



Roj: **STS 2662/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2662**

Id Cendoj: **28079130052020100195**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/07/2020**

Nº de Recurso: **1953/2019**

Nº de Resolución: **1130/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 517/2019,**
ATS 8840/2019,
STS 2662/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.130/2020

Fecha de sentencia: 29/07/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1953/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.1

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1953/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1130/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 29 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1953/2019 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado D. Manuel Garayo Orbe contra la sentencia número 19/2019, de 17 de enero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estima el recurso contencioso-administrativo nº 564/18 promovido por D. Luis Andrés contra la resolución de 5 de febrero de 2018 dictada por el Director General de la Policía que, en alzada, confirma la resolución de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras de 17 de octubre 2017 por la que se denegaba su acceso desde Melilla a la ciudad de Almería. Ha comparecido como parte recurrida D. Luis Andrés, representado por el procurador D. Eduardo Centeno Ruiz, bajo la dirección letrada de D.^a María Vieyra Calderoni.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia nº 19/2019 de 17 de enero, estimando el recurso nº 564/2018 deducido por D. Luis Andrés, frente a la resolución de 5 de febrero de 2018 dictada por el Director General de la Policía que, en alzada, confirma la resolución de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras de 17 de octubre 2017 por la que se denegaba su acceso desde Melilla a la ciudad de Almería.

La razón de decidir de la sentencia recurrida se sustenta sobre la base de que cuando el demandante solicitó poder trasladarse al territorio peninsular ya había instado la protección internacional y su solicitud se había admitido a trámite, habiendo sido, por ello, documentado con el de solicitante de protección internacional en trámite. De modo que según la Sala el efecto directo de esa admisión a trámite es que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud. De manera que, a tenor de los preceptos legales que cita, el recurrente, en cuanto que se encuentra en la Ciudad Autónoma de Melilla - territorio español, por tanto- y documentado como solicitante de asilo en tramitación, se encontraba, en la fecha a la que se contraen los autos, en una situación regular en España. De forma que tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado dentro del mismo y, por tanto, desde Melilla a la Península. Por esta razón se estima el recurso contencioso-administrativo anulándose las resoluciones impugnadas por no existir impedimento alguno para que el actor, conforme a la situación que mantenía en la fecha en que formuló la solicitud, pudiera trasladarse al territorio español peninsular.

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

El Abogado del Estado, en la representación legal que ostenta, preparó recurso de casación contra la referida sentencia, presentando escrito, en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó -como normas infringidas- el artículo 18.1 de la Ley 12/2009, de 30 de Octubre, regulada del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, el artículo 36 ("Ceuta y Melilla") del Reglamento (CE) 562/2006, del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, y los artículos 5 y 13 del mismo y el Acuerdo Schenguen de 14 de junio de 1985, ratificado por el Reino de España por instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993, cuyo apartado III, 1, letra f) prevé el mantenimiento de controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas procedentes de Ceuta y Melilla que tengan por destino otra parte del territorio español; haciendo de todo ello el preceptivo juicio de relevancia.

Argumentó que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia conforme, en lo que a este auto de admisión interesa:

- Art. 88.2.b) LJCA porque la interpretación que realiza la sentencia recurrida, que afecta al control de los flujos migratorios y al cumplimiento de los principios establecidos sobre la materia por la Unión Europea, es gravemente dañosa para los intereses generales.

- Art. 88.2.c) LJCA, porque la doctrina que sienta la sentencia recurrida trasciende el caso debatido porque podría afectar a un número importante de situaciones.

- Art. 88.3.a) LJCA, al dictarse sobre una materia relevante sobre la que además no existe jurisprudencia.

TERCERO. Admisión del recurso.-

Mediante auto de 14 de marzo de 2019, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 16 de septiembre de 2019, acordando:

<< 1º) Admitir el recurso de casación nº 1953/2019, preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia en fecha 17 de enero de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso nº 564/2018.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar **si el solicitante de asilo, presentada su solicitud, tiene derecho a cambiar su domicilio en España y, por tanto, desde Melilla a la Península, si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que se produzca en él.**

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, será objeto de interpretación: el artículo 18.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, el artículo 36 del Reglamento (CE) 562/2006, del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 y el Apartado III, número 1, del Acta final del Acuerdo Schenguen de 14 de junio de 1985, ratificado por el Reino de España por instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de la Administración General del Estado con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico <<...dicte sentencia estimatoria del recurso de casación, revocando la sentencia recurrida y sustituyéndola por otra que desestime el recuso contencioso-administrativo interpuesto, declarando la doctrina que ha sido expuesta.>>

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la representación de D. Luis Andrés , se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, solicitando <<...dicte en su día sentencia desestimando el recurso de casación con imposición de costas a la recurrente, pues así procede en derecho.>>

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 28 de julio de 2020, en cuyo acto tuvo lugar su celebración , habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso de casación. Argumentos de las partes a la decisión de instancia.

