



Roj: **STS 4385/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4385**

Id Cendoj: **28079130052018100482**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **18/12/2018**

Nº de Recurso: **6321/2017**

Nº de Resolución: **1797/2018**

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

Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.797/2018

Fecha de sentencia: 18/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6321/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

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.: 6321/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1797/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño



D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 18 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 6321/2017, formulado por el Sr. Abogado del Estado, en defensa y representación de la Administración General del Estado, contra la Sentencia de uno de septiembre de dos mil diecisiete, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección quinta, en el recurso de apelación nº 774/2015 (contra la Sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de Barcelona, con el número 324/2014), sostenido contra la Resolución de fecha 19 de febrero de 2014, de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, que extingue la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, segunda renovación, que había sido concedida al recurrente con validez del 01/07/2011 al 03/07/2013, por haber permanecido fuera España más de 6 meses en un período de un año.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de Barcelona, en el Procedimiento abreviado número 324/2014, se acordó <<DESESTIMAR [...] el Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por Jose Carlos contra la Resolución de fecha 19/02/2014 por la que la Subdelegación del Gobierno extingue la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, segunda renovación, que había sido concedida al recurrente con validez del 01/07/2011 al 03/07/2013, por haber permanecido fuera España más de 6 meses en un período de 1 año, declarando que el citado acto es ajustado a derecho, y condeno al actor al pago de 300 en concepto de costas procesales>>. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección quinta, en el recurso de apelación nº 774/2015 dictó, el día uno de diciembre de dos mil diecisiete, Sentencia cuyo Fallo era del siguiente tenor literal:

<<1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación que interpone la representación de D. Jose Carlos - contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Barcelona, en el procedimiento abreviado nº 324/2014, la cual se revoca y deja sin efecto.

2º.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por el actor contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 19 de febrero de 2014, que se anula por no ser ajustada a Derecho.

3º.- No efectuar pronunciamiento sobre las costas [...]>>

SEGUNDO: Notificada a los interesados, el Abogado del Estado presentó recurso, que dio lugar al Auto de veinte de noviembre de dos mil diecisiete, en el que se tenía por preparado el mismo y se emplazaba a las partes para ante este Tribunal de Casación.

Denuncia, en síntesis, la Administración que:

<<resulta infringido el artículo 162 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, que configura un régimen jurídico distinto para la extinción de la vigencia de las autorizaciones de residencia temporal (apartado primero) y para la extinción de las autorizaciones de residencia temporal por concurrencia de las circunstancias señaladas en el apartado segundo de dicho precepto, [...]>>

Y alega que concurre interés casacional, porque:

<< -La resolución que se impugna fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

-La resolución que se impugna sienta una doctrina sobre las normas de Derecho Estatal o de la Unión Europea que sea gravemente dañosa para los intereses generales.

-La resolución afecta a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso. [...]>>

Recibidas las actuaciones, y personadas las recurridas, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal dictó Auto el seis de abril del presente año, que decide:



<<1º) Admitir el recurso de casación preparado, en la representación que legalmente ostenta, por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia -nº 635/17, de 1 de septiembre- dictada por la Sección Quinta de la Sala de Barcelona en el recurso de apelación 774/15.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si la extinción de autorización de residencia temporal por resolución del órgano competente para su concesión -contemplada en el apartado 2 del art. 162 del R.D. 557/11- es equivalente a la extinción de la vigencia de las autorizaciones de residencia temporal sin necesidad de pronunciamiento administrativo, previstas en su apartado 1, o si, por el contrario, se trata de dos supuestos diferenciados y, por tanto, son compatibles ambos regímenes de extinción de tales autorizaciones de residencia.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación: el art. 162 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

[...]>>

TERCERO: El Abogado del Estado, como parte recurrente, dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita se:

<<1º) Que estime este recurso de casación y anule la sentencia impugnada.

2º) Que desestime la pretensión de la demandante en la apelación y confirme la legalidad de la extinción de la autorización decretada; con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte demandante.

