



Roj: **SAN 3904/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3904**

Id Cendoj: **28079230042016100384**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/10/2016**

Nº de Recurso: **30/2016**

Nº de Resolución: **420/2016**

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000030 / 2016

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 00127/2016

Apelante: Jose Pablo

Apelado: MINISTERIO DEL INTERIOR

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA EN APELACION

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a once de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso de **apelación num. 30/2016** seguidos ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional a instancia de don **Jose Pablo**, representado por la Procuradora Doña María Sonia Posac Ribera, contra la sentencia nº 170/2015 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 5 el día 14 de diciembre de 2015 en los autos Procedimiento Abreviado 68/2015; siendo parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo num. 5 dictó sentencia el día 14 de diciembre de 2015 en los autos Procedimiento Abreviado 68/2015, cuyo fallo es del siguiente tenor:



"Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Jose Pablo contra la resolución de 10-4-15 por la que se desestima el recurso de reposición formulado frente a la resolución de la Dirección General de Política Interior de fecha 16-2-15 dictada en el expediente nº NUM000 , por delegación del Ministro del Departamento por la que se inadmite a trámite la solicitud de protección internacional.

Declaro que dicha resolución es ajustada a Derecho y en consecuencia no procede anularla ni acceder a la autorización de permanencia por razones humanitarias.

Se hace expresa condena en costas a la parte recurrente."

Con fecha 16 de diciembre el propio Juzgado dictó auto de aclaración corrigiendo el error padecido en la indicación del número del procedimiento.

SEGUNDO.- El citado recurrente promovió recurso de apelación contra dicha sentencia mediante escrito fechado el 10 de enero de 2016.

TERCERO.- Dado traslado a la Administración demandada del citado recurso, por ésta se presentó escrito de oposición con fecha 22 de enero.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, ante la que comparecieron las partes; se señaló para votación y fallo del recurso el día 5 de octubre de 2016, en que efectivamente se deliberó y votó; habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que ahora es objeto de impugnación en esta alzada, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el ahora apelante contra la resolución de fecha 10 de abril de 2015 dictada por la Dirección General de Política Interior, por delegación del Ministro del Departamento, desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a la de 16 de febrero de ese año y recaída en el expediente nº NUM000 , ésta por la que se inadmitía a trámite la solicitud de protección internacional; declarándose a la vez en la sentencia que no procede acceder a la autorización de permanencia por razones humanitarias.

En la referida resolución de 16 de febrero de 2015 se inadmitió a trámite la solicitud de Protección Internacional formulada por el ahora apelante, nacional de Ucrania, al concurrir la circunstancia contemplada en el punto a) del artículo 20.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; estimándose concretamente que el Estado Español carecía de competencia para el examen de la solicitud al corresponder a Polonia, toda vez que en este país se había expedido un visado de corta duración el día 1/07/2014 con caducidad el 30/06/2014 y además había aceptado la petición formulada por España.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia desestima el recurso rechazando todas y cada una de las alegaciones que habían sido esgrimidas en el escrito de demanda, expresándose como razonamientos los siguientes:

a) En el fundamento de derecho tercero se aborda la cuestión principal de la falta de competencia de España para examinar la solicitud de protección internacional, señalándose:

"La resolución impugnada inadmite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España al concurrir la causa contemplada en el art. 20.1a) de la Ley 12/09 de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que establece "1. El Ministro del Interior, a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, podrá, mediante resolución motivada, no admitir a trámite las solicitudes cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1 Por falta de competencia para el examen de las solicitudes: a) cuando no corresponda a España su examen con arreglo al Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país".

El Reglamento (CE) nº 604/13 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, su art. 3 establece "1. Los Estados miembros examinarán toda solicitud de protección internacional presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, ya sea en el territorio de cualquiera de ellos, incluida la frontera, o en las zonas de tránsito. La solicitud será examinada por un solo Estado miembro, que será aquel que los criterios mencionados en el capítulo III designen como responsable".

Por su parte, el art. 12.2 preceptúa "2. Si el solicitante es titular de un visado válido, el Estado miembro que haya expedido dicho visado será responsable del examen de la solicitud de protección internacional".



Por tanto, y constando la existencia de visado por parte de Polonia con fecha 1-7-14, a tenor de lo expuesto, tal Estado es el competente para el examen de la petición de protección internacional .