Se interpone el presente recurso de casación 1953/2019 por la Abogacía del Estado contra la sentencia 19/2019, de 17 de enero, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el recurso 564/2018, que había sido promovido por Don Luis Andrés , a la sazón ciudadano de nacionalidad argelina solicitante de protección internacional en España, en impugnación de la resolución de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de 17 de octubre de 2017, por la que se le denegaba su cambio de residencia desde Melilla a Almería.

La sentencia de instancia estima el recurso, anula la resolución originariamente impugnada y reconoce el derecho del recurrente al traslado solicitado.



La decisión de la Sala de instancia se funda en considerar, conforme ya había declarado en otras sentencias anteriores y tras el examen de los preceptos pertinentes, que el hecho de que al interesado se le hubiera admitido a trámite su petición de protección internacional, siendo documentado a esos efectos, comporta el efecto directo de que no puede ser objeto de retorno, devolución o expulsión en tanto no se resuelva su solicitud, con la obligación, por su parte, de comunicar su domicilio y el cambio del mismo, lo cual comporta el derecho al cambio de domicilio. Se argumenta que encontrándose el recurrente en territorio español, en la Ciudad de Melilla, nada impedía trasladar su domicilio dentro del Estado Español, en concreto, a la Ciudad de Almería, con la obligación de comunicar dicho cambio de domicilio. A la vista de esa conclusión, se considera que el argumento que se utiliza en la resolución administrativa denegatoria con base al Acta de Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen en relación con los requisitos que se requiere para el traslado del su domicilio de Melilla y Ceuta a la Península, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento UE 2016/399, del Parlamento y del Consejo de 9 de marzo de 2016; no puede justificar la denegación porque, se razona, " *el control que pueden y deben realizar las autoridades competentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el Acta Final del repetido Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen, a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones previstas en el repetido artículo 6 del Reglamento Comunitario, se refiere a controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas que tengan como único destino otro punto del territorio español; lo que implica que no exista impedimento alguno para el ahora recurrente dado que, cuando puso de manifiesto su intención de cambiar de domicilio, trasladándose a la Península, estaba debidamente documentado.*

"Por otra parte, aunque con igual relevancia que lo anterior, entiende la Sala que no resulta aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, invocado en la Resolución denegatoria confirmada luego en alzada. Y no lo es porque, repasando su tenor literal (<<La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales... >>), es claro que el supuesto de hecho exigible para su aplicación no se da en este caso ya que, aun de modo transitorio hasta la decisión sobre su solicitud de asilo, el recurrente estaba ya en territorio español (Ceuta –aquí Melilla– indiscutiblemente lo es). Difícilmente puede, pues, aceptarse que tuviera en este caso la Comisaría General citada facultades para autorizar, o denegar, la entrada del actor en España por los motivos expuestos en el repetido artículo reglamentario, si no es a través de un inasumible argumento en el que el término <<España>> -contenido en el precepto normativo en cuestión- se identifique con el de <<territorio peninsular>>; restricción que la Sala rechaza de plano, por lo expuesto."

A la vista de la fundamentación y decisión de la Sala territorial se interpone el recurso de casación por la Abogacía del Estado, que fue admitido por Auto de la Sección de Admisión de esta Sala Tercera, como ya se dijo, en el que se delimita como cuestión que suscita interés casacional objetivo " *determinar si el solicitante de asilo, presentada su solicitud, tiene derecho a cambiar su domicilio en España y, por tanto, desde Melilla a la Península, si bien sometido a la obligación de comunicar el cambio de domicilio que se produzca en él.*" A esos efectos se considera que, sin perjuicio de otras que se consideren procedentes, las normas que deben ser objeto de interpretación son los artículos 18.1º de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria y el 36 del Reglamento (CE) 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 y el Apartado III, número 1, del Acta final del Acuerdo Schenguen de 14 de junio de 1985, ratificado por el Reino de España por instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993.

