendida obligación de resolver cuyo incumplimiento justificaría la generación de un silencio negativo que constituyese una verdadera actuación impugnable. En todo caso, aun cuando se considerara que existió un procedimiento válidamente iniciado tampoco se habría generado un silencio negativo en el sentido propugnado por la sentencia, dado que el artículo 38 de la Ley 12/2009 permite la presentación de las solicitudes de traslado ante los Embajadores o Cónsules de España en el extranjero cuando concurran determinadas circunstancias excepcionales pero no se les impone la obligación de resolver estas peticiones, con lo que la falta de respuesta no puede ser generadora de silencio. Añade que el art. 16 del Reglamento de asilo de la Ley anterior, Real Decreto 203/1995, se refiere al traslado a España de dos tipos de interesados en situación de riesgo: los que ya han presentado su solicitud de asilo a través de una Misión Diplomática u Oficina Consular y los que ya eran refugiados reconocidos, atribuyendo la competencia para decretar el traslado a España a la Comisión interministerial de Asilo y Refugio. Sin embargo, el art. 38 de la Ley de Asilo no se refiere interesados que ya tienen concedida la condición de refugiado ni de interesados que ya han presentado su solicitud de asilo sino que estamos ante una situación de urgencia que incluso exige el traslado a España para hacer posible la presentación de la solicitud de protección internacional. Concluye que no es obstáculo a lo expuesto el art. 8º del Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto, precepto que únicamente prevé la posibilidad de "expedir salvoconductos para promover el traslado de los solicitantes de protección internacional a España para hacer posible la presentación de la solicitud, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009.

Termina alegando que no existe un silencio positivo que autorice el traslado a España de los solicitantes de asilo en caso de falta de respuesta a su solicitud sino que ésta ha de entenderse desestimada; y que no existe ninguna obligación pendiente para España de reubicación de refugiados desde Grecia que pudiera incidir en el asunto, invocando al efecto el Auto de esa Sala de 20 febrero 2019, recurso núm. 599/2017.

Frente a ello, la parte recurrida señala que D. Adolfo continua en Grecia separado de su familia, habiendo sufrido la vulneración de varios mecanismos de protección internacional que cita; rechaza el planteamiento del Abogado del Estado sobre la incidencia en la resolución de la falta de desarrollo reglamentario del art. 38 de la Ley 12/2009, refiriéndose a la argumentación en contrario defendida por la Abogacía del Estado sobre la no vulneración del art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, asunto 8675/15 y 8697/15, sentencia TEDH de 13 de febrero de 2020, y argumentando la parte ampliamente sobre la existencia de previsiones reglamentarias que permiten el desarrollo y aplicación de estas solicitudes; argumenta igualmente contra las alegaciones del Abogado del Estado sobre el país al que debe referirse el peligro para la integridad física del solicitante, señalando que en su caso existía peligro tanto en su país de origen como en Grecia; y rechaza las demás alegaciones del escrito de interposición, concluyendo con unas alegaciones sobre los supuestos de interés casacional invocados por el Abogado del Estado. Termina solicitando: "1.- Se desestime Recurso de Casación y se ratifique la Sentencia impugnada.

2.- Se estime las pretensiones de los demandantes en instancia esto es:

a) Se declare nulo de pleno derecho, los actos administrativos por los que se resuelve denegar por silencio administrativo negativo, el ejercicio del derecho a protección internacional de acuerdo al mecanismo establecido en el artículo 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre, relativo a "solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados" y autorización de traslado a España durante la instrucción de expediente de protección internacional incoado por DOÑA Araceli y DON Adolfo favor de sí mismos y en nombre y representación de sus hijas menores de edad Covadonga y Flor .

b) Se reconozcan que DON Adolfo y DOÑA Araceli así como sus hijas menores de edad Covadonga y Flor , cumplían los requisitos contemplados en el 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre, relativo a "solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados".

c) Se reconozcan el derecho de DON Adolfo a ejercer el derecho a protección internacional de acuerdo al mecanismo establecido en el 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre, relativo a "solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados".

d) Se reconozcan el derecho de DON Adolfo a ser autorizado su traslado a España en el marco de la instrucción de expediente de protección internacional incoado de acuerdo al mecanismo del 38 de la Ley de Asilo 12/2009 de 30 de Octubre.

e) Se autorice el traslado de DON Adolfo a España, y a que I.- todo el procedimiento sea realizado con carácter de urgencia, tal y como prevé el art. 25 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre; y II.- que la Embajada de España en Grecia (sección consular) conceda y expida, con carácter de urgencia, el correspondiente visado, salvoconducto, autorización de entrada o cualquier título de viaje que, a efectos del traslado, sea necesario y oportuno, y que le permita a, Adolfo , ser trasladado a España de forma urgente.

3.- Todo ello de conformidad a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de oposición a recurso de casación..."

