



Roj: **STS 2772/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2772**

Id Cendoj: **28079130052018100320**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **1493/2017**

Nº de Resolución: **1136/2018**

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

Ponente: **JOSE JUAN SUAY RINCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 235/2017,**
ATS 12216/2017,
STS 2772/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.136/2018

Fecha de sentencia: 03/07/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1493/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

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

Transcrito por: Jas

Nota:

R. CASACION núm.: 1493/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1136/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente



D. Rafael Fernandez Valverde
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Jose Juan Suay Rincon
D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 3 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1493/2017 interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Sonia María Casqueiro Álvarez, en nombre y representación de doña Mónica , y defendida por el letrado don Pablo Galdón Cabrera, contra la sentencia nº 34/2017 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en fecha 23 de febrero de 2017 , en el recurso de apelación nº 17/2017, sobre extranjería; ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación nº 17/2017, seguido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, el 23 de febrero de 2017 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D MARÍA DOLORES MARIÑO GUTIÉRREZ, en nombre y representación de D^a Mónica , con la asistencia letrada de D^o JOSÉ RAMÓN RAMÍREZ GÓMEZ contra la sentencia dictada por el Juzgado nº 1 de Cáceres, en sus autos PA 123/2016, de fecha 10/11/2016, CONFIRMAMOS la misma, con imposición de las costas a la apelante".

SEGUNDO.- La recurrente preparó recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que la Sala sentenciadora tuvo por preparado por auto de 15 de marzo de 2017 , ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, y personada doña Mónica como parte recurrente, y la Administración General del Estado, como parte recurrida, pasan al ponente para que proponga a la Sala la resolución que proceda; y por auto de 23 de octubre de 2017 la Sección Primera de esta Sala acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por Dña. Mónica contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, nº 34, de 23 de febrero de 2017, dictada en el recurso de apelación nº 17/17 , confirmatoria de la sentencia -nº 117/16, de 10 de noviembre- del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Cáceres (P.A. 123/16).

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Quinta para su tramitación y decisión, y por otra de 10 de noviembre de 2017, una vez designados abogado y procurador del turno de oficio, se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

QUINTO.- Por escrito de 5 de diciembre de 2017 la procuradora Sra. Casqueiro Álvarez, en la representación que ostenta de la parte recurrente, con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisa el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando por interesar el dictado de una resolución que, estimando el recurso, case y anule la sentencia recurrida, conforme los términos interesados.

SEXTO.- Por providencia de 11 de enero de 2018 se acordó dar traslado a la parte recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo. Siendo evacuado el trámite conferido por la Administración General del Estado mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2018, en el que solicitó a la Sala la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia impugnada; ello conforme a la interpretación que ha sido defendida en el escrito de interposición de los preceptos identificados según el citado auto de admisión a trámite de este recurso de casación.



SÉPTIMO.- Atendiendo a la índole del asunto, se consideró innecesaria la celebración de vista pública, declarando concluso el procedimiento y, mediante providencia se señaló para votación y fallo el 27 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la anulación de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, el 23 de febrero de 2017, por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por D^a Mónica la sentencia dictada por el Juzgado nº 1 de Cáceres, de 10 de noviembre de 2016, que vino así a confirmarse.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada en casación deja así consignado su objeto propio y las pretensiones deducidas por las partes en relación con dicho objeto (FD 1º):

"Se somete a nuestra consideración en esta ocasión la sentencia dictada por el Juzgado nº 1 de Cáceres, en sus autos PA 123/2016, de fecha 10/11/2016, que viene a declarar la conformidad a derecho de la resolución de expulsión por estancia irregular en España.

Frente a ella, el recurso de apelación se sustenta en el arraigo familiar y social en España, que es causa de no devolución conforme al art 5 b) de la Directiva 2008/115/CE, siendo también de aplicación al caso que nos ocupa el art 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la doctrina del TEDH, alegando finalmente la vulneración del principio de graduación y proporcionalidad regulado en el art 131 de la Ley 30/92, considerando que se le puede imponer a mi patrocinada una sanción pecuniaria en vez de proceder a su expulsión.

La Abogacía del Estado impugna el recurso."

Así las cosas, comienza la Sala sentenciadora por descartar la viabilidad de computar, a los efectos de apreciar la existencia de arraigo, el tiempo permanecido en España incumpliendo decisiones firmes que obligan al **extranjero** concernido al abandono del territorio español (FD 2º):

"Planteado así el debate debemos comenzar señalando el muy destacado dato de que desde hace más de 10 años, se han dictado en repetidas ocasiones resoluciones denegatorias de autorizaciones de residencia de todo tipo que conllevaban la obligación de abandonar el territorio nacional.

