



Roj: **STS 72/2020 - ECLI:ES:TS:2020:72**

Id Cendoj: **28079130052020100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **15/01/2020**

Nº de Recurso: **6078/2018**

Nº de Resolución: **22/2020**

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

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2194/2018,**
ATS 8435/2019,
STS 72/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 22/2020

Fecha de sentencia: 15/01/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6078/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.2

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6078/2018

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. 22/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 15 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 6078/2018, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado don José Ramón Rodríguez Carbajo contra la sentencia 277/2018, de 6 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Segunda), en el recurso de apelación 845/2017, interpuesto contra la sentencia 88/2017, de 15 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Donostia San Sebastián, en el recurso contencioso administrativo 14/2017, seguido contra resolución sobre extinción de autorización de residencia y trabajo.

Ha comparecido como parte recurrida doña Salome , de nacionalidad nicaragüense, representado por la procuradora doña Marta Pascual Miravalles y asistido del letrado don Aratz Estomba Iturriza.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la Subdelegación del Gobierno del Gobierno en Guipuzkoa se dictó resolución con fecha 27 de septiembre de 2016 que acordaba:

"Declarar la extinción de la autorización referenciada al ciudadano extranjero D./D^a Salome , advirtiéndose así mismo de la obligatoriedad de efectuar su salida del Territorio Nacional en el plazo de QUINCE DÍAS, a partir del siguiente al de su notificación, de conformidad con el artículo 28.3 c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero "

Interpuesto recurso de reposición por doña Salome , el mismo fue desestimado por nueva resolución de la misma Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa de fecha 8 de noviembre de 2016.

Contra dichas resoluciones la recurrente formuló recurso contencioso administrativo (procedimiento abreviado) que fue tramitado por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 2 de San Sebastián bajo el número 14/2017, que dictó sentencia 88/2017, de 15 de mayo, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debo DESESTIMAR como DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de doña Salome , contra la Resolución referenciada en el fundamento primero de la presente Sentencia. Con expresa condena en costas a la demandante con el límite máximo de 300 euros".

Recurrida en apelación dicha resolución, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de apelación 845/2017, dictó sentencia 277/2018, de 6 de junio, siendo su parte dispositiva como sigue:

"I.- Estimamos el presente recurso de apelación nº 845/2017, interpuesto contra la sentencia número 88/2017, de 15 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Donostia San Sebastián en el procedimiento abreviado número 14/2017 , desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 8 de noviembre de 2016 de la Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 27 de septiembre anterior, por la que se declaró la extinción de la autorización de residencia y trabajo de la interesada.

II.- Revocamos la sentencia apelada y la dejamos sin efecto.

III.- Estimamos el recurso contencioso administrativo y anulamos la resolución recurrida.

IV.- Sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el Abogado del Estado formalizó escrito de preparación de 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, el cual, por auto de 13 de septiembre de 2017 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 6 de mayo de 2019 --tras dejar sin efecto la inicial providencia de inadmisión de 14 de marzo anterior--, acordando:

1º) Admitir a trámite el presente recurso de casación nº 6078/2018, preparado por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia -núm. 277/2018 de 6 de junio- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria de la apelación 845/2017, y con revocación de la sentencia nº 88/17, de 15 de mayo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, estima el P.A 14/17, interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Guipúzcoa, de 8 de noviembre de 2016, que declara extinta la autorización de residencia y trabajo de la demandante.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: a) Si 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 RD. 557/2011 de 20 de abril, Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RLOEX) debe ser ejercitada, inexcusablemente, antes de que dicha autorización haya concluido su plazo inicial de vigencia o si, por el contrario, puede igualmente ser ejercitada con motivo de la tramitación del procedimiento de renovación de dicha autorización y b) Si en este segundo caso la facultad de declarar extinta la autorización queda enervada por la concurrencia de alguna de las causas habilitantes para su renovación previstas en el artículo 71.2 RLOEX.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 162 y 71.1 del RD. 557/2011 de 20 de abril, Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RLOEX).

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

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 normas sobre reparto de asuntos.

7º) Sin costas".

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 13 de mayo de 2019 se dio traslado por treinta días a la parte recurrente (Administración General del Estado) para formalizar la interposición del recurso de casación, presentando su escrito el 20 de mayo de 2019, en el que solicitaba se dictara sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la sentencia recurrida con los pronunciamientos legales expuestos en el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de 22 de mayo de 2019 se tiene por interpuesto el recurso de casación por parte de la Administración General del Estado, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición por treinta días a la parte recurrida, que presentó su escrito de oposición en fecha de 8 de julio de 2019, oponiéndose al recurso de casación, solicitando la ratificación de la sentencia recurrida por el Abogado del Estado con imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y, como la Sala no la consideró necesaria, por providencia de 4 de octubre de 2019 se señaló para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2019, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia 682/2018, de 25 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Segunda), en el recurso de apelación 845/2017, interpuesto contra la sentencia 88/2017, de 15 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Donostia San Sebastián, en el recurso contencioso administrativo 14/2017, seguido contra resolución sobre extinción de autorización de residencia y trabajo de doña Salome .