TERCERO.- A la vista de la solicitud de la parte recurrida en el escrito de oposición al recurso, que se acaba de transcribir, lo primero que debe precisarse es que el objeto del recurso es dar respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión y su incidencia en las pretensiones que constituyen el objeto del propio recurso de casación, sin que pueda plantearse por la parte recurrida el reconocimiento de pretensiones formuladas en la instancia, que no fueron acogidas en la sentencia y no fueron objeto de recurso por dicha parte.

Por otro lado, el recurso de casación se dirige contra el pronunciamiento estimatorio de la sentencia recurrida, que se limita a reconocer el derecho del recurrente a que tal y como establece el artículo 38 de la ley 12/2009 se promueva el traslado de Adolfo a España a los efectos previstos por la referida ley, de manera que la controversia sobre la interpretación de dicho precepto se concreta a la procedencia de la promoción de dicho traslado.

Centrado así el objeto del recurso conviene reproducir el art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección internacional, según el cual: "Artículo 38. Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados.

Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos."

A la vista del tenor del precepto, lo primero que debe significarse es que el mismo no regula un régimen jurídico distinto para la obtención de la protección internacional sino que se limita a regular la atención de aquellas solicitudes que se presentan fuera del territorio nacional y en un tercer país, sujeta a la valoración en la representación diplomática del peligro para la integridad física del solicitante, y por lo demás resultan de aplicación las mismas exigencias sustantivas que determinan el reconocimiento de la protección internacional. Ello significa que la valoración de dichas exigencias forman parte de la resolución de la solicitud presentada al margen del procedimiento seguido para su tramitación. En otras palabras, el art. 38 de la Ley 12/2009 establece una norma de procedimiento para facilitar la presentación de la solicitud de protección internacional conforme al procedimiento previsto en la Ley, cuando se formula fuera del territorio nacional y en un tercer país, sin que ello altere el régimen jurídico sustantivo a que se sujeta el reconocimiento de la protección internacional. A ello responde el hecho, en este caso, de que la Sala de instancia, congruentemente, señale que, una vez reconocida a la esposa e hijas la protección subsidiaria en razón de la solicitud formulada ya en territorio nacional, carece de sentido efectuar pronunciamiento sobre el reconocimiento de su derecho en relación con el art. 38 de la Ley 12/2009.

Con ello se da respuesta a la primera cuestión planteada en el auto de admisión, en cuanto el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, es el establecido en la propia Ley sin alteración de su regulación sustantiva.

Por otra parte, y en contra de lo que se sostiene por la Administración recurrente, la norma procedimental regulada en dicho art. 38, posibilitando la promoción del traslado del solicitante de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en la Ley, viene impuesta por la propia Ley, que señala la competencia para ello de los Embajadores de España y las circunstancias que deben valorarse al efecto, como son: que se trate de solicitante que no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física. De manera que se contienen elementos suficientes para que tal propuesta pueda llevarse a cabo, mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario que se refiere a las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados y procedimiento para la evaluación, en cuya ausencia ha de acudirse a la regulación subsistente de acuerdo con el art. 2.2 del Código Civil, teniendo en cuenta que en este caso la derogación contenida en la correspondiente Disposición de la Ley 12/2009, se refiere a "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley", de manera que, mientras no se dicte una nueva norma reglamentaria, resultan subsistentes las disposiciones reglamentarias referidas a la Ley anterior, en cuanto no se opongan a la actual.

Y en este sentido, el reglamento anterior contenido en el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, tras referirse en el art. 4.1.e) a la presentación de solicitudes en Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, regula en el art. 16 el traslado a España del solicitante, disponiendo que: "1. Cuando el interesado se encontrase en una situación de riesgo y hubiese presentado su solicitud desde un tercer país a través de una Misión Diplomática u Oficina Consular, o en el supuesto previsto en el apartado 2 del artículo 4, la Oficina de Asilo y Refugio podrá someter el caso a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, para autorizar su traslado a España durante la instrucción del expediente, previa obtención del correspondiente visado, salvoconducto o autorización de entrada, que se tramitarán con carácter urgente.

2. La Oficina de Asilo y Refugio comunicará el acuerdo de la Comisión Interministerial al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Dirección General de la Policía, que dará traslado de dicha comunicación al puesto fronterizo que corresponda.

3. El solicitante de asilo cuyo traslado a España haya sido autorizado en razón de su situación de riesgo, será informado de los derechos que le asisten conforme a la sección 2.ª del capítulo I del presente Reglamento, y que podrá ejercitar en el plazo máximo de un mes a partir de su entrada en territorio español.

4. El órgano competente del Ministerio de Asuntos Sociales adoptará la medidas oportunas para la recepción del solicitante por parte de la institución pública o privada que se le asigne."

