



Roj: **STS 1183/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1183**

Id Cendoj: **28079130052021100081**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **6796/2019**

Nº de Resolución: **422/2020**

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

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 6372/2019,**
ATS 5552/2020,
STS 1183/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 422/2020

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6796/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6796/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 422/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 6796/19, interpuesto por doña Sagrario, representada por la procuradora de los Tribunales doña Neus Riudavets Vila y asistida por el letrado don Enrique Leiva Vojkovic contra la sentencia 72/2019, de 7 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), en el recurso de apelación 174/2017, interpuesto contra la sentencia 375/2016, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Barcelona, en el recurso contencioso administrativo (procedimiento abreviado) 381/2015, seguido contra resolución sobre extinción de vigencia de autorización de residencia y trabajo temporal.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado don José Ramón Rodríguez Carbajo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Subdelegación del Gobierno en Barcelona se dictó resolución con fecha 1 de diciembre de 2014 que acordaba:

"EXTINGUIR su AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO C/A RENOVACIÓN 1, con efectos desde el 06/09/2014, por los motivos anteriormente expuestos".

El motivo que en la resolución se expresaba era la siguiente: *"cuando se comprueba la presentación de un documento de trabajo relacionado con una empresa ficticia para la obtención de manera fraudulenta de una autorización de residencia temporal, la renovación de dicha autorización de residencia puede considerarse obtenida también de manera fraudulenta, es por lo que se encuentra, en consecuencia, en supuesto de extinción de su AUTORIZACION RESIDENCIA TEMPORAL Y TRRBAJO C/A 1 RENOVACION (artículo 162.2.c del R.D. 557/2011 de 20 de abril).*

Interpuesto recurso de reposición por la recurrente, fue desestimado por nueva resolución de la misma Subdelegación del Gobierno en Barcelona de fecha 7 de octubre de 2015.

Contra dichas resoluciones la recurrente formuló recurso contencioso administrativo (procedimiento abreviado) que fue tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Barcelona, bajo el número 381/2015, que dictó sentencia 375/2016, de 12 de diciembre, por la que procedió a la estimación del recurso, con anulación de las resoluciones impugnadas.

Recurrida en apelación dicha resolución, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación 174/2017, dictó sentencia 72/2019, de 7 de febrero, siendo su parte dispositiva como sigue:

1º.- Estimar el recurso de apelación que interpone la Administración del Estado contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Barcelona, en el procedimiento abreviado nº 381/2015, la cual se revoca y deja sin efecto alguno.

2º.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por D^a Sagrario contra las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 1 de diciembre de 2014 y 7 de octubre de 2015, que se confirman por ser ajustadas a Derecho.

3º.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada, e imponer las de la primera instancia a la parte actora, con el límite de la cantidad de 400 euros".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, doña Sagrario, a través de su representación procesal formalizó, en fecha de 4 de septiembre de 2019 escrito de preparación del recurso de casación en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa (LRJCA), en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio; en el citado escrito, acredita el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la sentencia.

Identifica con precisión las normas que reputa infringidas, su relevancia y su toma de consideración ---o no--- por la Sala de instancia; concretamente, por lo que al recurso de casación interesa, cita los artículos 162.1.a) y c) del 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, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (RLOEX); 68.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 17 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX); 68.5 del citado RLOEX; y 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), hoy 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en relación con las autorizaciones de tracto sucesivo, tomadas en consideración por la sentencia impugnada.

Argumentó que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia conforme al artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa (LRJCA).

Mediante auto de 27 de septiembre de 2019 de la Sala de instancia se tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esa Sala Tercera del Tribunal Supremo, y la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo se dictó Auto el 22 de julio de 2020, acordando:

1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D^a Sagrario contra la sentencia -nº 375/16, de 12 de diciembre- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Barcelona, que revoca y desestima el P.A. 381/15 deducido contra las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 1 de diciembre de 2014 y 7 de octubre de 2015.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar si, la obtención fraudulenta de una autorización de residencia temporal proyecta la concurrencia de la causa extintiva a las ulteriores renovaciones temporales o de larga duración que traen causa de la misma y, en consecuencia, si las autorizaciones de residencia otorgadas al amparo de la LO 4/2000 son o no autorizaciones de tracto continuo.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación: los arts. 162.1.a), 162.2.c) 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, así como el artículo 57.3 Ley 30/92 -hoy artículo 39.3 Ley 39/2015 -

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo. R. CASACION/6796/2019 6 5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto. 6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas de reparto."