Citar el art. 21.1 del aludido Reglamento 604/2013 que afirma "1. El Estado miembro ante el que se haya presentado una solicitud de protección internacional y que estime que otro Estado miembro es el responsable del examen de dicha solicitud, podrá pedir que este último se haga cargo del solicitante, lo antes posible y en cualquier caso dentro de un plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud en el sentido del art. 20, apartado 2".

Extremo cumplido, toda vez que consta que con fecha 3-2-15, Polonia aceptó la responsabilidad del examen de la solicitud .

Procede aludir también al art. 29 que reza "1. El traslado del solicitante o de otra persona mencionada en el art. 18, apartado 1, letras c) o d), desde el Estado miembro requirente al Estado miembro responsable se efectuará de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro requirente, previa concertación entre los Estados miembros afectados, en cuanto sea materialmente posible y a más tardar en el plazo de seis meses a partir de la fecha de aceptación de la petición por otro Estado miembro de hacerse cargo de la persona interesada o de readmitirla, o a partir de la resolución definitiva de un recurso o revisión que, con arreglo al art. 27, apartado 3, tenga efecto suspensivo".

Así, ante la formulación del presente recurso y no siendo firme la resolución impugnada, el plazo referido a fin de proceder al traslado del solicitante no ha transcurrido."

b) En el fundamento cuarto se argumenta sobre el rechazo del motivo referido a la existencia de razones humanitarias, lo que se hace en los siguientes términos:

"Se dice en la demanda que España puede decidir examinar una solicitud de protección internacional aun cuando el examen no le incumba en virtud de criterios establecidos en el reglamento, siendo posible autorizar la permanencia en España a la persona solicitante de protección internacional por razones humanitarias.

Pues bien, en la resolución en liza, expresamente se decía que no se considera oportuno la aplicación del artículo 17.1 del Reglamento (UE).

Estamos ante **una facultad discrecional del Estado** ; ante una excepción en relación al Estado competente y tal decisión como facultativa no es inexigible, no pudiendo el solicitante obligar a un Estado, en principio, no competente al examen de su solicitud, ni elegir el Estado competente para el examen de la solicitud.

De los datos y normativa expuestos, se desprende, como se dijo, que corresponde a Polonia el análisis de la solicitud de protección internacional. País que ha aceptado en plazo tal examen; considerando, a tenor de lo dispuesto en el art. 29 y 27.3 que los plazos establecidos se encuentran suspendidos por efecto del presente recurso.

Se solicita la autorización de residencia temporal por razones humanitarias a tenor del art. 46.3 de la Ley 12/2009 que dice "Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración", en relación con el art. 126 del RD 557/2011, de 20 de abril , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 que afirma "Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias en los siguientes supuestos: 2. **A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente** .

Ciertamente obra en el expediente administrativo informe clínico del Servicio de Transplante Renal de la Generalitat Valenciana, de 19-2-15 (posterior a la resolución inicial de la solicitud de protección) donde se indica que el paciente desde que ha llegado de Ucrania ha recibido controles irregulares, sin ningún médico fijo, hasta ahora, casi 1 año sin controles. Se recoge en tal informe "No clínica a destacar. Refiere hormigueos en las manos. Posible neurotoxicidad por ciclosporina. El riñón en este tiempo ha sufrido un deterioro en el contexto de exceso de medicación y falta de control médico. Es importante que el paciente siga controles en nuestra unidad de trasplante, porque si el riñón sigue deteriorándose podría requerir inicio de hemodiálisis, con el consiguiente aumento de gasto sanitario. Por ello sería deseable conceder aunque fuera de manera provisional o temporal tarjeta sanitaria al paciente para poder seguir controles en nuestra unidad, mientras se resuelve su caso".

Y también informe de la psicóloga, D. ^a Yolanda , de 1-4-15 que refiere, entre otros extremos "Cuando por fin fue visto por un especialista y se detectó el origen de dichas complicaciones (toxicidad medicamentosa), se

sintió en parte aliviado ya que al menos se sabía qué le estaba pasando, aunque la preocupación por su salud sigue estando presente con sobrada justificación. Es necesario que Jose Pablo pueda disponer de la atención médica y realizar las pruebas que requiere, tanto por el riesgo que supone para su salud deponer dicha atención, como para favorecer su recuperación y estabilidad emocional, la cual está completamente vinculada a tener la seguridad de que va a contar con la atención médica especializada que necesita".

Pues bien, a tenor de lo referido, se considera que no se dan las circunstancias necesarias en los trascritos preceptos para la autorización solicitada.

La enfermedad padecida y de la necesidad de efectuar unos controles, no supone que estemos ante una enfermedad de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, sino sólo controles; no acreditándose que tales controles no puedan llevarse a cabo en Polonia.