Las resoluciones impugnadas en la instancia (de 27 de septiembre y 8 de noviembre de 2016) habían declarado la extinción 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 de los artículos 162.2.b) y 162.c) 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 (RLOEX), como consecuencia del incumplimiento de los términos contractuales y quedar reducido el salario a la mitad de lo inicialmente pactado y que, por igualar el Salario Mínimo Interprofesional, le permitió la obtención de la autorización extinguida.



La *ratio decidendi* de la sentencia de apelación se contiene en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia impugnada, que revoca en apelación la anteriormente dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de Donostia San Sebastián:

" Aun cuando se redujo el salario pactado por debajo del salario mínimo interprofesional, es beneficiaria de la prestación asistencial renta de garantía de ingresos, lo que impide la extinción de la autorización.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada da cuenta de la sentencia de la Sala número 427/2015, de 23 de septiembre, dictada en el recurso de apelación número 560/2014 , a tenor de la cual el requisito de disponer de un contrato de trabajo que garantice retribuciones equivalentes al salario mínimo interprofesional durante el tiempo de vigencia de la autorización, no es meramente formal sino material, y pretende garantizar que el extranjero que pretenda residir legalmente en España tenga medios económicos para su subsistencia sin acudir a la asistencia social. Se trata de un requisito que se cumple con la presentación de un contrato firmado por un empleador, pero no basta con dicha expresión de voluntad, sino que resulta necesario su cumplimiento, previendo el artículo 162.2 RLOEX, en sus apartados b) y c), una cláusula de cierre que determina la extinción de la autorización concedida cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión, o se incurrió en inexactitud grave en las alegaciones formulados, o la documentación aportada para obtener la autorización, lo que posibilita, como en el caso ocurre, la extinción de autorizaciones de residencia temporal en las que se aporta un contrato de trabajo cuando se evidencia con posterioridad su incumplimiento, sea cual sea la razón de ello, bien porque el contrato fuera simulado, bien porque el empleador carecía de medios económicos necesarios para su cumplimiento, bien por una decisión extintiva del empleador o una decisión unilateral y voluntaria del trabajador extranjero.

El incumplimiento del contrato presentado en el caso de autos, es manifiesto, al quedar reducida a la mitad la retribución pactada, a los dos meses de vigencia del contrato, siendo indiferente a tales efectos que la causa que lo determine sea la falta de disposición de medios económicos para su cumplimiento por parte de la empleadora.

Ahora bien, la apelante acreditó en la instancia ser beneficiaria de la prestación asistencial renta de garantía de ingresos en la cuantía anteriormente expresada, y reitera en esta alzada que dicha circunstancia, que de conformidad con lo previsto por los artículos 38.6 LOEX y 71.2.d) RLOEX posibilita la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, aun cuando no se acredite la continuidad de la relación laboral en los términos exigidos por los apartados a), b), y c), ha de operar asimismo en orden a impedir la extinción de la autorización concedida al amparo del artículo 202 RLOEX por la causa apreciada en la resolución recurrida de desaparición de las circunstancias que determinaron su concesión.

Procede la estimación del recurso toda vez que el artículo 202 RLOEX exige para conceder la autorización inicial de residencia temporal y trabajo con vigencia de dos años a quienes acredita haber residido legalmente en España durante al menos un año mediante una autorización por circunstancias excepcionales de arraigo, como es el caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 71 para la renovación de la autorización inicial de residencia y trabajo.

El artículo 71.2 RLOEX contempla la renovación de la autorización inicial de residencia y trabajo, no sólo en los supuestos de continuidad de la actividad laboral que determinó la autorización por circunstancias excepcionales (número 2.a), o bien cuando se realizó la actividad durante un mínimo de seis meses y disponga de un nuevo contrato de trabajo (número 2.b), o cuando acredite una actividad laboral mínima de tres meses y adicionalmente que la relación laboral se extinguió por causas ajenas a su voluntad, que buscó activamente empleo mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo y en el momento de solicitar la renovación dispone de un nuevo contrato (número dos.c), sino también, de acuerdo con el número 2.d), cuando, no acreditando ni la continuidad de la actividad laboral ni su realización en la cuantía mínima establecida por los antedichos preceptos, acredita el solicitante de la renovación ser titular de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral de las previstas por el artículo 38.6. c) LOEX.