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 28 de julio de 2020 se dio traslado por treinta días a la parte recurrente para formalizar la interposición del recurso de casación, presentando su escrito el 17 de septiembre de 2020, en el que solicitaba se dictara sentencia *"por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados en 2.A de esta demanda, pronunciándose la Sala sobre la interpretación de los extremos interesados igualmente en 2.B. de esta demanda"*.

QUINTO.- Por providencia de 22 de mayo de 2019 se tiene por interpuesto el recurso de casación por parte de doña Sagrario , y se acuerda dar traslado del escrito de interposición por treinta días a la Administración General del Estado, parte recurrida, que presentó su escrito de oposición en fecha de 13 de noviembre de 2020, oponiéndose al recurso de casación, solicitando se dicte sentencia desestimatoria del mismo y confirmatoria de la sentencia recurrida con los demás pronunciamientos legales.

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y, como la Sala no la consideró necesaria, por providencia de 27 de enero de 2021 se señaló para votación y fallo el día 23 de marzo de 2021, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación 6078/2018, interpuesto por doña Sagrario , contra la sentencia 72/2019, de 7 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), en el recurso de apelación 174/2017, interpuesto contra la sentencia 375/2016, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Barcelona, en el recurso contencioso administrativo (procedimiento abreviado) 381/2015, seguido contra resolución sobre extinción de vigencia de autorización de residencia y trabajo temporal.



Las resoluciones impugnadas en la instancia (de 1 de diciembre de 2014 y 14 de diciembre de 2015) habían declarado la extinción de la renovación de la anterior autorización de residencia y trabajo, concedida a la recurrente en la instancia con fecha de 21 de octubre de 2014, en aplicación del artículo 162.c) del RLOEX, como consecuencia de que, de conformidad con informe remitido por la Dirección General de la Policía, la empresa con la que la recurrente había mantenido un contrato de trabajo —con base al cual obtuvo la autorización inicial de trabajo y residencia— se trataba de una empresa ficticia, sin actividad real y de carácter instrumental constituida con la única finalidad de defraudar a la Seguridad Social.

La *ratio decidendi* de la sentencia de apelación se contiene en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la sentencia impugnada, que revoca en apelación la anteriormente dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Barcelona:

" PRIMERO.- *El artículo 162.2.c) del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece que la autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas o de la documentación aportada por el titular para obtener dicha autorización de residencia. En el mismo sentido, el artículo 162.2.b) contempla como causa de extinción la desaparición de las circunstancias que sirvieron de base para conceder la autorización.*

Este precepto autoriza a la Administración a dejar sin efecto una autorización de residencia temporal cuando se constate que la misma se concedió en base a alegaciones del titular o a documentos que no se ajustaban a la realidad de los hechos. En tales circunstancias, como ya ha declarado esta Sala en anteriores ocasiones (sentencia nº 1040/2014, de 29 de diciembre), no resulta necesario acudir a los procedimientos de revisión de oficio o de lesividad que regulan los artículos 106 y 107 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puesto que no se trata de un supuesto de nulidad o anulabilidad del acto administrativo, sino de falta de correspondencia con el supuesto de hecho que lo determina, producida por una actuación sólo imputable al interesado, que invocó datos falsos o inexactos.

SEGUNDO.- *En el caso que ahora se examina, la resolución impugnada procedió a declarar extinguida la autorización de residencia temporal de la que disponía la interesada, al comprobarse que había invocado para obtener la autorización inicial que existía un contrato de trabajo, cuando en realidad dicha relación laboral era ficticia. Como es evidente, este hecho comporta una inexactitud grave de las alegaciones formuladas para obtener la referida autorización, al tiempo que desaparecían las circunstancias que sirvieron de base para obtener la autorización de residencia de la interesada.*

En las actuaciones consta un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del que resultan los hechos que han quedado relatados. Por otra parte, como consecuencia de los mismos, fue acordada la anulación del alta de la interesada en la Seguridad Social.

