



Roj: **STS 235/2016 - ECLI:ES:TS:2016:235**

Id Cendoj: **28079130032016100027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **01/02/2016**

Nº de Recurso: **2134/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1178/2015,**
STS 235/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el presente recurso de casación con el número 2134/2015 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Juan Manuel Caloto Carpintero y de Don Julián bajo la dirección Letrada de Don Alfonso Carbonell Tortosa contra sentencia de fecha 27 de marzo de 2015 dictada en el recurso 435/2013 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida el ABOGADO DEL ESTADO en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"FALLAMOS.-

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de don Julián contra la Resolución del Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro, de 19 de junio de 2013, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

TERCERO.- Las costas se imponen a la parte recurrente".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Don Julián, presentó escrito ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el representante legal de Julián interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2015 (rec. 435/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por el hoy recurrente contra la resolución del Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro, de 19 de junio de 2013 que le denegó su solicitud de asilo y la protección subsidiaria.

El recurso se funda en los motivos de casación que pueden sintetizarse en:

1º El primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 C.E en relación con el artículo 319 de la LEC referido a la fuerza



probatoria de los documentos y la infracción de los artículos 53.1 de la Ley 30/1992 y 24.2 de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y el art. 3.1 del Real Decreto 1465/1999 .

Considera que no consta en el expediente administrativo ni se aportó en fase probatoria del proceso judicial la resolución administrativa original de 19 de junio de 2013 dictada y firmada por el Ministro del Interior o por el Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro. Tan solo consta la notificación de esa supuesta resolución, firmada por el Director de la Oficina de Asilo y Refugio, pese a que se volvió a solicitar de la Administración la resolución del original de dicha resolución en periodo de prueba en el proceso judicial de instancia, se volvió a mandar la notificación. Alega, en consecuencia, que no existe constancia de la resolución administrativa dictada por órgano competente ni de que se les elevara la propuesta por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, por lo que entiende procede declarar su nulidad de conformidad con el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 .

2º El segundo motivo, formulado al amparo del artículo 88.1. d) de la LJ , por infracción de los artículos 2 , 3 y 7.1 de la Ley 12/2009 y de la jurisprudencia del tribunal Supremo que sostiene que para la concesión de asilo basta con que existan "indicios suficientes" de persecución.

La sentencia impugnada considera que no resulta acredita una persecución concreta y determinada contra su persona y que la persecución descrita en su solicitud de asilo no puede encuadrarse en ninguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra. El recurrente alega en casación que tanto él como su familia han sido objeto de varios hechos violentos que pueden encuadrarse como una persecución por su pertenencia a un "grupo social", definido por ser empresarios y propietarios de varios negocios en Karachi, y son amenazados por varios grupos mafiosos (grupo de pistoleros denominado Baloch) que tenían intención de arrebatárles sus propiedades. Y considera acreditada la persecución alegada por las denunciante presentadas ante la policía en el año 2008 que aportó en vía administrativa y las noticias relacionadas con la violencia y los asesinatos en Karachi que corroboran la verosimilitud de la persecución que invoca.

3º El tercer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 4 y 37.b) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria, por entender que resulta procedente su permanencia en España por razones humanitarias por existir en su país de origen una "seria conmoción social".

En este motivo se alegan la infracción de los artículos 4 y 10.c) de la Ley 12 /2009 referidos a la protección subsidiaria y el art. 37.b) de dicha norma referido a la permanencia por razones humanitarias.

Discrepa de la conclusión alcanzada por la sentencia impugnada respecto a la inexistencia de razones humanitarias que justifiquen la permanencia del recurrente en España por entender que en la ciudad pakistaní de Karachi se vive una situación de violencia indiscriminada motivada por conflictos internos donde los civiles y las fuerzas de orden pública son asesinados como acredita con los documentos aportados con la demanda y los enlaces a páginas web de internet relacionadas con la situación de violencia extrema.

Y suplicando a la Sala: "[...] dicte en su día Sentencia por la que case y anule la de la Sala de Instancia y, en su consecuencia, anule igualmente la Resolución del Ministerio del Interior, de 19 de junio de 2013, reconociendo el derecho que asiste al recurrente para que le sea concedido el derecho de asilo y la condición de refugiado o, al menos, una autorización de residencia por razones humanitarias".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "[...] dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso y se impongan las costas al recurrente".