Dado traslado a la parte recurrente para la interposición, se aduce por la Abogacía del Estado que los efectos de la admisión de la petición de asilo y apertura del correspondiente procedimiento se regulan en el mencionado artículo 18 de la Ley de Asilo, en el que no se incluye el derecho a la libertad de circulación por el territorio nacional ni puede concluirse de la obligación a ser documentado o de la obligación de comunicar los cambios de domicilio. Se aduce también al respecto y por lo que al caso de autos se refiere, que las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla gozan de un estatus especial en el mencionado Reglamento comunitario 562/2006, de 15 de marzo, como se concluye de su artículo 36, a cuyo tenor, se razona, el estado Español puede realizar controles de documentación en el tránsito de personas entre las Ciudades Autónomas y cualquier otro punto del territorio español. En ese sentido y en aplicación del mencionado Reglamento, el propio Tribunal de Justicia de la Unión ha declarado la procedencia de esa restricción de movimiento a quien, como sucede en el caso de autos, se encuentra aún pendiente de la decisión sobre la concesión del asilo o de protección internacional; se considera que esa prohibición de traslado a la Península desde las Ciudades Autónomas viene amparada por lo establecido en los artículo 5.4º del mencionado Reglamento y artículo 4.2º del Reglamento de la Ley de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Tampoco es admisible, a juicio de la parte recurrente, un pretendido derecho fundamental del solicitante de asilo a la libertad de circulación, que es un derecho que se reconoce a los españoles quedando restringido para los extranjeros a lo que se disponga en las leyes. De todo ello se concluye que debe interpretarse la cuestión que suscita interés casacional en el sentido contrario a lo interpretado por la Sala de instancia y el recurso debe ser estimado, casando la sentencia

recurrida y dictando otra en sustitución en la que se desestime el recurso contencioso-administrativo y se confirme la resolución originariamente impugnada.

Ha comparecido en el recurso y se opone a su estimación, el originario recurrente, que considera aplicable a los solicitantes del derecho de asilo los derechos fundamentales de libre elección de residencia y circulación por todo el territorio nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Extranjería y artículo 13.2º de su Reglamento, todo ello de acuerdo con lo establecido en los artículos 13.1º y 10.2º, en relación con el 19, de la Constitución. Conforme a los mencionados preceptos, el hecho de que el originario recurrente hubiera solicitado el asilo, siendo admitida a trámite su solicitud con entrega de la documentación personal que acreditaba dichas circunstancias y la autorización de permanencia en España durante dicha tramitación, de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Asilo y 13.2º del Real Decreto sobre Asilo (203/1995), solicitando poder trasladarse a Almería, con presentación del pasaje y su documentación personal, le fue denegado dicho viaje en virtud de la normativa comunitaria antes mencionada, normativa que se considera aplicada incorrectamente por ser ya de aplicación el Código de Fronteras Schengen, aprobado por el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, conforme al cual procede reconocer el derecho del recurrente a la libre elección de residencia mientras se tramita el procedimiento de asilo y el derecho a trasladar su residencia a Almería, de donde se termina concluyendo en la procedencia de estimar el recurso de casación y fijar como doctrina la del reconocimiento del derecho mencionado.

SEGUNDO. Examen de la cuestión que suscita interés casacional objetivo. El derecho de libertad de residencia de los solicitantes de asilo.

Para proceder al examen del debate que se suscita en este recurso de casación no está de más hacer una aclaración previa porque de los términos en que se ha suscitado el debate en la instancia, los fundamentos de la sentencia y, en especial, la motivación del recurso de casación y su admisión, obliga a interpretar la cuestión delimitada como de interés casacional objetivo en una doble faceta; en primer lugar, si los solicitantes de asilo y protección internacional, una vez admitida a trámite la solicitud y en tanto se dicte la resolución, son titulares del derecho fundamental de libertad de residencia y movimiento dentro de todo el territorio del estado Español; en segundo lugar y caso de haber concluido que son titulares de ese derecho, si en el caso de que se hubiese solicitado la protección en algunas de las Ciudades Autónomas, existe la especialidad de que, en tales supuestos, están restringidos esos derechos de tal forma que no pueden trasladar su residencia ni desplazarse a la Península e incluso a ningún otro lugar del territorio del Estado.