Quiere ello decir, a juicio de la Sala, que no puede sostener una situación de arraigo, basada en la estancia prolongada en territorio español, el **extranjero** que se mantiene en España vulnerando decisiones firmes que conllevan la obligación de abandonarla. Ese periodo de tiempo, en el que se han incumplido resoluciones firmes, no puede servir para justificar un arraigo."

Sobre esta base, y a propósito de la vulneración del artículo 5 b) de la Directiva europea que se aduce en primer término, considera la Sala que, tratándose de una convivencia con ascendientes y hermanos, no basta dicha circunstancia para evitar la expulsión por razones de arraigo (FD 3º):

"Sentado ello, nos encontramos con una persona mayor de edad, y aunque es cierto que el art 5 de la Directiva prevé como causa de no devolución, el arraigo familiar, debe entenderse el mismo, a nuestro juicio, limitado al concepto de "familiares reagrupables" del art 17.1 de la LO 4/2000, entre los que no se encuentra la ahora apelante, siguiendo la Sala a este respecto el mismo criterio que la STSJ de Madrid de 28/12/2016, rec. 863/2016.

O de otra manera, estando en el supuesto de una persona mayor de edad, la simple la convivencia en el mismo domicilio con sus padres y hermanos (por cierto, también en situación de irregularidad), no justifica, por sí sola, la excepción al mandato de salida por razones de vida familiar. Esto es, tratándose de convivencia con ascendiente y hermanos, deben de acreditarse, como establece la STSJ de Madrid de 30/11/2016, rec. 615/2016, otras circunstancias concurrentes, como pudieran ser la vulnerabilidad social, las circunstancias de salud o la dependencia económica, que pudieran justificar la referida excepción, lo que, sin embargo, no acontece en el supuesto de autos, puesto que consta acreditado en autos la muy escasa capacidad económica de los progenitores para atender a las necesidades básicas de la familia."

Tampoco aprecia la sentencia recurrida infracción del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (FD 4º):

"En cuanto a la vulneración del art 8 del CEDH aunque es doctrina del TEDH que "excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio", tal injerencia en el caso que analizamos no concurre, pues estamos hablando de una persona mayor de edad, que lleva más de 10 años incumpliendo la obligación de salida obligatoria de España, acordada por resoluciones administrativas firmes en Derecho,

estando prevista en la Ley la obligación de abandonar España, que está siendo vulnerada de forma consciente y reiterada, con lo que entendemos está justificada la expulsión, debiendo también tenerse en cuenta que no consta que tenga ningún ingreso para atender a sus necesidades básicas y que sus progenitores tampoco tiene capacidad económica suficiente. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de injerencia justificada."

Y, en fin, tampoco estima pertinente la apelación al principio de proporcionalidad (FD 5º):

"Finalmente, y por lo que respecta al Ordenamiento Jurídico Español, desde la STS.JUE de 23/04/2015 no cabe imponer la sanción de multa, amén de que en el caso que analizamos el incumplimiento reiterado y consciente, durante muchos años, de la obligación de abandonar España, justifica la proporcionalidad de la expulsión.

En consecuencia, el recurso de apelación debe ser rechazado."

El recurso de apelación es desestimado a tenor de lo expuesto, con imposición de costas a la parte actora (FD 6º).

TERCERO.- Preparado recurso de casación, vino éste a admitirse a trámite por auto de la sección primera de este Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2017, que vino a concretar que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que motivó la admisión del recurso consistía en determinar si el arraigo familiar o social que ostenta el **extranjero** que llegó a España, siendo menor, en unión de sus padres y hermanos, con los que reside, cede o desaparece, a efectos de aplicar el art. 5.b de la Directiva 2008/115/CE, cuando, una vez alcanzada la mayoría de edad, incumple la obligación de abandonar el territorio nacional, consecuencia de la denegación/es de solicitud/es de autorización de residencia en resolución/es administrativas firmes; identificando como la norma jurídica que, en principio, debe ser objeto de interpretación el artículo 5.b de la Directiva 2008/115/CE.

CUARTO.- El escrito de interposición del recurso de casación, junto a la infracción de este precepto integrante del ordenamiento europeo, invoca asimismo la vulneración de un precepto constitucional (artículo 39.1), al que por su estrecha conexión no habría óbice en principio en extender nuestro enjuiciamiento, si bien ambas infracciones serían en tal caso susceptibles de tratarse de forma conjunta, precisamente, por razón de la indicada conexión entre ellas.