El conjunto de los datos que resultan del expediente administrativo y de los autos permite afirmar que la relación laboral que invocó la recurrente para obtener el permiso de residencia inicial era meramente ficticia. De hecho, la actora no ha aportado prueba alguna tendente a acreditar la realidad de la actividad laboral que invoca, y ello pese a que el principio de facilidad probatoria le incumbía especialmente.

En consecuencia, debe considerarse que el resultado de la investigación llevada a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social constituye base suficiente para proceder a la extinción del permiso de residencia, especialmente ante la total carencia de cualquier prueba que permita sostener que la interesada trabajaba de forma efectiva para el empleador de que se trata. En efecto, siendo la relación laboral ficticia, las consecuencias que ello produce en el orden administrativo no pueden ser otras que la extinción de la autorización de residencia temporal que se obtuvo en base a ella, lo que resulta de la aplicación del artículo 162.2, apartados b) y c), del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, antes citado.

En consecuencia, debe concluirse que la discrepancia existente entre la relación laboral invocada por la actora y la realidad comprobada por la Inspección de Trabajo comporta una inexactitud grave de las alegaciones formuladas para obtener la autorización de residencia de la recurrente, de lo que se deriva la procedencia de la extinción de la misma, conforme a la normativa que antes ha quedado expuesta".

La sentencia de instancia, tras rechazar la argumentación de la anterior sentencia del Juzgado —que había anulado las resoluciones impugnadas—, termina señalando:

"A mayor abundamiento, esta conclusión resulta reafirmada por el carácter de este tipo de autorizaciones como de "tracto continuo", es decir, que no se agotan en sí mismas, sino que suponen una actividad continuada sometida a vigilancia de la Administración para comprobar que se cumplen los requisitos establecidos, tal y como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007.



Además de lo expuesto, debe señalarse que, en este caso, no se ha procedido a extinguir la autorización inicial, que había perdido vigencia por el transcurso del tiempo, sino la renovación vigente, que se ve afectada por la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, entonces vigente.

Por todo ello, procede estimar en su integridad el presente recurso de apelación y confirmar correlativamente las resoluciones administrativas impugnadas".

SEGUNDO.- En el escrito de interposición realiza la recurrente formula en primer lugar, de conformidad con el artículo 27.3 de la LRJCA la nulidad de pleno derecho del artículo 162.2.c) del RELOEX por vulneración del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como artículos 9.3 y 53 de la Constitución Española, por carecer el precepto reglamentario de la necesaria cobertura legal.

Con carácter subsidiario, la recurrente plantea la existencia de un error en la aplicación de la doctrina de las autorizaciones de tracto continuo, con infracción del citado artículo 162.2.c), poniendo de manifiesto la imposibilidad de jurídica de extinguir una autorización por presupuestas inexactitudes graves alegadas para la obtención de una autorización distinta y anterior sin la misma se someta a un procedimiento de revisión o extinción alguno, haciendo referencia a la proscripción de la irretroactividad de los actos administrativos de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LRJPA (hoy, 39.2 de la LPAC).

Pone de manifiesto la que denomina "cosa juzgada administrativa" —con cita de jurisprudencia—, y discrepa de la decisión adoptada por las resoluciones administrativas, y por la sentencia de instancia recurrida, bajo la cobertura de la doctrina del tracto sucesivo, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LPAC. Niega que los dos apartados del artículo 162.2 (b y c) no son complementarios, sino antitéticos.

Por otra parte, y con carácter alternativo, considera que se ha producido un error en la aplicación de la mencionada doctrina de las autorizaciones de tracto continuo, con infracción del artículo 162 del RELOEX, en relación con el artículo 106 de la LPAC, distinguiendo entre supuestos de nulidad, anulabilidad y extinción, de conformidad con un criterio temporal (que relaciona con la eficacia retroactiva), así como con la imposibilidad de dejar sin efecto el régimen legal de revisión de los actos administrativos, lo cual sería contrario al principio de legalidad y otros valores y principios constitucionales.