Pasando a examinar en primer lugar la titularidad de los derechos de los extranjeros solicitantes de la protección internacional en tanto se tramita el procedimiento, que es lo que se niega en primer lugar por la defensa de la Administración en el recurso de casación, es necesario comenzar por reconocer que tales personas tienen, con sus peculiaridades, la condición de extranjero y le es aplicable la normativa en materia de extranjería. Así permite concluirlo el artículo 1 de la Ley Orgánica de Extranjería, en relación con el artículo 2, que se refiere a las exclusiones de aplicación, de donde cabe concluir esa condición de los solicitantes de asilo a los que, presentada su solicitud, como veremos, no pueden ser objeto de expulsión.

Pues bien, de esa premisa surge ya una importante consecuencia a los efectos del debate aquí delimitado. En efecto, si los solicitantes de la protección internacional tienen, durante la tramitación del procedimiento la condición de extranjeros –una vez concedida la protección quedan asimilados a todos los efectos–, es indudable que le son aplicables los artículos 13 y 19 de la Constitución, referidos a la aplicación de los derechos fundamentales a tales personas y a la libertad ambulatoria y fijación de residencia.

Conforme al artículo 13 "(L)los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley... La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España." Hay ya en el precepto una afirmación de la aplicación de los derechos fundamentales a los solicitantes de asilo, en el bien entendido de que por tratarse de un reconocimiento de configuración legal, será necesario examinar la normativa reguladora del Asilo y protección internacional para determinar si en la misma existe limitación alguna de tales derechos, que es lo que sostiene la Abogacía del Estado en el recurso de casación. Porque si la asimilación al régimen de los extranjeros, en tanto se resuelve el procedimiento, fuera absoluta, el reconocimiento de ese derecho de libertad deambulatoria que se reconoce como derecho fundamental en el antes mencionado artículo 19, no puede ponerse en duda, por la aplicación del artículo 5 de la Ley Orgánica de Extranjería.

Ahora bien, conforme a lo ya establecido en el mencionado artículo 13 de la Norma Fundamental, si ese reconocimiento de derechos fundamentales a los solicitantes de asilo durante la tramitación del procedimiento

está condicionado a lo que se disponga en las leyes, hemos de reconocer que en ningún precepto de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, existe precepto alguno que permita establecer esa limitación de derechos fundamentales, a los efectos del debate, de los derechos a la libre fijación de residencia y circulación por todo el territorio nacional, sino todo lo contrario; en contra del criterio que se sostiene en el escrito de interposición del presente recurso de casación. Y así, de la regulación contenida en dicha Ley ha de concluirse que la mera petición de Asilo o protección internacional genera ya un elenco de derechos para el solicitante, en tanto se resuelva su solicitud, que salvo supuestos excepcionales no puede rechazarse a limine dicha iniciación del procedimiento, si bien puede sujetarse a un procedimiento de urgencia regulado en el artículo 25 de dicha Ley.

Conforme a lo que se viene razonando debemos tener en cuenta que la mera presentación de la petición de protección internacional comporta para el solicitante el importante derecho de que *"no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida"*, es decir, deberá permanecer en España y sometida, con sus especialidades, al régimen de los extranjeros.

Pero es que esa mera presentación de la solicitud confiere al interesado una serie de derechos que se reconocen en el artículo 18 de la Ley de Asilo, entre los que no se hace mención expresa al derecho de libre fijación de residencia y de circulación por el territorio nacional, como se pone de relieve con excesivo énfasis en el escrito de interposición del recurso, pero ello no puede suponer que el precepto tiene carácter taxativo, porque es indudable que hay derecho, desde luego gran parte de los derechos fundamentales, que aunque no se mencionen en el precepto no pueden serles negados a tales solicitantes, sin duda porque la normativa de extranjería sirve para completarlo.