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 12 de enero de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

SEXTO.- Deliberado que fue el recurso en el día señalado, el Magistrado designado Ponente discrepó del parecer de la mayoría, por cuya razón expresó su voluntad de emitir voto particular, procediendo el Magistrado Presidente de la Sección, a designar nuevo ponente a la Excm. Sra. Doña Maria Isabel Perello Domenech, quien expresa el parecer de la Sala. La deliberación del recurso concluyó el día 19 de Enero de 2016.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO . El presente recurso de casación se interpone por el representante legal de Julián contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2015 (rec. 435/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por el hoy recurrente contra la resolución del Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro, de 19 de junio de 2013 que le denegó su solicitud de asilo y la protección subsidiaria.

El recurrente de nacionalidad pakistaní (nacido en Karachi el NUM000 de 1988) presentó solicitud de asilo en Sevilla argumentando temores fundado de sufrir persecución en caso de tener que regresar a su país de origen por grupos mafiosos (grupo de pistoleros denominado "Baloch") que tenían intención de arrebatarle sus propiedades.

SEGUNDO . El primer motivo de casación afirma que la Sala de instancia debió **estimar** la nulidad de pleno derecho de la resolución denegatoria de asilo y de protección subsidiaria al no constar la existencia de la resolución denegatoria firmada por la Autoridad competente, toda vez que en el expediente no figura más que una notificación o "traslado" de tal resolución y cuando la parte solicitó como prueba en la instancia su aportación se volvió a remitir la misma copia que ya se encontraba en el expediente. En consecuencia, considera que no existe constancia de la resolución administrativa dictada por órgano competente ni de que se elevara la propuesta por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, por lo que entiende procede declarar su nulidad de conformidad con el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 .

La sentencia recurrida por lo que respecta a la alegada inexistencia de resolución administrativa, consideró que la resolución administrativa se había dictado por el Ministro del Interior, actuando por delegación de este el Subsecretario del Interior, tal y como se expresa en la resolución impugnada, con independencia de que la notificación la realice el Subdirector General de Asilo.

Es cierto, tal y como afirma el recurrente, que en el expediente no obra el original de la resolución administrativa dictada por el Ministro del Interior o por el Subsecretario por delegación de este. Ahora bien, consta una resolución firmada por el Subdirector General de Asilo en la que se transcribe el texto de la resolución denegatoria del asilo en cuyo pie figura la autoridad que la ha dictado (el Subsecretario por delegación del Ministro) y la fecha de la misma. Así mismo se encuentra en el expediente una certificación del Secretario de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio en la que se afirma la existencia del Acta de la Reunión de la Comisión Interministerial celebrada el 26 de abril de 2013 emitiendo una propuesta desfavorable al reconocimiento de la condición de refugiado del recurrente añadiendo al final de dicha certificación que dicha propuesta desfavorable fue "resuelta en este mismo sentido por el Ministro del Interior con fecha 19 de junio de 2013". Es por ello que se considera acreditada la existencia de la resolución denegatoria, el texto de la misma, el órgano que la dictó y su fecha.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en anteriores sentencias, sobre una alegación similar a la que ahora nos ocupa. Así en la STS de 7 de junio de 2011 (RC 6166/2009) reproduciendo el parecer de otras muchas, se afirmó que "[...] partiendo de la presunción de legalidad de la actuación administrativa, si una comunicación dirigida por un funcionario en el ejercicio de su cargo deja expresa, clara y precisa constancia de la efectiva realización de un trámite o de la efectiva adopción de una resolución, aportando datos identificativos suficientes al respecto, ha de considerarse que esa indicación es correcta y responde a la verdad de los hechos, siendo en tal caso carga de la parte recurrente desvirtuarla mediante el referido trámite del artículo 55 de la Ley de la Jurisdicción o, en su caso, en el curso del periodo probatorio.[...] Empero, nada de eso hizo el recurrente, por lo que ha de tenerse por cierta la realidad de lo que se expresa en la tan citada comunicación de la Subdirección General de Asilo y Refugio, y al declararlo así la Sala de instancia no incurrió en ninguna infracción del Ordenamiento Jurídico."