Tampoco que su vida se encuentre en peligro. Amén que no se trata de una enfermedad sobrevenida. "

TERCERO.- En el recurso de apelación se combaten principalmente los argumentos de la sentencia contenidos en el fundamento jurídico cuarto, insistiéndose en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.1 del Reglamento UE 604/2013, cabe que el Estado receptor de la solicitud pueda *"abstenerse de aplicar los criterios de responsabilidad, en particular por motivos humanitarios y compasivos"*. Advierte además que en todo caso hubo de motivarse razonadamente la no admisión a trámite de la solicitud, lo que a juicio de la parte apelante no se ha observado en la resolución originariamente impugnada, en la que sólo se alude al país que se estima responsable sin llegar a valorarse la existencia de esas razones humanitarias. Entiende también, y por el contrario de lo razonado en la sentencia, que dada la enfermedad renal que padece concurren los presupuestos del artículo 46.3 de la ley 12/1999, en relación con el 126 del Real Decreto 557/201, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Y de manera más particular viene a cuestionar la valoración de los hechos efectuada en la sentencia de instancia, señalando que no es cierto que hubiera elegido al Estado que le interesaba para tramitar su solicitud, sino que vino a España con su familia y aunque el trasplante de riñón se realizara en Ucrania fue en aquel país de la solicitud donde sobrevinieron los problemas por una sobremedicación, debiendo así entenderse que la enfermedad le sobrevino en el mismo que es donde se produjeron las complicaciones. A este respecto se remite al contenido al informe clínico emitido por el Servicio de Trasplante Renal de la Generalitat Valenciana de 19/02/2015 y al de la Psicóloga de 1/04/2015 considerando, combatiendo las afirmaciones de la sentencia, que se trata de una enfermedad de carácter grave ya que no puede negarse que existe riesgo de perder un órgano vital, y en lo que se refiere al traslado a otro país, aunque éste haya aceptado la competencia también puede acarrear las mismas consecuencias graves en la salud, pues puede pasar mucho tiempo hasta que se proporcione el tratamiento debido.

Por su parte el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, se opone al citado recurso de apelación, señalando que en el mismo se reiteran los argumentos de la demanda y remitiéndose con carácter general a los propios argumentos de la sentencia apelada, bien que lo haga transcribiendo párrafos de otra distinta.

CUARTO.- Comenzaremos advirtiendo, lo que incluso no cuestiona directamente la parte apelante, que el proceso seguido para determinar el Estado responsable de resolver solicitud de protección internacional se acomodó a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 12/2009, que bajo el epígrafe *"No admisión de solicitudes presentadas dentro del territorio español"*, establece: *"1. El Ministro del Interior, a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, podrá, mediante resolución motivada, no admitir a trámite las solicitudes cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

- Por falta de competencia para el examen de las solicitudes: a) cuando no corresponda a España su examen con arreglo al Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país."

Al haberse derogado el Reglamento comunitario que se menciona en el precepto, ha de entenderse que la referencia normativa lo es al Reglamento UE 604/2013, de 26 de junio, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo.

Por otra parte, apuntaremos también y en este mismo sentido que la existencia del proceso fue notificada a Polonia, Estado que además aceptó su responsabilidad el día 3 de febrero de 2015, por lo tanto dentro de los plazos establecidos, aspecto que tampoco ahora se cuestiona.



QUINTO.- Las alegaciones del recurso de apelación pivotan principalmente, como se ha visto, en la procedencia de aplicar el artículo 17.1 del Reglamento UE 604/2013 y el 46.3 de la Ley 12/1999, al considerar la parte demandante/apelante que concurren las razones humanitarias a que se ha hecho ya referencia.

Recordemos que la sentencia de instancia descarta la aplicación de los citados preceptos al considerar que la decisión que en ellos se contempla es de carácter discrecional, valorando además el contenido de los informes médico y psicológico que lleva a la siguiente conclusión: "*La enfermedad padecida y de la necesidad de efectuar unos controles, no supone que estemos ante una enfermedad de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, sino sólo controles; no acreditándose que tales controles no puedan llevarse a cabo en Polonia. Tampoco que su vida se encuentre en peligro. Amén que no se trata de una enfermedad sobrevenida.*".