Al amparo del artículo 5 b) de la Directiva 2008/115/CE considera el recurrente necesario desvincular las circunstancias económicas del **extranjero** y su familia del concepto de "arraigo" (familiar); y, con base en ello, concluye que no cabe exigir a aquél una suficiencia económica, sea de él mismo o de la familia en que está integrado, como en cambio hace la sentencia impugnada para fundamentar la desestimación del recurso de apelación, porque de tal modo se estaría criminalizando la pobreza respecto de una persona que, además, llegó a España con ocho años y que, alcanzada ahora la mayoría de edad, es objeto de un trato menos beneficioso del que recibiría si continuara siendo menor de edad.

En sintonía con este mismo planteamiento aduce, como adelantamos, vulneración de la Constitución (artículo 39.1), si bien en el desarrollo de esta alegación son más concretamente sendas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea las que se traen a colación, por lo que se deduce del propio escrito de interposición, a propósito, por otro lado, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo que no deja de adolecer de una palmaria incoherencia y trata además de reabrir un debate en casación, ya suscitado en la instancia, al que el auto de admisión dictado en este recurso no ha venido a dar la requerida cobertura.

En todo caso, vuelve a apelarse de este modo a la necesidad de respetar la vida familiar, como eje sobre el que se sustenta el recurso entero, que es, además, el concepto empleado por la directiva antes mencionada; por lo que, en torno al alcance que debemos asignar a dicho concepto con base en la norma europea que lo acoge, es sobre lo que hemos de situar a la postre la controversia subyacente al presente recurso.

QUINTO.- Así delimitada la controversia a que nos emplaza el presente recurso, comencemos ante todo por dar cuenta del contenido literal de la prescripción cuyo alcance hemos de tratar de precisar. Artículo 5 b) de la Directiva 2008/115: *"Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: b) la vida familiar"*.

Es claro que, de entrada, no cabe deducir, como consecuencia directamente impuesta a partir del tenor literal de esta norma, la existencia de una obligación concreta jurídicamente exigible, en el sentido pretendido por el recurrente.

Acaso no puede dejar de tomarse en consideración en efecto la vida familiar del **extranjero** como parámetro de referencia, en la medida en que aquélla deberá tenerse debidamente en cuenta, como señala el artículo 5 b) de la Directiva 2008/115/CE; pero no autoriza ello con la sola base en esta norma a acceder a lo solicitado y reconocer a aquél la existencia de un derecho subjetivo perfecto a obtener la consiguiente autorización de



residencia y prescindir de otras circunstancias en punto a su otorgamiento, tratándose de mayores de edad en convivencia con sus padres y hermanos.

Máxime cuando, además, no le falta razón al Abogado del Estado cuando sostiene que, en el supuesto de autos, la controversia no gravita en torno a la pertinencia de obtener una autorización en el sentido expresado, que es donde parece quererla situar el recurso; sino más exactamente en la procedencia de evitar una expulsión acordada como consecuencia del incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio nacional, precisamente, surgida por haber sido denegada con anterioridad en sucesivas ocasiones la autorización de residencia mediante una serie de resoluciones que han adquirido firmeza a tal efecto.

La desigualdad de trato que, por otra parte, pudiera así resultar respecto de la situación de un menor de edad encuentra su explicación en que los menores son objeto de un trato singular por parte de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto se debe ello a la postre a una justificación objetiva y razonable. Es plausible rebajar el cumplimiento de las exigencias en presencia de menores, en atención justamente a su situación; y está justificado, por tanto, pueda no resultar enteramente equiparable dicha situación con la de los mayores de edad. Por tanto, no cabe tratar de pertrecharse de adverso en la circunstancia que pretende hacerse valer.

Así las cosas, cumple dar una respuesta afirmativa a la cuestión de interés casacional suscitada con motivo de este recurso; y, por tanto, el arraigo familiar o social del **extranjero**, que llegó a España siendo menor en unión de sus padres y hermanos con los que reside, cede o desaparece, a efectos de aplicar el art. 5.b de la Directiva 2008/115/CE, cuando, una vez alcanzada la mayoría de edad, incumple la obligación de abandonar el territorio nacional, como consecuencia de la denegación/es de solicitud/es de autorización de residencia en resolución/es administrativas firmes.

Y, por lo mismo, el presente recurso de casación debe ser desestimado.

SEXTO.- En atención al artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en alguna de las partes, procede que cada una de ellas abone 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 de acuerdo con la interpretación efectuada en el FJ 5º:

1º) Desestimar el recurso de casación RCA 1493/2017, interpuesto por doña Mónica contra la sentencia nº 34/2017 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en fecha 23 de febrero de 2017, en el recurso de apelación nº 17/2017, sentencia que confirmamos por ser ajustada a Derecho.

2º) Ordenar que, en cuanto a las costas causadas en la tramitación de este recurso de casación, cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez. D. Rafael Fernandez Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso, D. Wenceslao Francisco Olea Godoy,

D. Jose Juan Suay Rincon D. César Tolosa Tribiño,

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