También apela a la vulneración de los artículos 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 10 y 17 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, negando la posibilidad de que una Administración pueda revisar los actos dictados por otra, con infracción de la doctrina de las autorizaciones de tracto continuo, característica que niega pueda atribuirse a las autorizaciones de residencia y trabajo, pues ello implicaría un control permanente o una vigilancia directa que carecería de todo amparo legal.

Por último, insiste en la vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (39.1 de la LPAC), con apoyo en jurisprudencia que cita del Tribunal Constitucional, poniendo de manifiesto que no existe norma con rango de ley que habilite dotar de efectos retroactivos a los procedimientos de extinción, siendo ello lo que ratifica, de forma indebida la sentencia de instancia.

Por su parte, la representación estatal expone que la cuestión ya había sido resuelta por la Sala en la STS 1797/2018, que en su escrito reproduce (Fundamentos Jurídicos Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo).

TERCERO.- Nuestra respuesta no puede variar de la que ya dimos —con diversos matices— en las SSTS 820/2019, de 13 de junio (RC 3498/2018, ECLI: ES:TS:2019:1994), 966/2019, de 1 de julio (RC 1826/2018, ECLI:ES:TS: 2019:2325), 1304/2019, de 3 de octubre (RC 7231/2018, ECLI:ES:TS:2019: 3265) y 1830/2019, de 18 de diciembre (RC 2521/2019, ECLI:ES:TS:2019:4160).

Por todas reproducimos la segunda de las citadas:

"En respuesta a la cuestión que por su interés casacional se plantea en el auto de admisión a trámite del recurso de casación referenciado en el precedente, es obligado resaltar que el artículo 162 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, bajo el epígrafe "Extinción de la autorización de residencia temporal" distingue entre la extinción de la vigencia de las autorizaciones sin necesidad de un pronunciamiento administrativo, contemplado en el apartado 1 de dicho precepto, y la extinción de las autorizaciones que sí requieren resolución administrativa, contemplado en el apartado 2, recogiendo en uno y otro apartado las circunstancias habilitantes para ello.

Dice así el citado artículo 162:



"La extinción de la autorización de residencia temporal, salvo en los supuestos específicamente regulados en otros artículos de este capítulo, se producirá de acuerdo con lo dispuesto en este artículo.

1. La vigencia de las autorizaciones de residencia temporal se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo:

a) Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido. No obstante, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento, la vigencia de la autorización se entenderá prorrogada en caso de que se solicite su renovación en plazo y hasta que se resuelva el procedimiento de renovación.

b) Por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria de la autorización, en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes en estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

c) Por la inclusión en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos en este Reglamento, bien por no haberse conocido dicha circunstancia en el momento de su entrada, bien por haberse producido durante su permanencia en España.

2. La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el extranjero cambie o pierda su nacionalidad, sin perjuicio de que pueda adquirir otra autorización de residencia en atención a las nuevas circunstancias.

b) Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión.

c) Cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas o de la documentación aportada por el titular para obtener dicha autorización de residencia.

d) Cuando deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor, salvo que pueda justificar que ha realizado los trámites necesarios para la renovación o recuperación del pasaporte o documento análogo.

e) Cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año.

Esta circunstancia no será de aplicación a los titulares de una autorización de residencia temporal y trabajo vinculados mediante una relación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, inscritas en el registro general correspondiente y reconocidas oficialmente de utilidad pública como cooperantes, y que realicen para aquéllas proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero. Tampoco será de aplicación a los titulares de una autorización de residencia que permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la propia Unión".