En fin, figura en el expediente la resolución del Director General de Asilo que transcribe de forma literal e íntegra la decisión denegatoria adoptada por el Ministro del Interior a la que se refiere la certificación del Secretario de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Se constata también que la parte recurrente tuvo puntual y exacto conocimiento de la existencia de dicha resolución, del texto íntegro de la misma y de la autoridad que la dictó. Y pudo también articular su impugnación con pleno conocimiento de los fundamentos jurídicos que determinan el rechazo de la solicitud de asilo, razón por lo que no puede sostenerse como pretende el recurrente que dicha resolución no existe o que ha sido dictada por órgano incompetente. La resolución se adopta por el Ministro del Interior -órgano competente- y culmina el expediente tramitado a raíz de la solicitud de asilo promovida por el recurrente, como se desprende de la transcripción oficial y literal que de la misma realiza la Dirección General de Asilo , sin que existan ni se aporten razones objetivas suficientes para dudar de la validez y fehaciencia de la comunicación realizada por el Ministerio del Interior .El motivo ha de ser desestimado.



TERCERO . El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 2 , 3 y 7.1 de la Ley **12/2009** y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que para la concesión de asilo basta con que existan "indicios suficientes" de persecución.

El recurrente alega que tanto él como su familia han sido objeto de varios hechos violentos que pueden encuadrarse como una persecución por su pertenencia a un "grupo social", definido por ser empresarios y propietarios de varios negocios en Karachi, siendo amenazados por varios grupos mafiosos (grupo de pistoleros denominado Baloch) que tenían intención de arrebatarles sus propiedades. Y considera acreditada la persecución alegada por las denuncias presentadas ante la policía en el año 2008 que aportó en vía administrativa y las noticias relacionadas con la violencia y los asesinatos en Karachi que corroboran la verosimilitud de la persecución que invoca.

La sentencia impugnada considera que no resulta acredita una persecución concreta y determinada contra su persona y, por otra parte, que la persecución descrita en su solicitud de asilo no puede encuadrarse en ninguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra.

Las supuestas amenazas sufridas por una persona y sus familiares por un grupo de delincuentes comunes que pretenden extorsionarle por razones económicas, al margen de la mayor o menor credibilidad de su relato, no se integra en ninguno los presupuestos legitimadores del reconocimiento de la condición de refugiado en la Ley de Asilo o en la Convención de Ginebra, pues la condición de refugiado, según dispone el art. 3 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre , se reconoce a aquellas personas que tiene fundados temores de ser perseguida por "motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un grupo social, de genero u orientación sexual" y no puede acogerse a la protección del país del que es nacional.

Tampoco la pertenencia a una clase social económicamente acomodada en su país de origen puede considerarse como integrante de un grupo social en los términos previstos en el artículo 7.1.e) de la Ley de Asilo .

Y finalmente la pretendida persecución por grupos mafiosos o de delincuencia organizada tampoco puede considerarse un agente perseguidor comprendido en el art. 13.c) de la Ley de Asilo , pues para ello sería preciso demostrar -y no lo ha hecho- que el Estado no puede o no quiere proporcionar una protección efectiva contra este tipo de organizaciones criminales, pues no basta a tal efecto con presentar recortes de prensa referidos a la inseguridad en su país de procedencia. Es cierto que en algunos países puede existir grupos organizados de naturaleza mafiosa o criminal, pero la existencia de esta forma de delincuencia e incluso la inseguridad que ello puede generar en los ciudadanos no es susceptible de ser remediada a través del asilo, cuya razón de ser descansa en la protección que ha de dispensarse a quienes sufren persecución por alguna de las causas previas en los Convenios internacionales y en la legislación española, entre las que no se encuentran los delitos cometidos por grupos criminales de delincuencia común.

Por ello, aun admitiendo la veracidad de las agresiones alegadas, esos hechos de naturaleza criminal no habrían sido llevado a cabo por las autoridades del país de origen del solicitante, ni por terceros con el consentimiento o la anuencia de aquéllas, ni se habría realizado como consecuencia de que dichas autoridades no hubiesen querido ni podido dispensar protección al recurrente, por lo que de ningún modo puede hablarse en el supuesto examinado de persecución y de agente perseguidor en los términos exigidos por la normativa de asilo, conclusión que resulta coherente con la establecida en la STS de 23 de julio de 2014 (recurso nº 2899/2013).El motivo ha de ser desestimado.

CUARTO .-El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 4 y 37.b) de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria, por entender que resulta procedente su permanencia en España por razones humanitarias por existir en su país de origen una "seria conmoción social".

En este motivo se alegan la infracción de los artículos 4 y 10.c) de la Ley 12 /2009 referidos a la protección subsidiaria y el art. 37.b) de dicha norma referido a la permanencia por razones humanitarias.