Debe señalarse al respecto lo que se declara en el artículo 30 de la Ley de Asilo cuando declara que a los solicitantes de asilo *"siempre que carezcan de recursos económicos ("se proporcionará"), los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad, sin perjuicio, en tanto que extranjeros, de lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su normativa de desarrollo."*

Ahora bien, como se razona en la sentencia de instancia, el mismo artículo 18 da pautas para aceptar la titularidad de la libertad ambulatoria cuando al referirse en su párrafo segundo a las obligaciones de estas personas solicitantes de amparo y durante la tramitación del procedimiento, establece como una de ellas la de *"informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él"* (párrafo d). Los términos del precepto adquieren especial relevancia a los efectos del debate, en primer lugar, porque si la obligación del extranjero que ha solicitado la protección internacional es la de "informar" a las autoridades españolas sobre la fijación del domicilio, deberá entenderse que ya de entrada dicho solicitante puede elegir el domicilio y esa elección no hay motivos, como después se verá, para estimar que deba ser en la ciudad en que se presente la solicitud; porque el solicitante ostenta la libertad de movimiento, salvo el supuesto irregular del artículo 22 de la Ley de Asilo, estos es una vez que se haya dictado resolución denegatoria de la protección y se solicitase el reexamen o se interpusiera recurso de reposición.

Pero, en segundo lugar, de los términos literales del referido artículo 18.2º.d) y por un criterio lógico ha de concluirse que si el solicitante de asilo mientras dure el procedimiento asume la obligación de comunicar los cambios de domicilio solo puede ser porque tiene ese derecho de cambiar el lugar de su residencia que, insistimos, es de su elección en un primer momento y el mismo precepto obliga a interpretar que puede cambiarlo.

Pero no terminan en el mencionado precepto los argumentos en favor de la titularidad del derecho cuestionado, de por sí suficiente a juicio de este Tribunal. En efecto, a lo largo de su articulado, el Legislador confiere al solicitante de asilo, es decir, durante la tramitación del procedimiento, de un elenco de derechos fuera del artículo 18 que ponen de manifiesto, porque le son imprescindibles, el disfrute del mencionado derecho de libertad deambulatoria y libertad de fijación de su residencia en todo el territorio nacional. Así, en el artículo 33.1º.a) al regular la prestación de los servicios, ayudas y servicios de acogida, si se asigna al solicitante de un lugar de residencia por razones obvias de efectividad de la prestación que comporta, si se abandona ese lugar sin comunicación previa a la Administración o en contra de la denegación, la pérdida de dichas prestaciones es en modo alguno del derecho de libertad de residencia, sino la pérdida del disfrute de dichas prestaciones, en palabras del precepto *"reducir o retirar alguno o la totalidad de los servicios de acogida"*. Y en ese mismo sentido, cuando los artículos 31 y 32 de la Ley permiten al solicitante del asilo a mantener la unidad familiar o para trabajar, carecería de sentido limitarlo a una determinada ciudad, que es lo que se pretende por la Administración con la interpretación que se sostiene en el recurso de casación.

Y aun sería de añadir a las razones expuestas, la necesidad e interpretar las normas conforme a la efectividad de los derechos fundamentales de tal forma que si lo que se sostiene en el recurso es que la Ley no

reconoce expresamente dicho derecho, criterio que este Tribunal no comparte como se ha razonado, la interpretación no puede ser la denegación del derecho, sin perjuicio de que se trate de un derecho de configuración legal. Conforme tiene declarado el Tribunal Constitucional " *los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido*" (sentencia 17/2013, de 26 de febrero; ECLI:ES:TC:2013:17) y en el caso de autos ni se invoca ni existen intereses relevantes que justificarían tal limitación de derecho fundamentales

De lo expuesto ha de concluirse que el solicitante de asilo ostenta el derecho fundamental de la libertad de circulación por todo el territorio del estado español y de poder fijar libremente su residencia en todo el territorio nacional, si bien con la obligación de comunicarlo a la Administración.

TERCERO. El derecho de libertad de residencia de los solicitantes de asilo en las ciudades autónomas. El Código de Fronteras Schengen.

No están resueltas todas las cuestiones que se suscitan en este recurso de casación porque, como ya se dijo antes, en el escrito de interposición del recurso se cuestiona que, aun admitiendo, como admitimos, que los solicitantes de asilo, en tanto se tramita el procedimiento, son titulares de los derechos de libre circulación y fijación de residencia en todo el territorio nacional, ese derecho está excluido de los que presentasen su solicitud en las Ciudades Autónomas. Para fundar esa exclusión del derecho fundamental, es importante resaltarlo, se argumenta que en tales supuestos existe un régimen especial que se regula, a juicio de la parte recurrente, en el artículo 36 del Reglamento (CE) 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Se argumenta que la remisión que se hace en dicho precepto al Acta final del Acuerdo mencionado confiere a la Administración a exigir el control de identidad y de documentos y, en consecuencia, denegar a todos los solicitantes de asilo la posibilidad de trasladar su residencia desde las mencionadas Ciudades Autónomas a cualquier otro punto del Estado Español, no solo de la Península.