3º) Todo ello conforme a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de interposición de los mencionados preceptos (principal y conexos) a los que se refiere el Auto admitiendo esta casación..[...]>>

CUARTO: El diecisiete de septiembre pasado se acordó, de conformidad con lo previsto en el artículo 92.5 de la Ley Jurisdiccional, tener por interpuesto el recurso y, a la vista de lo actuado, se dictó providencia señalando para su deliberación, votación y fallo el día doce de diciembre de dos mil dieciocho, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto del presente recurso la sentencia de La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (nº 635/17, de 1 de septiembre), por la que, con estimación parcial del recurso de apelación -774/15-, revoca la sentencia -nº 277/15, de 22 de septiembre- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Barcelona, y estima parcialmente el P.A. 324/14, anulando la resolución impugnada, de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 19 de febrero de 2014, que extinguió su autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, segunda renovación de D. Jose Carlos , en aplicación del art. 162.2.e) RD 557/11, de 20 de abril (permanencia fuera de España durante más de seis meses en un período de un año).

SEGUNDO: Según la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Barcelona:

<<De acuerdo con el artículo 162.2 .e) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, 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 que su titular permanezca fuera de España durante más de seis meses en un período de un año.

Esto es, ese precepto establece un supuesto de extinción de la autorización por una causa sobrevenida consistente en la circunstancia de que su titular permanezca fuera de España más de seis meses en un período de un año. No se está pues ante un supuesto de revocación de un acto administrativo, sino ante una causa que comporta la extinción de la autorización. En consecuencia, al no estar ante una revocación de un acto administrativo, ello comporta que la Administración no tenga que acudir al procedimiento de revocación de actos administrativos previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El hecho fue constado por la Policía del Aeropuerto del Prat de Llobregat que en un control de filtro realizado el día 10/05/2013 detectó que al recurrente, proveniente de Sao Paulo, le constaba como último sello de salida de España el de fecha 11/09/2012, desprendiéndose que había permanecido fuera más de 6 meses consecutivos.

En la demanda no se niega esa ausencia, únicamente se justifica por motivos familiares -se afirma que fue a Chile a ver a su madre que vive en una población próxima a la afectada por un terremoto, pero no se acredita



ese extremo-, y por ignorancia en el modo de calcular las ausencias. Pero la norma es clara: Siendo el motivo de extinción la ausencia superior a 6 meses en un período de 1 año, tal año se empieza a contabilizar desde que el extranjero sale del país por primera vez. En el supuesto de autos el recurrente salió el 11/09/2012, por lo que podía permanecer hasta 6 meses fuera de España durante un año, esto es, hasta el 11/09/2013.

En cuanto a la autorización que se ha extinguido, a pesar de ser una autorización que ya estaba caducada cuando se procedió a la extinción como se alega en la demanda, es una autorización que todavía causaba efectos, dado que aunque ya no estuviera en vigor su existencia da derecho al extranjero a obtener una autorización de larga duración, para cuya concesión es requisito indispensable la estancia legal continuada en España durante un período de 5 años.

Asimismo, señalar que la Subdelegación del Gobierno había iniciado en un primer momento procedimiento de extinción en cuanto recibió la comunicación de la Policía relativa a las ausencias, tal y como consta a documento 4 del expediente. Todas las notificaciones de ese procedimiento terminaron publicándose en el TEREX (Tablón edictal de resoluciones de Extranjería) por resultar infructuosas las notificaciones personales en el domicilio que el recurrente había hecho constar en la última solicitud de renovación.

Con posterioridad, el recurrente solicitó la autorización de residencia de larga duración, en la que hizo constar un nuevo domicilio. Por ello, ante una posible notificación defectuosa de la resolución de extinción, se procedió a anular dicha resolución, si bien se inició un nuevo procedimiento de extinción, notificándolo al nuevo domicilio, y que ha finalizado con la resolución recurrida en este procedimiento.

