

La autorización de residencia otorgada a menor de edad no puede implicar su separación familiar por lo que la misma ha de extenderse a sus padres y hermanos menores que convivan con él

28/10/2025

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 5

Fecha: 10/07/2025

Nº de Recurso: 1963/2023

Nº de Resolución: 942/2025

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

Ponente: ANGELES HUET DE SANDE

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 942/2025

En Madrid, a 10 de julio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Lorena, representada por la procuradora doña Begoña Álvarez Oronoz bajo la dirección letrada de doña María Alonso de la Torre, contra sentencia de 9 de noviembre de 2022 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que estima el recurso de apelación núm. 579/2022 interpuesto contra sentencia de 29 de abril de 2022 (PA 566/2021) del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de San Sebastián y confirma la resolución de 1 de marzo de 2021 -confirmada en reposición- de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que denegó solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Comparece como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 579/2022, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 9 de noviembre de 2022, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor:

“ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación y defensa de la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GIPIZKOA, contra la Sentencia n.º 69/2022, de 29 de

abril de 2022, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián en el procedimiento abreviado nº 566/2021, y en su virtud:

1.- REVOCAMOS la sentencia recurrida.

2.- DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día contra la Resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 1 de marzo de 2021, que denegó la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales inicial por razones humanitarias, expediente NUM006; que CONFIRMAMOS por ser conforme a Derecho.

3.- Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, debiendo cada una de ellas abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.”.

SEGUNDO. Contra la referida sentencia la representación procesal de doña Lorena preparó recurso de casación que por la Sala de instancia se tuvo por preparado mediante auto de 22 de febrero de 2023, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 21 de septiembre de 2023, dictó auto en cuya parte dispositivas e acuerda:

“1.º) Admitir el recurso de casación n.º 1963/2023, preparado por la representación procesal D.ª Lorena contra la sentencia de 9 de noviembre de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estimó el recurso de apelación n.º 579/2022.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en determinar: si concedida a un extranjero menor de edad la autorización de residencia temporal por razones humanitarias por razón de enfermedad sobrevenida de carácter grave regulada en el artículo 126.2 del Real Decreto 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, puede invocarse la protección del derecho a la unidad familiar para que otros integrantes de la unidad familiar que así lo soliciten puedan acogerse a esta misma clase de autorización o si, por el contrario, éstos necesariamente han de acogerse a las diversas autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales que dicha norma contempla en función de su respectiva situación fáctica y, en todo caso, al supuesto previsto en el inciso final del apartado 4 de la disposición adicional primera de esta disposición reglamentaria referido a las “autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento”.

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Razonamiento Jurídico Segundo, apartado III, de este auto.

[...]”.

CUARTO. La representación procesal de doña Lorena interpuso recurso de casación en el que ejercitó las siguientes pretensiones:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 bis 2) en relación con el artículo 93.1, ambos de la LJCA, esta parte recurrente solicita respetuosamente a la Sala:

1.) que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2.) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal Superior de Justicia del P. Vasco, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia;

3.) y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 1.º de marzo de 2021, que denegó la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales inicial por razones humanitarias en los términos solicitados en el escrito de demanda, en cuyo suplico se solicitó: "declare nula y se revoque la resolución y, en consecuencia, se acuerde conceder el permiso de residencia solicitado [de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias], obligando a la administración demandada a estar y pasar por dicha declaración".

Y termina suplicando a la Sala que:

"[...] se estime el presente recurso de casación, anulando la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida, y se entre al examen del fondo del asunto procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia y, finalmente, estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte acordando declarar nula la Resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 1.º de marzo de 2021, la revoque y acuerde conceder el permiso de residencia solicitado, de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias."

QUINTO. La Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, ejercitando las siguientes pretensiones:

"1.º) Que desestime este recurso de casación y confirme la sentencia impugnada.

2.º) Ello conforme a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de oposición de los preceptos identificados según el citado Auto de admisión a trámite de este recurso de casación."

Y termina suplicando a la Sala que:

"[...] dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales."

SEXTO. Mediante providencia de 30 de abril de 2025, se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 8 de julio de 2025, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Las sentencias del Juzgado y de la Sala. Algunos antecedentes.