Este Tribunal no puede compartir esos argumentos que no desvirtúan la decisión de la Sala de instancia, que debe ser confirmada. En efecto, ya de entrada es necesario recordar que el mencionado Código de Fronteras Schengen de 2006 fue sustituido, y derogado, por el nuevo Reglamento de Fronteras Schengen, aprobado por el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras. Bien es cierto que el artículo 36 del anterior Reglamento se reproduce en el artículo 41 del de 2016.

Dispone el mencionado artículo 41, como hacía el invocado con la rectificación señala, que se incluye en el Título IV del Reglamento, referido a " *Disposiciones Adicionales*", lo siguiente:

"Artículo 41. Ceuta y Melilla. Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán al régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla, tal como se define en la Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, que figura en el Acta final del Acuerdo sobre la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985."

De los términos del precepto no cabe concluir, como se pretende por la parte recurrente, que el mencionado Reglamento de Fronteras Schengen no es aplicable en España para las Ciudades Autónomas, sino que su aplicación deberá realizarse de acuerdo a lo pactado en el mencionado Acuerdo de Adhesión. Es decir, no se dispone en el precepto que no se aplique el Convenio y, consecuentemente que se impongan fronteras entre las Ciudades Autónomas y el resto del Estado, sino tan solo que tendrán un régimen especial.

En el sentido expuesto, no está de más señalar que la argumentación que se hace en el escrito de interposición sobre la aplicación del precepto no está tanto referida a los solicitantes de protección internacional durante la tramitación del procedimiento, sino para todo extranjero, lo que equivaldría, en el razonar de la defensa de la Administración, que todo ciudadano extranjero que se encuentre en las Ciudades Autónomas se somete a la pretendida exclusión del Reglamento, lo cual, debe anticiparse, ni es admisible ni se llega a sostener en la interposición del recurso puesto que no se agota el razonamiento. Es decir, si ese precepto impone especialidad para los extranjeros en las Ciudades Autónomas, lo es para todos ellos, no solo para quienes se encuentran pendiente de resolverse el asilo porque ninguna referencia específica se hace ni en la norma comunitaria ni en ninguna otra disposición de cualquier ámbito.

Pero es que si acudimos a la mencionada Acta de Adhesión (Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en

Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991), el argumento no puede sostenerse, como acertadamente estimó el Tribunal de instancia. En efecto, la remisión ha de entenderse realizada al punto III de la mencionada Acta, conforme a la cual:

"III. Las Partes contratantes toman nota de las siguientes declaraciones del Reino de España:

"1. Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla;

"a) Seguirán aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros procedentes de las ciudades de Ceuta y Melilla previos a su introducción en el territorio aduanero de la Comunidad Económica Europea, de conformidad con lo previsto en el protocolo número 2 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas.

"b) Continuará igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador.

"c) A los nacionales marroquíes no residentes en las provincias de Tetuán y Nador y que deseen entrar exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla, se les seguirá aplicando un régimen de exigencia de visado. La validez de este visado será limitado a las dos ciudades citadas, y permitirá múltiples entradas y salidas ("visado limitado múltiple"), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.3 y 11.1 a) del Convenio de 1990.

"d) En la aplicación de este régimen serán tenidos en cuenta los intereses de las otras Partes contratantes.

"e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español.

"A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio."

Como puede comprobarse, en efecto, el párrafo e) del apartado primero hace referencia a los controles de identidad y de documentos, en cuya exigencia se funda la interpretación que se suplica por la Abogacía del Estado para el supuesto de autos e, insistimos, para todo cambio de residencia de extranjeros. Y es precisamente en ese precepto en el que se funda el recurso para sostener la interpretación que se suplica. No es esa la interpretación correcta a la vista de los propios términos del precepto, primer criterio interpretativo que se impone en el artículo 3 del Código Civil.