Discrepa de la conclusión alcanzada por la sentencia impugnada respecto a la inexistencia de razones humanitarias que justifiquen la permanencia del recurrente en España por entender que en la ciudad pakistani de Karachi se vive una situación de violencia indiscriminada motivada por conflictos internos donde los civiles y las fuerzas de orden pública son asesinados, como acredita con los documentos aportados con la demanda y los enlaces a páginas web de internet relacionadas con la situación de violencia extrema.

En este motivo se mezclan alegaciones referidas a la protección subsidiaria y a la permanencia en España por razones humanitarias.

La alegación referida a una situación de violencia en Karachi (Pakistán) por parte de grupos de delincuentes la intenta demostrar mediante la aportación de varias denuncias presentadas ante la policía y de recortes de



prensa y noticias aparecidas en páginas web en las que se afirma la confrontación de bandas de delincuentes, con la muerte de varios de ellos (en concreto varios miembros del grupo "Uzair Baloch" por el que se siente perseguido) o noticias sobre muertes violentas en distintos puntos del país y especialmente en algunos barrios. Pero la existencia de enfrentamientos entre bandas rivales de delincuentes y la situación de violencia que ello conlleva o las muertes y asesinatos de varias personas no puede considerarse una situación de "violencia indiscriminada en situación de conflicto internacional o interno" a la que se refiere el art.10.c) de la Ley de Asilo para justificar la protección subsidiaria, pues ni existe una violencia indiscriminada ni esta se enmarca en una situación de un conflicto interno que esté fuera de control de las autoridades, pues en esas mismas noticias consta la intervención de las fuerzas del orden en las áreas afectadas para ponerlas bajo control.

Finalmente no se invocan concretas razones humanitarias para justificar su permanencia en nuestro país.

QUINTO . Por las razones expuestas el recurso de casación debe ser desestimado. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente. Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del citado artículo 139, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la parte recurrida en su oposición al recurso procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de mil euros (1.000 €) por todos los conceptos.

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Julián contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2015 (rec. 435/2013), confirmando la sentencia recurrida, con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **TRIBUNAL SUPREMO** Sala de lo Contencioso- Administrativo _____

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:01/02/2016

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Pedro Jose Yague Gil y D. Eduardo Calvo Rojas.

Los firmantes de este voto particular discrepamos del parecer de la mayoría en lo que se refiere a la solución alcanzada respecto del primer motivo de casación, pues, a nuestro juicio, debería haberse estimado este motivo y consecuentemente haberse casado la sentencia declarando la inexistencia de una resolución administrativa expresa dictada por órgano competente que denegase el asilo con las consecuencias que más adelante expondremos. Y ello por las siguientes razones:

La competencia para dictar resoluciones referidas a las solicitudes de asilo corresponde al Ministro del Interior, tal y como dispone el art. 24.2 de la Ley **12/2009** de 30 de octubre , si bien, conforme al art. 13.1 de la Ley 30/1992 , cabe la delegación de competencias, que en este caso se podría haber realizado en favor del Subsecretario de Interior, en virtud de lo establecido en el punto 1.14 del apartado tercero de la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, tras la redacción dada por la Orden INT/3162/2009, de 25 de noviembre.

En el expediente consta una comunicación, de fecha 24 de junio de 2013, firmada por el "Subdirector General de Asilo. Director de la Oficina de Asilo y Refugio P.A" en la que se transcribe el texto de una resolución que se dice allí dictada por el Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro, el 19 de junio de 2013.

Lo cierto es que ni el expediente administrativo ni a lo largo del proceso judicial se aportó la resolución de 19 de junio de 2013 firmada ni por el Ministro ni por el Subsecretario de Interior por delegación del primero. Y ello pese a que el recurrente desde un primer momento instó que se completase el expediente administrativo remitido incorporando dicha resolución, volviéndolo a solicitar en periodo probatorio, y así se acordó por el tribunal de instancia, pese a lo cual la Administración no pudo o no quiso incorporar dicha resolución firmada por la autoridad competente para dictarla.



No debe olvidarse que los actos administrativos deben tener, como regla general, forma escrita (art. 55 de la Ley 30/1992) y estar firmados por la autoridad que los dicta por sí misma o por delegación; y en los excepcionales supuestos en los que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las resoluciones que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido (art. 55.2 de la Ley 30/1992). Tampoco consta este listado.