Y resulta congruente con ello, el art. 8 del Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto, cuando dispone:

"2. Las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas, previa autorización expresa de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores

y de Cooperación, podrán expedir salvoconductos a extranjeros cuya protección internacional haya sido asumida por España en aplicación de la legislación española.

Asimismo, previa la autorización expresa mencionada en el párrafo anterior, podrán expedir salvoconductos para promover el traslado del o de los solicitantes de protección internacional a España para hacer posible la presentación de la solicitud, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

3. La autorización para la expedición del salvoconducto a un extranjero, en los casos que se mencionan en el apartado anterior, estará sometida a informe previo favorable de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior."

A ello ha de añadirse la Carta circular a los embajadores españoles de 20 de noviembre de 2009, que en lo que aquí interesa señala : "Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y del de protección subsidiaria, publicada en el Boletín Oficial el sábado 31 de octubre de 2009.

El artículo 38 de la presente Ley se refiere a los "solicitantes de protección internacional en embajadas y consulados".

...

En ese artículo hay los siguientes elementos esenciales:

1) Ese artículo no se aplica si el solicitante es nacional del país en que se encuentra la representación diplomática. 18 N.D. y N.T. c. ESPAÑA

2) Además, debe de correr peligro su integridad física por causas relacionadas con el ámbito de aplicación de la Ley (asilo o protección subsidiaria).

3) Los .Embajadores de España, y en ningún supuesto los Cónsules, son los competentes para "promover (en su caso) el traslado del o de los solicitantes de asilo a España" con el objetivo único de "hacer posible la presentación de solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley", es decir en España.

En todo caso la Ley no faculta ni a los Embaladores ni a los Cónsules a admitir a trámite ninguna demanda de solicitud de asilo o de protección y menos trasladarla a España. Este punto es capital; Si se admitiera a trámite, el Estado español se vería obligado a otorgar asistencia jurídica, protección, incluida la necesaria para evitar el "refoulement" del país y mantenimiento (alimentación y alojamiento), incluyendo el sanitario, lo que no prevé el art. 38 en cuestión.

Por lo tanto el hecho de que una persona pretenda presentar una solicitud de asilo en una Embajada o en un Consulado no implicará, en ningún caso, el comienzo del procedimiento de una posible admisión.

Ello no obsta para que si el Embalador en un determinado caso estima la concurrencia de los requisitos antes señalados confirme su nacionalidad efectiva y compruebe si su seguridad física está en peligro en los términos arriba indicados. Se tratará de obtener la máxima información disponible así como una declaración omnicomprensiva del caso y alegaciones del posible solicitante de asilo o de protección, remitiéndolas a la Secretaría General de Asuntos, Consulares y Migratorios para su conocimiento, evaluación y decisión por la Superioridad'.

En suma, el Embajador, en el marco de sus funciones, tiene la facultad para que, si según su criterio "la integridad física de esa persona corre peligro", se lleve a cabo el traslado al territorio nacional (lo que implica facilitar un visado en su caso y eventualmente obtener un billete de avión de ida a España que siempre requerirán una autorización previa de este Ministerio).

El 2° párrafo del Artículo 38 de la Ley prevé la aprobación de un Reglamento de desarrollo de la Ley, que se deberá elaborar entre los Ministerios de Interior, de Justicia, de Trabajo e Inmigración y de Exteriores, en el que se fijará el procedimiento para que el Embajador pueda evaluar un eventual traslado a España.

Para los procedimientos actualmente en curso, la Disposición Transitoria la, prevé en su caso la aplicación de la normativa actualmente vigente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley (que se cumple hoy día 20 de noviembre).

Para los nuevos casos, hasta que el Reglamento de desarrollo de la ley mencionada en el Artículo 38, párrafo 2°, entre en vigor, deberá V.E. seguir las instrucciones contenidas en esta Circular."

Por otra parte, esta es la postura sostenida por la representación del Gobierno español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto ND. y NT. 8675/15 y 8697/15, resuelto en sentencia de 13 de febrero de 2020, invocada por la parte recurrida, al defender que España no vulneró el art 13 de la Convención Europea de