Centrándonos en el supuesto de autos, en el de la extinción de la autorización de residencia temporal por la concurrencia de la circunstancia prevista en el subapartado c) del apartado 2 del artículo 162, para el que dicho precepto exige la resolución del órgano competente para su concesión, difícil es llegar a comprender la razón por la que habiendo ya transcurrido el plazo de vigencia de la autorización y, como consecuencia, su extinción (artículo 162.1 a)), se procede a declarar extinguida la autorización por la concurrencia de una circunstancia distinta al mero transcurso del plazo de vigencia. La única explicación posible a tal forma de proceder es entender que se trata de evitar que en aplicación de lo prevenido en el inciso segundo del artículo 162.1.a) deba considerarse prorrogada la autorización extinguida por el transcurso del plazo de vigencia en el caso de solicitud de renovación en plazo y hasta que se resuelva el procedimiento.

Con acierto advierte la sentencia recurrida, tras referirse a una aparente contradicción entre los artículos 71 y 162 del Real Decreto 557/2011, que el artículo 71, relativo a la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, incorpora la posibilidad de que se renueve la autorización aun cuando no continúe vigente el contrato de trabajo en cuya virtud se concedió aquélla.

Así resulta en efecto del citado artículo 71.2, cuando tras prever la renovación de la autorización de residencia y trabajo temporal por cuenta ajena, establece entre los supuestos que pueden dar lugar a ello, concretamente en su apartado b):

"Cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador se encuentre en alguno de las siguientes situaciones:

1.º Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.



2.º Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación".

No le falta razón a la Abogacía del Estado al sostener que el artículo 162.2 del Real Decreto 557/2011 no hace depender la extinción de la residencia temporal de la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo temporales por expiración de su vigencia ni impone a la administración ningún límite temporal para proceder a la declaración de extinción, pero tal argumentación no le habilita para defender que con ocasión de una solicitud de renovación prevista en el artículo 71 pueda la administración declarar la extinción de una autorización al amparo del 162.2 cuando precisamente ya está extinguida por el transcurso del plazo de vigencia.

Es de advertir que esta Sala, en sentencia de 18 de diciembre de 2018, dictada en el recurso de casación número 6231/2017, en un supuesto de declaración por la administración de extinción de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia en aplicación del artículo 162.2.e) del Real Decreto 557/2011, en el que también la Abogacía del Estado sostenía que los supuestos del citado apartado 2 del artículo 162 se producen ex tunc, extinguiendo la autorización obtenida desde la fecha en la que se concedió, expresó en el fundamento de derecho noveno lo siguiente:

"Como antes hemos señalado, resulta evidente que la normativa en materia de extranjería regula un doble sistema de extinción de las autorizaciones de residencia temporal, dado que en el supuesto del art. 162.1, se produce, la extinción por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido, lo que justifica la ausencia de necesidad de un pronunciamiento administrativo, mientras que en los supuestos de las causas de extinción del artículo 162.2 RD 557/2011, se exige resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

Ambos supuestos resultan mutuamente excluyentes, dado que si la administración decide, tras comprobar el incumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión y permanencia que la autorización de residencia temporal se extinga, parece claro que ya no podría operar la extinción por el transcurso del tiempo de su vigencia y, al contrario, no parece posible que una autorización cuyos efectos han terminado por transcurso del tiempo, pueda a su vez resultar extinguida por incumplimiento.

El problema se plantea en aquellos supuestos, como ocurre en el presente caso, en los que la constatación de la concurrencia de alguna de las causas del art. 162.2, se produce una vez extinguida la autorización por la vía del art. 162.1, esencialmente por las consecuencias que la causa de extinción tenga en la situación de residencia posterior del extranjero en España, esencialmente, en la obtención de la autorización de residencia de larga duración, dado que, el art 147 establece que "Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años", esto es, la causa de extinción de la autorización de residencia temporal es relevante para determinar el requisito de la residencia legal y continuada, dado que si tal autorización fue extinguida por incumplimiento tal requisito no concurriría.

Lo que ocurre es que, a juicio de esta Sala, ello no permite a la Administración proceder a declarar extinguida por incumplimiento una autorización que ha dejado de surtir efectos por el vencimiento del plazo de su vigencia, lo que tampoco implica que tal circunstancia sea irrelevante, lo que ocurre es que tal valoración debe posponerse a un momento posterior, procediendo a valorar tal incumplimiento en el momento de comprobar la concurrencia o no de los requisitos previstos en el art. 147 para la residencia de larga duración, una autorización de la que, según la sentencia, ya venía disfrutando el demandante en la instancia y sometida a revisión jurisdiccional".