A.-Se interpone el presente recurso de casación por doña Lorena, nacional de México, contra sentencia de 9 de noviembre de 2022 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, acogiendo el recurso de apelación formulado por la Abogacía del Estado, revoca la sentencia apelada y, en su lugar, desestima el recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución de 1 de marzo de 2021 -confirmada en reposición- de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que había denegado la solicitud de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales inicial por razones humanitarias por enfermedad sobrevenida, al amparo del art. 126.2 del RD 557/2011.

B.-El reflejo de algunos antecedentes que resultan de los autos que nos han sido remitidos (art. 93.3 LJCA) y sobre los que no existe controversia entre las partes puede resultar de interés para la mejor resolución del presente recurso de casación:

a).-El 3 de noviembre de 2020 tiene entrada en la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa cuatro solicitudes de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de los integrantes de la familia formada por don Antón y doña Felisa, padres de Lorena -aquí recurrente en casación- y de Eugenio, ambos menores de edad a la fecha de dicha solicitud (la aquí recurrente, Lorena, tenía entonces 17 años y su hermano, Eugenio, 15), todos ellos de nacionalidad mexicana.

Las cuatro solicitudes se formulaban al amparo del art. 126.2 del Real Decreto 557/2011 y tenían como fundamento la enfermedad sobrevenida grave -histiocitosis ósea multifocal, enfermedad de tipo oncológico-que aquejaba al hermano de la aquí recurrente, Eugenio, del que se acompañaba la correspondiente documentación médica: entre otros, informe médico en el que se indica que se trata de un “paciente de 15 años diagnosticado de una enfermedad que precisa tratamiento quimioterápico hospitalario [...] dadas las características de la enfermedad y los tratamientos intravenosos que va a precisar en el hospital, precisa cuidados continuos por parte de sus progenitores”; informe emitido por la psicóloga de la Asociación de Niños Oncológicos de Guipúzcoa que dice “el acompañamiento de ambos padres durante su enfermedad va a garantizar cuidados permanentes al menor y que la estabilidad psíquica de Eugenio no se resienta durante el tratamiento”.

b).-Todas ellas fueron desestimadas por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa. En concreto, la resolución dictada en relación con la aquí recurrente, doña Lorena, de 1 de marzo de 2021, confirmada en reposición, tenía como fundamento de la denegación que la interesada no padecía enfermedad alguna.

c).-Contra esta resolución denegatoria doña Lorena interpuso recurso contencioso administrativo que fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de San Sebastián de 29 de abril de 2022 que fundamenta su decisión estimatoria con el siguiente razonamiento:

“[...] Aplicando dicha normativa y jurisprudencia al caso de autos, hemos de concluir de la prueba practicada en las actuaciones, y a la vista de la documentación médica obrante en el expediente administrativo, queda acreditada la gravedad de la enfermedad padecida por Eugenio, hijo de la recurrente [sic, realmente es hermano de la recurrente, Lorena], y la necesidad de tratamiento que la misma implica, teniendo la misma el carácter de sobrevenida, pudiendo suponer la interrupción del tratamiento seguido por el menor un riesgo vital para el mismo exigiendo una asistencia sanitaria especializada que no se le puede brindar en su país de origen, circunstancias todas ellas que quedan reflejadas en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Donostia- San Sebastián en fecha 28 de abril de 2022, en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Eugenio. Por todo ello, y al objeto de evitar el dictado de pronunciamientos contradictorios, y en aras a garantizar la protección del derecho a la unidad familiar, la Resolución impugnada no puede ser compartida en cuanto a la fundamentación que contiene, procediendo en consecuencia la estimación del recuso”.

d).-Resulta relevante destacar que Eugenio y doña Felisa, hermano y madre, respectivamente, de la recurrente, interpusieron también recurso contencioso administrativo contra sus respectivas denegaciones, dando lugar a sendas sentencias que estimaron sus pretensiones, anularon las resoluciones denegatorias y concedieron a ambos la autorización de residencia solicitada por razones humanitarias por enfermedad sobrevenida a Eugenio (sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de San Sebastián de 28 de abril de 2022 que estima el recurso contencioso administrativo planteado contra la resolución de 29 de septiembre de 2021 que deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias por enfermedad sobrevenida a Eugenio, y sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de San Sebastián de 29 de abril de 2022 que estima el recurso contencioso administrativo planteado contra la resolución de 29 de septiembre de 2021 por la que se denegó la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias a doña Felisa).

e).-Interpuesto recurso de apelación por la Abogacía del Estado frente a la sentencia que estimó el recurso planteado por doña Lorena, se estimó por la sentencia recurrida en la presente casación, sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de noviembre de 2022. Éstos son sus razonamientos:

“[...] En el caso de autos, la solicitante es hermana de Eugenio, menor de edad y que fue diagnosticado de enfermedad grave y sobrevenida que requiere asistencia sanitaria no accesible en su país de origen y al que, en vía judicial y en primera instancia, se le concedió autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias. Tanto a la aquí solicitante como a su madre, en vía judicial y en primera instancia, se les ha concedido idéntica autorización "al objeto de evitar el dictado de pronunciamientos contradictorios, y en aras a garantizar la protección del derecho a la unidad familiar" (según dichas sentencias).