Pues bien, la Sala considera que los motivos esgrimidos en la apelación no permiten enervar los argumentos que ofrece la sentencia de instancia para desestimar la pretensión deducida, y ello principalmente por las cuatro siguientes razones:

1ª) Ciertamente en las resoluciones recurridas no se alude expresamente al aspecto de las razones humanitarias, descansando la decisión de inadmisión en que se considera a Polonia como Estado responsable dado que expidió el visado; ahora bien, cabe perfectamente entender que este argumento denegatorio se erige asimismo en la razón que sirve para rechazar las expresadas razones humanitarias, en la medida que pueden ser atendidas por ese país que asume la competencia.

2ª) El artículo 17.1 del Reglamento comunitario, invocado en sustento de la pretensión deducida, establece: "*No obstante lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento*". Como bien entendió la Juzgadora de instancia dicho artículo regula una facultad de carácter discrecional que ostenta el Estado correspondiente ante el que se formula la solicitud, lo cual significa que no se trata de un derecho del solicitante de asilo a que su solicitud sea tramitada y resuelta por el estado de su elección. Advertir que a esta misma solución se llegó, con ocasión de resolver un problema análogo en relación también a Polonia, en la reciente sentencia del pasado 10 de febrero pronunciada en el recurso de apelación num. 87/2015.

3ª) El artículo 46 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, establece que "*Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.*"

La remisión lo es al artículo 126 del Real Decreto 557/201, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009; en cuyo apartado 2 se establece que se podrá conceder una autorización por razones humanitarias, entre otros supuestos, en el siguiente: "*A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.*" Mas nótese que dicho precepto se refiere a la autorización de residencia temporal por razones humanitarias, cuando ahora de lo que se trata es de dilucidar sobre la admisión o no a trámite de una solicitud de protección internacional, siendo así preciso, y además de que concurra ese supuesto de la enfermedad sobrevenida de carácter grave, que se den las circunstancias previstas en los artículos 2 a 4 de la Ley 12/2009 para poder ostentar el derecho de asilo o el derecho a la protección subsidiaria. Y todo ello se dice para poner de manifiesto que la recurrente nada argumenta sobre ello, como tampoco alega acerca de que la protección que solicita no pudiera prestarse en Polonia.

4ª) Por otra parte, y puesto que el apelante discrepa de la valoración de la prueba efectuada por la Juzgadora con respecto a los informes médico y psicológico, no estará de más recordar que cuando se suscita este problema en grado de apelación, como así lo viene entendiendo esta Sala con reiteración siguiendo un consolidado criterio jurisprudencial, deberá prevalecer la apreciación de la prueba realizada por el Juez de la instancia, salvo en aquellos casos en que se revele de forma clara que el mismo ha incurrido en error en la práctica de tal operación, o también cuando existan razones suficientes que permitan considerar que la valoración de la prueba contradice las reglas de la sana crítica. Y ello es así porque normalmente será el órgano judicial de la instancia el que practica de forma directa las pruebas, con observancia del principio de inmediación y en contacto directo con el material probatorio, con lo que a buen seguro estará en mejor posición a la hora de realizar tal labor de análisis que la que tendrá la Sala que conozca de la apelación.

Como se ha visto en la sentencia de instancia, aún aludiendo a la existencia de la enfermedad que padece el recurrente, se la quita sin embargo relevancia a estos efectos en base a considerar que la enfermedad padecida



no es grave aunque requiera de la práctica de controles médicos, y teniendo particularmente en cuenta que no se trata de una enfermedad sobrevenida y que no se ha acreditado que no pudieran llevarse a cabo dichos controles en Polonia. Y aunque quizás pueda discreparse de la sentencia en el aspecto de que la enfermedad no sea grave, sucede en cualquier caso que no se trata de una situación sobrevenida, amén que el apelante no alega ni acredita de manera suficiente que no pudiera llevarse a cabo la asistencia sanitaria en el país que acepta la competencia, que son los otros argumentos de la sentencia, sin que a fin de cuentas la parte apelante haya logrado demostrar que la Juzgadora haya incurrido en error en la referida operación de valoración de la prueba

SEXTO.- A tenor de lo expuesto en los precedentes fundamentos jurídicos procederá, en fin, desestimar el presente recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia.

Y en lo que hace al pronunciamiento sobre las costas causadas en la segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional procederá imponerlas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y de pertinente aplicación;

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación **num. 30/2016** interpuesto por don **Jose Pablo** , contra la sentencia nº 170/2015 de fecha 14 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 5 en el Procedimiento Abreviado 68/2015, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; imponiendo a dicha parte apelante las costas causadas por su interposición.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos leales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado a Ponente de la misma, DON SANTOS HO **NO** RIO DE CASTRO GARCIA, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.