No está de más puntualizar que en reciente sentencia de esta Sala, de 13 de junio de 2019, dictada en el recurso de casación número 3948/2018, expresamos nuestra discrepancia con el criterio de la Abogacía del Estado en orden a la inexistencia de límite temporal para que la administración proceda a la extinción de las autorizaciones previstas en el artículo 162.2, fundamentado, al igual que en el presente recurso, en el carácter meramente declarativo de la extinción y en que tanto en los supuestos del apartado 1 como del apartado 2 la extinción se produce ope legis, en los siguientes términos:

"El límite temporal para que la Administración decreta la extinción por incumplimiento es la extinción "ope legis" "sin necesidad de pronunciamiento administrativo" (art. 162.1) de la autorización porque no se puede extinguir lo ya extinguido.

Respecto de la naturaleza de la resolución administrativa de extinción, discrepamos también de la Abogacía del estado, dado el tenor literal del primer párrafo de su apartado 2: "La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: ..."



El precepto dice "se extinguirá", no dice "declarará su extinción" y este dato es relevante pues en tanto no se dicte la resolución -que tiene efectos constitutivos "ex nunc"- la autorización no queda extinguida, salvo que hubiera transcurrido el plazo de su expedición o concurrieran las otras dos circunstancias previstas en el apartado 1 de tan citado art. 162, que causan su extinción "ope legis", haciendo entonces innecesario e improcedente tal pronunciamiento".

En atención a lo precedentemente expuesto, y dando respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión, concluimos que la facultad de la administración para declarar extinguidas las autorizaciones temporales de residencia o de residencia y trabajo contemplada en el artículo 162.2 del Real Decreto 557/2011, debe ser ejercitada, inexcusablemente, antes de que dicha autorización haya concluido su plazo inicial de vigencia".

Igualmente hemos respondido a la cuestión en la STS 1797/2018, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4385, RC 6321/2017), cuya doctrina, también debemos reproducir:

"SÉPTIMO: La constatación de un doble sistema de extinción de las autorizaciones de residencia temporal no admite duda, dado que en el supuesto del art. 162.1, se produce, la extinción por, en lo que al presente caso interesa, el transcurso del plazo para el que se hayan expedido, lo que justifica la ausencia de necesidad de un pronunciamiento administrativo, mientras que en los supuestos de las causas de extinción del artículo 162.2 RD 557/2011, se exige resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones y en lo que afecta al presente caso, el incumplimiento de una residencia ininterrumpida durante un determinado período de tiempo.

Siendo esto así, la cuestión litigiosa se reduce a decidir si resulta posible que una autorización ya extinguida por la vía del art. 162.1, esto es por el transcurso del tiempo concedido (10 de mayo de 2013), sea posteriormente objeto del procedimiento del art. 162.2, con la finalidad, declarada expresamente de evitar que adquiera una autorización de residencia de larga duración, habiendo obtenido una autorización de residencia temporal (de la que trae causa la de larga duración) de forma irregular.

Sostiene a este respecto el Sr. Abogado del Estado que "la extinción de la autorización de residencia temporal originaria ex artículo 162.2 RD 557/2011 debe ser procedente, por más que dicha autorización haya caducado, a los efectos de restaurar la legalidad infringida, acreditando que la residencia disfrutada a su amparo no fue legal y procediéndose así a la extinción de la residencia de larga duración con el fin de reponer el status quo existente en la fecha de concesión de la autorización de residencia temporal originaria. Y todo ello se produce como consecuencia de la concatenación o interdependencia de las sucesivas autorizaciones de residencia de que un extranjero puede ser titular, de modo que, concurriendo un vicio en la primera de ellas, dicho vicio comunica a las demás que traen causa de la primera, al ser dependientes de ésta".