Una de estas sentencias dictadas en primera instancia es la que resulta objeto de este recurso de apelación. La solicitante no acredita, pues ni siquiera lo pretende, sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que reúna los requisitos previstos en el art. 126.2 del Reglamento de la LOEX para que le sea concedida la autorización que solicitó. Simplemente pretendía una interpretación extensiva de los preceptos aplicables al caso, a la vista de los derechos del niño y de su derecho a la vida familiar, que conduzca a la concesión de la autorización solicitada; argumentos que la sentencia de instancia acogió.

La apelante combate esta interpretación, sosteniendo sencillamente que no concurren los requisitos del art.126.2 del Reglamento de la LOEX.

[...]

Trasladando lo anterior al caso de autos, resulta que la solicitante tiene a su disposición las diversas autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales para pedir, en su caso, la que mejor corresponda a su situación fáctica. Si ninguna de las expresamente previstas se adapta a tal situación -y ya hemos visto que la del art. 126.2 del Reglamento no lo hace-, siempre puede solicitar, cuanto menos, la de la Disposición Adicional Primera, párrafo cuarto, que precisamente se refiere a supuestos no previstos.

No habiendo agotado la solicitante las posibilidades que le ofrece el ordenamiento jurídico para obtener una autorización de residencia, en fin, no puede solicitar una interpretación extensiva de un precepto que es claro y conciso y se refiere a una situación que evidentemente no es la que sufre el aquí apelado.

El recurso de apelación, en definitiva, debe ser estimado, revocando la sentencia de instancia y dictando otra en su lugar por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día contra la resolución administrativa recurrida, que debe confirmarse por ser conforme a Derecho.[...]”.

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

Precisa que la cuestión en la que aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si concedida a un extranjero menor de edad la autorización de residencia temporal por razones humanitarias por razón de enfermedad sobrevenida de carácter grave regulada en el artículo126.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, puede invocarse la protección del derecho a la unidad familiar para que otros integrantes de la unidad familiar que así lo soliciten puedan acogerse a esta misma clase de autorización o si, por el contrario, éstos necesariamente han de acogerse a las diversas autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales que dicha norma contempla en función de su respectiva situación fáctica y, en todo caso, al supuesto previsto en el inciso final del apartado 4 de la disposición adicional primera de esta disposición reglamentaria referido a las “autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento”.

E identifica como normas jurídicas que, en principio, debemos interpretar, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: artículo 126.2 del Real Decreto 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, en relación con su disposición adicional primera, apartado 4; 16 y 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y 3 y 11.2.b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO. El escrito de interposición.

Sus razonamientos son en suma los siguientes:

A.-La sentencia recurrida infringe el artículo 126 del Real Decreto 557/2011, en relación con los artículos 3 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, en cuanto no se ha dado una consideración primordial a los intereses del menor, ni se han ponderado los intereses del menor, el daño realizado a la unidad familiar, la necesidad de mantener al menor en el medio familiar de origen y la obligación de prevenir y detectar precozmente las situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

La sentencia incumple la obligación de mantener al menor en su ámbito familiar que deriva de dichos preceptos. Las disposiciones legales relativas a las personas menores de edad deben interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Así, esta Convención impone que el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión, recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, lo que se debe aunar con lo estipulado en el artículo 10.2 CE, por el que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La sentencia recurrida, al poner en peligro la estancia de la familia en España, denegando la residencia a parte del núcleo familiar, pone en peligro el propio acceso del menor al tratamiento médico que le mantiene convida y no respeta ni ha tenido en cuenta el concepto de unidad familiar ya que la denegación de la residencia a la recurrente la obligaría a dejar el país, a la separación forzosa del núcleo familiar o la imposibilidad de su hermano enfermo de seguir el tratamiento que le permite permanecer con vida si quiere mantener su unidad familiar.