En efecto, como puede constatarse con la simple lectura del precepto, se pone de manifiesto que con la adhesión de España al Convenio Schengen se mantienen los controles que ya tenía establecidos España ("seguirán aplicándose") respecto de las mercancías y viajeros procedentes de las Ciudades Autónomas. Pero el precepto también mantiene el específico régimen de entrada de ciudadanos marroquíes en las Ciudades Autónomas, en el sentido de que los residentes en las provincias marroquíes de Tetuán y Nador, podrían realizar múltiples entradas y salidas sin necesidad de visado a las mencionadas Ciudades españolas; pero para los restantes ciudadanos del Reino de Marruecos, la entrada en las mencionadas Ciudades españolas podrá realizarse con el denominado "visado limitado múltiple", conforme al cual y solo para las dos Ciudades Autónomas, a los ciudadanos marroquíes se les permiten múltiples entradas y salidas a dichas ciudades.

Es precisamente a esas exenciones o limitaciones de ese visado múltiple para tales ciudadanos marroquíes a los que se refiere el párrafo e) al imponer ese control de identidad y documentos, cuando precisamente esos concretos ciudadanos de un tercer Estado (ciudadanos marroquíes), pretendan trasladarse a "otro punto del territorio nacional". Solo con relación a esos concretos ciudadanos extranjeros exentos del visado tiene sentido la exigencia, porque desvinculado de ellos no se llega a comprender que las fronteras de Ceuta y Melilla no sean fronteras exteriores de la Unión, con esa especialidad de los marroquíes de las dos provincias del Reino de Marruecos a que se hace expresa referencia.

Porque debe tenerse en cuenta que el mencionado Protocolo número 2 del Acta de Adhesión (BOE de 1 de enero de 1986) al que hace referencia el precepto, está referido sustancialmente a mercancías, con escasa incidencia en relación a viajeros y, desde luego, sin norma específica para el supuesto que aquí interesa.

Más relevante es para el debate de autos la remisión que se hace en la mencionada norma de Adhesión de España al Convenio Schengen al Convenio de 1990 relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros de las comunidades europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990, que fue ratificado por España de 27 de marzo de 1995 (BOE de 1 de agosto

de 1997) a cuyo artículo 5 se vinculan los referidos controles de identidad y de documentos, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado e) antes transcrito. Pues bien, dicho precepto del mencionado Convenio tan solo se refiere a la determinación del Estado encargado para la tramitación del asilo, en modo alguno limita ni habilita una potestad incondicionada de exigir, en todo caso, tales controles a todo extranjero que quiera trasladar su residencia de las Ciudades Autónomas a cualquier otro punto del territorio nacional, tan siquiera a los que estén pendientes de resolverse una petición de asilo, sino que, insistimos, solo tiene sentido para los ciudadanos del Reino de Marruecos que hubieran entrado en las Ciudades autónomas con tan laxos controles fronterizos, por razones que no son del caso, para los que si adquiere relevancia esos ulteriores controles de identidad y de documentos cuando pretendan hacer ese cambio de residencia o ejercer el derecho de libre circulación por el territorio nacional diferente de las mencionadas ciudades.

Cabe concluir de lo expuesto que, conforme a la normativa invocada y antes examinada, debe mantenerse el criterio de la Sala de instancia y considerar que todo ciudadano extranjero que haya solicitado una protección internacional o asilo en las Ciudades Autónoma tiene derecho a la libertad de movimiento y fijar su residencia en cualquier otra ciudad del territorio nacional, sin que pueda limitarse dicho derecho por la Administración por su condición de solicitante de la protección internacional y siempre con la obligación del solicitante de comunicar a la Administración dicho cambio de domicilio.

Las anteriores razones obligan, sin necesidad de mayores argumentos, a la desestimación del recurso de casación, porque el supuesto enjuiciado por la Sala de instancia no ofrece especialidad alguna a la que no debiera aplicarse la anterior interpretación, como ya ha declarado, acertadamente, la Sala de Madrid.

CUARTO. Costas procesales.-

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. Que la respuesta a las cuestiones que suscitan interés casacional objetivo en el presente recurso de casación 1953/2019 son las que se expresan en los dos últimos párrafos de los fundamentos segundo y tercero de esta sentencia.

Segundo. No ha lugar al presente recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia 19/2019, de 17 de enero, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el recurso 564/2018.

Tercero. No procede hacer expresa condena de las costas de este recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Rafael Fernández Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Wenceslao Francisco Olea Godoy Inés Huerta Garicano

Francisco Javier Borrego Borrego Ángeles Huet de Sande

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.