La sentencia de la que discrepamos afirma su convencimiento de que dicha resolución existe, pero lo cierto es que no se aporta constancia documental de la misma. Tan solo se incorpora una notificación al interesado firmada por una autoridad que no sería competente para dictar la resolución denegando el asilo, en la que se asevera que se dictó una resolución expresa con el texto que se transcribe. Pero ni se aporta dicha resolución ni existe certificación oficial por autoridad competente para emitirla que acredite su existencia. La notificación de una resolución, aunque incorpore su texto literal, no puede identificarse con la resolución misma, pues si bien puede dar noticia de esta, cuando se duda de la existencia de la resolución original dictada por la autoridad competente corresponde al órgano o autoridad que la ha dictado acreditar su existencia, pues, en caso contrario, se corre el riesgo de que una autoridad sin atribuciones para ello se arrogue competencias que no le corresponden.

Es posible que la falta de constancia material de la resolución original dictada por el órgano administrativo competente se deba simplemente a una mala práctica administrativa, pero ello ni convalida la infracción ni la justifica. Este problema no es nuevo, sino que se viene reiterando desde hace varios años sin que se haya corregido por la Administración, pese a los numerosos recursos en los que se ha planteado esta misma alegación, basta para ello constatar el gran número de sentencias y Autos de este Tribunal que han tenido que abordar este mismo problema, pudiendo citarse en tal sentido la sentencia de 30 de mayo de 2008 (RC 7854/2004), 12 de febrero de 2009 (RC 7110/2005), 27 de marzo de 2009 (RC 6290/2005), 23 de julio de 2009 (RC 5176/2006), 29 de octubre de 2009 (RC 492/2006), 4 de abril de 2011 (RC 1324/2007) y, más recientemente, de 7 de junio de 2011 (RC 6166/2009), de 7 de junio de 2011 (RC 6166/2009) y ATS, sección 1ª, de 17 de octubre de 2013 (Recurso: 609/2013).

Es cierto, tal y como afirma el voto mayoritario, que el Tribunal Supremo ha desestimado esta alegación en los casos que se le han planteado, afirmando que "si una comunicación dirigida por un funcionario en el ejercicio de su cargo deja expresa, clara y precisa constancia de la efectiva realización de un trámite o de la efectiva adopción de una resolución, aportando datos identificativos suficientes al respecto, ha de considerarse que esa indicación es correcta y responde a la verdad de los hechos [...]", pero no lo es menos que en dichas resoluciones se añade a continuación que frente a ello el interesado "ni pidió la ampliación del expediente al amparo del artículo 55 de la Ley de la Jurisdicción ni pidió la práctica de prueba". En definitiva, esta línea jurisprudencial se basa en la falta de diligencia de la parte al tiempo de solicitar la aportación de la resolución original dictada por el órgano competente para ello.

Pero, tal y como ha quedado expuesto, este no es el caso que nos ocupa, pues el recurrente sí cuestionó su existencia y pretendió su incorporación en periodo probatorio sin conseguirlo, por lo que ninguna falta de diligencia o inactividad probatoria le es imputable, razón por la que no es posible utilizar dicha jurisprudencia para resolver el caso que nos ocupa.

En definitiva, la falta de constancia de la resolución administrativa dictada por órgano competente nos debería haber llevado a considerar que no existe una resolución expresa. Y si entendiésemos que debe tenerse como tal la que figura en el expediente, ésta sería nula por haber sido dictada por órgano incompetente.

Podría argumentarse que, en todo caso, la inexistencia de resolución expresa resulta irrelevante respecto de la situación del recurrente, pues su solicitud debería entenderse desestimada por silencio administrativo, pero no debemos olvidar que la notificación de una pretendida resolución expresa le obligó a recurrirla y que una vez acreditada la inexistencia de la misma el particular puede esperar a que se dicte la misma a tenor de la obligación que tal sentido pesa sobre la Administración (art. 42.1 de la Ley 30/1992 y art. 24.3 de la Ley **12/2009** , reguladora del derecho de asilo), sin que esté obligado a recurrir la desestimación presunta, pues se trata de una mera ficción que le confiere la facultad de recurrirlo ("permitir a los interesados la interposición del recurso contencioso administrativo" según dispone el art. 43.2 de la Ley 30/1992) pero no la obligación de hacerlo. Y ello no es irrelevante para la situación del solicitante de asilo pues de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley **12/2009** "Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud o ésta no sea admitida".

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Calvo Rojas

D. Diego Cordoba Castroverde



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia y voto particular, por la Excm. Sra. Magistrada Ponente D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