B.-La sentencia recurrida infringe la interpretación de *numerus apertus* que debe hacerse del artículo 31.4 LO 4/2000 (STS de 8 de enero de 2007, recurso 38/2005) y está exigiendo al demandante intentar obtener una autorización muy extraordinaria de la disposición adicional primera.4 ROEX que tiene un carácter discrecional mucho más amplio, pues claramente dicha cláusula no otorga un derecho subjetivo, sino la capacidad al Gobierno para conceder dichas autorizaciones en ciertos casos cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento.

Además, el propio formulario de solicitud en el cajetín “tipo de autorización solicitada” pone como opción “razones humanitarias: enfermedad sobrevenida o menor desplazado para tratamiento médico (art. 126.2)”, lo que por una persona no experta en derecho administrativo, es decir, un ciudadano medio, puede ser perfectamente interpretado como el caso de autos, por ello debería haber sido la Administración quien, en caso de considerar que la casilla marcada debería haber sido otra dentro de la categoría de autorizaciones extraordinarias por razones humanitarias, debería haberle dado traslado al solicitante para subsanar un error que resultaría subsanable.

CUARTO. El escrito de oposición.

La Abogacía del Estado en su escrito de oposición comparte sustancialmente los argumentos expresados en la sentencia recurrida.

En relación con el supuesto incumplimiento de la obligación de mantener al menor en su ámbito familiar, tal argumento decae porque la sentencia recurrida no resuelve la improcedencia de que le sea otorgada a la recurrente la autorización de residencia temporal en España, sino que lo que declara, con acierto, es que la misma no puede fundamentarse en el supuesto excepcional del art. 126.2 del Reglamento de la LOEX, como se pretende de contrario. En consecuencia, la sentencia recurrida no desconoce el interés del menor ni vulnera su derecho a la vida familiar.

Tampoco cabe estimar el presente recurso de casación con base en la aplicabilidad directa del art. 31.3 de la LOEX. En este orden de cosas, la sentencia recurrida explica cómo llega a conclusión contraria a la que postula la recurrente aplicando la doctrina jurisprudencial al respecto, y sobre la idea de que no hay un vacío normativo que pueda cubrirse con la interpretación extensiva del art. 126.2 del Reglamento de la LOEX y su aplicación a un supuesto ajeno al que la norma contempla. En fin, parece claro que la eventualidad de una interpretación y aplicación incorrecta de la disposición adicional primera, apartado cuarto, del reglamento de la LOEX por parte de la Administración no es criterio que justifique excluir automáticamente -y casi a título preventivo- su empleo a supuestos como el de autos.

QUINTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

La cuestión en la que el auto de admisión ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si concedida a un extranjero menor de edad la autorización de residencia temporal por razones humanitarias por razón de enfermedad sobrevenida de carácter grave regulada en el artículo 126.2 del Real Decreto 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(en adelante, REX), puede invocarse la protección del derecho a la unidad familiar para que otros integrantes de la unidad familiar que así lo soliciten puedan acogerse a esta misma clase de autorización o si, por el contrario, éstos necesariamente han de acogerse a las diversas autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales que dicha norma contempla en función de su respectiva situación fáctica y, en todo caso, al supuesto previsto en el inciso final del apartado 4 de la disposición adicional primera de esta disposición reglamentaria referido a las “autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento”.

La respuesta a esta cuestión no puede desvincularse de la realidad a la que responde que deriva de los autos recibidos y a la que hemos hecho referencia en el primer fundamento (art. 89.2.f LJCA): se trata de un menor de edad que se encuentra en España acompañado de una hermana, también menor de edad, y de sus padres, titulares de la patria potestad sobre ambos, al que sobreviene una enfermedad grave que requiere de una asistencia sanitaria especializada que no puede ser prestada en su país de origen y cuya falta de prestación pone en grave riesgo su salud o su vida, y al que, por esta razón, le es concedida una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias al amparo del art. 126.2 REX para que pueda ser tratado en España.

Pues bien, la concesión al menor de esta autorización de residencia temporal por estas circunstancias excepcionales obliga a extender la misma autorización a su hermana menor de edad y a ambos progenitores que con él conviven en España al tiempo de sobrevenir la enfermedad si no se quiere dejar a ambos menores en situación de absoluto desamparo.