OCTAVO: Sobre esta cuestión, existen posiciones discrepantes entre las distintas Salas de los Tribunales Superiores.

La propia Sala de Cataluña sostuvo criterio diferente al ahora impugnado en la Sentencia, número 426/2016, dictada en el Rollo de Apelación número 176/2014, que, sí contempla la posibilidad de extinguir una autorización caducada disponiendo la compatibilidad de los regímenes de extinción contemplados en los apartados primero y segundo del artículo 162, al razonar que "La extinción de la autorización de residencia temporal concedida al apelante el 29 de julio de 2009 por el transcurso del plazo fijado en la misma, no es obstáculo en el seguimiento del procedimiento previsto en el artículo 162.2 del Real Decreto de referencia, para dictar resolución, que de ser anulatoria hace innecesario el seguimiento del procedimiento de revisión de oficio regulado en el artículo 102 y siguientes de la LPAC, ya que en este caso existe previsión normativa expresa que permite la anulación utilizando otro procedimiento."

Por su parte establece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía número 1163/2017, dictada en el Rollo de Apelación número 1386/2016, lo siguiente:

"Pues bien, la pretensión de la parte apelante no puede ser acogida y ello porque, en orden al primero de los motivos alegados, y aun cuando es lo cierto que a la fecha en que se inició el procedimiento para la extinción de la autorización de residencia y trabajo, 13 de febrero de 2015, ésta ya había extinguido el 13 de octubre de 2010 su vigencia por el transcurso del plazo, lo que en principio pudiera poder sustentar la pretensión de la recurrente y apelante en la actualidad, en la medida en que no es dable extinguir lo ya extinguido, al ser lo cierto que mientras que el apartado 1º del art 162 del RD 557/2011, lo que se contempla no es la extinción de la autorización, sino la extinción de la vigencia de la autorización, razón por la que no es necesario el dictado de una resolución expresa, en el apartado 2º lo que se contempla no es la extinción de la vigencia, sino la extinción de la autorización, se está ante dos supuestos distintos que como tal no se excluyen el uno al otro hasta el punto de impedir que la autorización cuya vigencia se ha extinguido por el simple transcurso del plazo, no permita extinguirla cuando se



compruebe que para su obtención se han alegado y aportado documentos en los que se descubran inexactitudes graves, que de haberse conocido en su momento hubiesen impedido la autorización de residencia temporal y trabajo, (...)

Junto a esta doctrina jurisprudencial favorable a extinguir una autorización caducada, existe también pronunciamientos en sentido contrario.

En este es menester mencionar la doctrina contenida en la Sentencia número 301/2016 de 21 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, cuando afirma que "El artículo 162.2 RLOEX regula la extinción de la autorización de residencia temporal, contemplando lógicamente la extinción de la autorización que se halla vigente, no de aquellas precedentes hubieran perdido su vigencia por el transcurso del plazo para el que fueron expedidas de conformidad con lo previsto por el apartado a) del número 1 del artículo 162 RLOEX, puesto que no cabe extinguir autorizaciones extinguidas."

En idéntico sentido se pronuncia también el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, esta vez en Sentencia número 95/2015, de 11 de febrero, con el siguiente tenor:

"Por lo expuesto, la Administración únicamente podría haber hecho un uso legítimo de su potestad extintiva reconocida en la norma, dentro del plazo de vigencia de la autorización inicial, cuando fuera incontrovertido que el beneficiario de la misma no podría cumplir ya los requisitos que el Real Decreto 557/2011 establece para acceder a la renovación."

NOVENO: Como antes hemos señalado, resulta evidente que la normativa en materia de extranjería regula un doble sistema de extinción de las autorizaciones de residencia temporal, dado que en el supuesto del art. 162.1, se produce, la extinción por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido, lo que justifica la ausencia de necesidad de un pronunciamiento administrativo, mientras que en los supuestos de las causas de extinción del artículo 162.2 RD 557/2011, se exige resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

Ambos supuestos resultan mutuamente excluyentes, dado que, si la administración decide, tras comprobar el incumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión y permanencia que la autorización de residencia temporal se extinga, parece claro que ya no podría operar la extinción por el transcurso del tiempo de su vigencia y, al contrario, no parece posible que una autorización cuyos efectos han terminado por transcurso del tiempo, pueda a su vez resultar extinguida por incumplimiento.