Quiere ello decir que si la apelante, en el momento de solicitar la autorización prevista por el artículo 202 RLOEX, en lugar de aportar un contrato de trabajo de empleada de hogar, como hizo, hubiera acreditado ser beneficiaria de la prestación asistencial renta de garantía de ingresos, le hubiera sido concedida.

Y siendo ello así, teniendo en cuenta que aportó un contrato de trabajo que por circunstancias ajenas a su voluntad a los dos meses de cumplimiento se vio modificado por la empleadora, reduciendo su retribución a una cuantía inferior al salario mínimo interprofesional, y teniendo asimismo en cuenta que acredita ser perceptora de la prestación asistencial renta de garantía de ingresos (documento número 6 de la demanda), resulta obligado concluir que no cabe la extinción de la autorización concedida, puesto que aun cuando se hayan modificado las condiciones pactadas en el contrato y se considere que por dicha razón desaparecen las circunstancias que determinaron la concesión de la autorización, la extinción no se hubiera producido de haber logrado otro contrato, ni se debe producir teniendo en cuenta que, no habiéndolo logrado, acredita ser perceptora de la renta



de garantía de ingresos según la certificación extendida por Lanbide el 12 de diciembre de 2016 que, aun cuando no dice expresamente la fecha desde la que resulta beneficiaria de la misma, hemos de retrotraerla al ejercicio 2014, puesto que a dicho año viene referido el expediente sobre el que se emite la certificación.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, la revocación de la sentencia apelada, y asumiendo la Sala la posición de tribunal de instancia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida".

SEGUNDO.- Disconforme el Abogado del Estado con la sentencia de apelación referenciada, presenta escrito de preparación contra la misma en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó como normas infringidas los artículos 71 y 162.2 del RLOEX verificando el oportuno juicio de relevancia, y considerando, en síntesis, que la doctrina de la sentencia no era correcta al hacer depender la aplicación de lo dispuesto en el artículo 162.2 del RLOEX de lo recogido en el otro artículo (el 71), por lo que la potestad extintiva de la Administración debe ejercitarse respetando siempre los límites y contornos de los supuestos de renovación que la normativa reglamentaria contempla, y sin que el artículo 162.2 imponga ningún límite temporal para proceder a declarar la extinción.

Una vez se tuvo por preparado el recurso de casación por el Tribunal Superior de Justicia, y tras la remisión de las actuaciones a esta Sala, por ATS de su Sección Primera de 6 de mayo de 2019, fue el mismo admitido a trámite en los términos ya transcritos en los Antecedentes de Hecho de esta misma sentencia.

En el escrito de interposición realiza el Abogado del Estado recurrente exposición razonada de las infracciones normativas identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita; en concreto, insiste en que la sentencia fija como doctrina que en aquellos supuestos en los que se cumplan los requisitos para obtener la renovación de la autorización de residencia (artículo 71 RLOEX) no será procedente la extinción de la misma al amparo del artículo 162, pero discrepa de la misma por cuanto, según expresa, no pueden mezclarse los supuestos de renovación de las autorizaciones de residencia con las causas de extinción de las mismas, sin que el artículo 162 imponga a la Administración límite temporal alguno para proceder a la declaración de la extinción. Por otra parte, la remisión que la sentencia realiza al citado artículo 71.2 resulta fuera de lugar pues dicha remisión es inexistente, por cuanto dicho precepto se refiere a la renovación de las autorizaciones de residencia ejercitadas legalmente, y cuyo plazo va a concluir, mientras que el 162.2.b) del mismo RLOEX se refiere a la extinción de las autorizaciones de residencia que no han sido ejercitadas en legal forma.

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 decrete 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 impropio 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".



CUARTO. La interpretación que se ha concluido de los referidos artículos del RLOEX implica el rechazo de la pretensión casacional del Abogado del Estado recurrente, y la ratificación de la decisión adoptada por la sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

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.

Por todo lo expuesto, de conformidad con la doctrina establecida por la Sala, en nombre de Su Majestad el Rey, y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

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 de los artículos 162 y 71 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. No haber lugar al recurso de casación 6078/2018 interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia 277/2018, de 6 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Segunda), en el recurso de apelación 845/2017, interpuesto por doña Salome contra la sentencia 88/2017, de 15 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Donostia San Sebastián, en el recurso contencioso administrativo 14/2017, seguido contra resolución sobre extinción de autorización de residencia y trabajo; sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que declaramos ajustada al Ordenamiento jurídico.

3º. 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.

D. José Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina D^a. Inés María Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño D. Fco. Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Fernández Valverde, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.