La autorización de residencia concedida al menor aquejado de la enfermedad sobrevenida no puede privarle de la asistencia que deriva de la patria potestad de sus progenitores a quienes corresponde su guarda y protección, así como el necesario complemento de su capacidad de obrar que resultará

imprescindible en la toma de decisiones en relación con el tratamiento médico que justifica el otorgamiento de aquella autorización. De ahí su carácter inescindible.

Esta necesidad de ejercicio de la guarda, protección y complemento de la capacidad de obrar del menor por parte de sus progenitores durante el tratamiento, que conlleva la patria potestad, hace que no pueda someterse la autorización de residencia de sus padres, que con él convivían en España en el momento de sobrevenirle la enfermedad, a un régimen de autorización excepcional distinto del previsto en el art. 126.2, como puede ser el regulado en la disposición adicional primera, apartado cuarto, inciso final, REX, al que alude la sentencia recurrida. Se trata de autorizaciones de residencia, la del menor aquejado de la enfermedad y la de los padres -y por evidente extensión la de la hermana menor de edad-, indisolublemente ligadas a la situación de enfermedad de aquél y que, por tanto, deben estar amparadas por el mismo precepto.

La desvinculación entre la autorización de residencia concedida al menor por esta circunstancia excepcional y la de sus padres -y por extensión la de su hermana menor- supone incurrir en un riesgo de desmembramiento de la familia por ellos constituida incompatible con la situación de vulnerabilidad propia del menor y con seria incidencia en la finalidad misma de la autorización, la prestación del tratamiento médico necesario para proteger su salud y su vida, que se vería seriamente comprometida con la ausencia de la necesaria asistencia y protección de sus padres.

La autorización por circunstancias excepcionales contemplada en el art. 126.2 REX, cuando se concede a un menor de edad, debe ser en todo caso interpretada a la luz de las normas internas y convencionales que contemplan los derechos del niño, la supremacía de su interés superior y la necesidad de su protección integral y, preferentemente, en su ámbito familiar: art. 39 CE, arts. 3 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y art. 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Y de todo ello deriva que el otorgamiento a un menor de esta autorización por circunstancias excepcionales del art. 126.2 REX no puede separarle de su familia -padres y hermana menor-, si no quiere ponerse en serio riesgo la atención que durante la asistencia médica ha de recibir el niño y, con ello, el superior interés del mismo.

En definitiva, al otorgarse esta autorización debe prestarse una consideración primordial al superior interés del niño y ello resulta incompatible con la desvinculación de dicha autorización de la que deba concederse a sus padres -y por extensión a su hermana menor- con fundamento en esa misma enfermedad sobrevenida que aqueja al niño para prestarle durante su tratamiento la asistencia y protección familiar necesarias que derivan de la patria potestad que aquéllos ejercen.

SEXTO. La interpretación que fija esta sentencia.

Tras estas consideraciones, podemos ya dar respuesta a la cuestión que nos planteó el auto de admisión en los términos siguientes:

Concedida a un extranjero menor de edad la autorización de residencia temporal por razones humanitarias por razón de enfermedad sobrevenida de carácter grave regulada en el artículo 126.2 del Real Decreto 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, el superior interés del menor determina que sus padres y otros hermanos igualmente menores de edad que convivían con él en España al tiempo de sobrevenirle la enfermedad puedan acogerse también a esa autorización contemplada en el artículo 126.2 del citado real decreto.

SÉPTIMO. Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida no se ajusta a los criterios que acabamos de establecer por lo que debe ser casada, debiendo desestimarse el recurso de apelación formulado por la Abogacía del Estado y confirmarse la sentencia dictada por el Juzgado que accedió a la autorización de residencia solicitada,

al amparo del art.126.2 REX, por la aquí recurrente, doña Lorena, hermana del menor aquejado de la enfermedad sobrevenida autorizado a residir en España al amparo de dicho precepto, al ser aquella menor de edad y convivir con sus padres al tiempo de la solicitud.

OCTAVO. Pronunciamiento sobre costas.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 LJCA, cada parte abonara 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. Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

Segundo. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Lorena contra sentencia de 9 de noviembre de 2022 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el recurso de apelación n.º 579/2022, sentencia que, en consecuencia, se casa y anula y, en su lugar, se desestima el citado recurso de apelación formulado por la Abogacía del Estado y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de San Sebastián de 29 de abril de 2022 (recurso n.º 566/2021) que, anulando la resolución administrativa impugnada, concedió a la recurrente la autorización de residencia pretendida.

Tercero. Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.