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Derechos Humanos relativo al derecho a un recurso efectivo en conjunción con el art. 4 del Protocolo n.º 4 de la Convención, en el que, ante la alegación de la representación española de que el art. 38 de la Ley 12/2009 preveía que los embajadores españoles promoviesen el traslado a España de quienes acreditasen la necesidad de protección, los allí recurrentes oponían que dicho art. 38 "carecía todavía de legislación de aplicación específica que le permita convertirse en una realidad", ante lo cual el TEDH declara que: "No obstante, el Gobierno demostró que dichas alegaciones eran erróneas, señalando que, según el artículo 2.2 del Código Civil y estando en vigor el Real Decreto 203/1995 (citado en el párrafo 35 supra), que aprueba las disposiciones de aplicación de la anterior versión de la Ley reguladora del derecho de asilo. Dicha norma preveía un procedimiento específico que permitía a los embajadores determinar si las solicitudes de asilo presentadas en las embajadas y consulados españoles eran reales y, en su caso, organizar el traslado a España de los interesados, mediante su admisión urgente en caso de riesgo elevado en un tercer país. De acuerdo con dicho Real Decreto, el expediente debía resolverse en un plazo máximo de tramitación de seis meses y era susceptible de recurso. La aplicación de este procedimiento fue confirmada por una circular de 20 de noviembre de 2009, enviada por el Gobierno a todos los embajadores españoles y que contenía instrucciones sobre las modalidades de dichos traslados. En esta circular se establece que "si según su criterio "la integridad física de esa persona corre peligro", se lleve a cabo el traslado al territorio nacional (lo que implica facilitar un visado en su caso y eventualmente obtener un billete de avión de ida a España que siempre requerirán una autorización previa de este Ministerio)" (véase el párrafo 38 supra). Por lo tanto, la afirmación de los demandantes de que el artículo 38 de la Ley 12/2009 no era aplicable en el momento de los hechos debido a la falta de un reglamento de aplicación es errónea."

Por todo ello y en relación con la cuestión planteada en el auto de admisión y en contra de lo sostenido por la Administración recurrente, ha de entenderse que la falta de desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 38 de la Ley 12/2009 no impide la aplicación de sus previsiones a las solicitudes de protección internacional formuladas a su amparo.

Por otra parte y en relación con la valoración del peligro para la integridad física del solicitante, ha de entenderse referida a la situación determinante de la solicitud en el país de origen, en cuanto justifica la presentación de la misma en los términos establecidos por la Ley a que se refiere el art. 38, de manera que la Ley facilita el traslado del solicitante al territorio nacional en razón del riesgo para la integridad física que deriva de la situación que le ha llevado a formular la solicitud desde un tercer país, en el que no se ha puesto remedio a la misma. No ha de perderse de vista que el art. 38 faculta únicamente para promover el traslado, cuya efectividad queda supeditada a la aceptación o aprobación por el órgano competente en los términos que antes se han reflejado, atendiendo a la situación determinante de la solicitud. En otro caso, atender a la situación de riesgo en el tercer país, supondría desligar tal valoración de la situación determinante de la protección que se pide y modificar las razones en que se funda la solicitud y con ello los términos de la presentación de la solicitud para la que se propone el traslado al territorio nacional.

En este sentido, es significativo que la propia Carta circular antes reproducida, señala que debe correr peligro la integridad física del solicitante por causas relacionadas con el ámbito de aplicación de la Ley (asilo o protección subsidiaria).

Finalmente ante la solicitud de protección internacional solicitada la Administración ha de resolver lo procedente, en los términos generales exigidos por la Ley de procedimiento y los particulares a que se refiere el propio precepto, de manera que la falta de respuesta sobre el curso de la solicitud formulada supone un acto presunto susceptible de impugnación, como ha sucedido en este caso.

CUARTO.- Por todo ello, que viene a desvirtuar las alegaciones que se formulan por la parte recurrente, y en respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación, ha de entenderse que: el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, es el establecido en la propia Ley sin alteración de su regulación sustantiva; que la falta de desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 38 de la Ley 12/2009 no impide la aplicación de sus previsiones a las solicitudes de protección internacional formuladas a su amparo; que la valoración del peligro para la integridad física del solicitante, ha de entenderse referida a la situación determinante de la solicitud en el país de origen; y que la falta de resolución por la Administración supone un acto presunto susceptible de impugnación.

QUINTO.- La interpretación de las normas que se acaba de exponer conduce a la desestimación de este recurso de casación, por cuanto la Sala de instancia, en congruencia con dicha interpretación, justifica la estimación parcial del recurso limitada al concreto aspecto de reconocer el derecho del recurrente a que tal y como establece el artículo 38 de la ley 12/2009 se promueva el traslado de Adolfo a España a los efectos previstos por la referida ley, ante la falta de respuesta de la Administración a la solicitud formulada ante la Embajada

de España en Grecia, sin que se aprecie causa de exclusión y considerando el riesgo para el solicitante, a la vista de las circunstancias de la solicitud y la resolución adoptada por la Administración en relación con los demás miembros de su familia.

SEXTO.- No ha lugar a la imposición de las costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

F A L L O

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 cuarto:

Desestimar el recurso de casación n.º 4989/2019, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado, contra la sentencia de 28 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 900/2017, que queda firme; 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.

Segundo Menéndez Pérez Rafael Fernández Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Wenceslao Francisco Olea Godoy Inés Huerta Garicano Francisco Javier Borrego Borrego

Mª Angeles Huet de Sande

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública lo que, como letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