El problema se plantea en aquellos supuestos, como ocurre en el presente caso, en los que la constatación de la concurrencia de alguna de las causas del art. 162.2, se produce una vez extinguida la autorización por la vía del art. 162.1, esencialmente por las consecuencias que la causa de extinción tenga en la situación de residencia posterior del extranjero en España, esencialmente, en la obtención de la autorización de residencia de larga duración, dado que, el art 147 establece que "Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años", esto es, la causa de extinción de la autorización de residencia temporal es relevante para determinar el requisito de la residencia legal y continuada, dado que si tal autorización fue extinguida por incumplimiento tal requisito no concurriría.

Lo que ocurre es que, a juicio de esta Sala, ello no permite a la Administración proceder a declarar extinguida por incumplimiento una autorización que ha dejado de surtir efectos por el vencimiento del plazo de su vigencia, lo que tampoco implica que tal circunstancia sea irrelevante, lo que ocurre es que tal valoración debe posponerse a un momento posterior, procediendo a valorar tal incumplimiento en el momento de comprobar la concurrencia o no de los requisitos previstos en el art. 147 para la residencia de larga duración, una autorización de la que, según la sentencia, ya venía disfrutando el demandante en la instancia y sometida a revisión jurisdiccional..

DÉCIMO: Con base en los anteriores razonamientos al interrogante que presentaba interés casacional objetivo, debemos responder que la normativa en materia de extranjería regula un doble sistema de extinción de las autorizaciones de residencia temporal, dado que, en el supuesto del art. 162.1, se produce, la extinción por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido, lo que justifica la ausencia de necesidad de un pronunciamiento administrativo, mientras que en los supuestos de las causas de extinción del artículo 162.2 RD 557/2011, se exige resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

Ambos supuestos resultan mutuamente excluyentes, dado que, si la administración decide, tras comprobar el incumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión y permanencia que la autorización de residencia temporal se extinga, ya no podría operar la extinción por el transcurso del tiempo de su vigencia y, al contrario,



no parece posible que una autorización cuyos efectos han terminado por transcurso del tiempo, pueda a su vez resultar extinguida por incumplimiento.

Consecuentemente, no resulta posible a la Administración proceder a declarar extinguida por incumplimiento una autorización que ha dejado de surtir efectos por el vencimiento del plazo de su vigencia, lo que tampoco implica que tal circunstancia sea irrelevante, sino que tal valoración debe posponerse a un momento posterior, procediendo a valorar tal incumplimiento en el momento de comprobar la concurrencia o no de los requisitos previstos en el art. 147 para la residencia de larga duración".

CUARTO.- La interpretación que se ha concluido de los referidos artículos del RELOEX implica, en el supuesto de autos, la estimación del recurso de casación, con anulación de la sentencia de instancia impugnada de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña así como de las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de fecha 1 de diciembre de 2014 y 7 de octubre de 2015.

QUINTO. No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso por no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la LRJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

FALLO

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

1º.- Fijar —y reiterar— como criterios interpretativos del artículo 162 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, los expuestos en el Fundamento Jurídico Tercero de esta sentencia.

2º.- Haber lugar al recurso de casación 6796/2019, interpuesto por don Sagrario , contra la sentencia 72/2019, de 7 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), en el recurso de apelación 174/2017, interpuesto contra la sentencia 375/2016, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Barcelona, en el recurso contencioso administrativo (procedimiento abreviado) 381/2015.

3º.- Casar y anular la sentencia 72/2019, de 7 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta).

4º.- Estimar el recurso contencioso administrativo 381/2015 formulado por la recurrente contra las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de fecha 1 de diciembre de 2014 y 7 de octubre de 2015, las cuales anulamos por resultar contrarias al Ordenamiento jurídico.

5º.- No hacer expresa condena sobre el pago de las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.