En cuanto a la autorización de residencia de larga duración, señalar que es objeto de otro procedimiento, que está pendiente de celebración de vista en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 1 de Barcelona, como se afirmó por la demandada en el acto del juicio, sin que en el correspondiente trámite de conclusiones la actora haya negado tal dato.

En definitiva, queda acreditado y no se niega de contrario que existe una ausencia continuada del territorio por tiempo superior a 6 meses durante la vigencia de la autorización que se ha extinguido, por lo que debe confirmarse la Resolución administrativa recurrida>>.

TERCERO: Por su parte la sentencia de la Sala del TSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 2017, razonó que:

<<En virtud de las resoluciones administrativas aquí impugnadas, se dispuso la extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo del recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 162.2.e) del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de, 20 de abril, al considerarse que el interesado había permanecido fuera de España más de seis meses en el período de año.

Ello no obstante, cuando se dictaron aquellas resoluciones, el apelante ya disponía de una autorización de residencia de larga duración, concedida el 3 de diciembre de 2013.

Para una adecuada resolución del presente litigio, conviene recordar que el Reglamento de 2011 que resulta aplicable en este caso regula por separado los supuestos de extinción de las autorizaciones de residencia temporal (artículo 162) y de las autorizaciones de residencia de larga duración (artículo 166).

Existe una notable diferencia entre ambos preceptos, en lo relativo a los respectivos supuestos de extinción que consisten en la permanencia fuera de España durante un período determinado. En efecto, mientras que en el caso de las autorizaciones de residencia temporal basta que la ausencia se prolongue durante más de seis meses en un período de un año, en las autorizaciones de residencia de larga duración la permanencia en el extranjero ha de prolongarse durante más de doce meses consecutivos.

En el caso que ahora se examina, resulta contradictorio que se iniciase un procedimiento encaminado a extinguir la autorización de residencia temporal del interesado, cuando dicha autorización ya había expirado por el mero transcurso del plazo de vigencia de la misma. Dado que dicho expediente fue incoado cuando el actor ya disponía de una autorización de residencia de larga duración, los motivos de extinción que resultaban aplicables eran los previstos en el artículo 166 del Reglamento, es decir, que se exigía la permanencia fuera de España durante más de doce meses consecutivos; En otras palabras, debe concluirse que no resulta posible declarar la extinción con efectos retroactivos de una autorización que ya ha expirado por haber concluido su período de vigencia.

En consecuencia, resulta irrelevante el debate acerca del valor probatorio de los documentos que acreditarían las razones de, la estancia del interesado en su país de origen, y si ésta se hallaba justificada o no. Lo importante es que, al haber transcurrido el período de vigencia de la autorización de residencia temporal, no cabe una ulterior extinción de la misma por otro motivo distinto. Ahora bien, este pronunciamiento no tiene más efecto que el meramente declarativo, puesto que la anulación de la resolución impugnada no comporta revivir la vigencia de una autorización que ya había expirado.



Por otra parte, esta decisión tampoco puede extender sus efectos a la posterior extinción de la autorización de residencia de larga duración, que es objeto de otro proceso distinto>>.

CUARTO: Por Auto de 6 de abril de 2018 de la Sección de Admisión, se acuerda <<Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si la extinción de autorización de residencia temporal por resolución del órgano competente para su concesión -contemplada en el apartado 2 del art. 162 del R.D. 557/11- es equivalente a la extinción de la vigencia de las autorizaciones de residencia temporal sin necesidad de pronunciamiento administrativo, previstas en su apartado 1, o si, por el contrario, se trata de dos supuestos diferenciados y, por tanto, son compatibles ambos regímenes de extinción de tales autorizaciones de residencia.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación: el art. 162 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero>>.

QUINTO: Regula el artículo 162 del Reglamento de Extranjería, la extinción de la autorización de residencia temporal, en los siguientes términos:

<<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>>.

SEXTO: Según el Sr. Abogado del Estado, <<La interpretación de ese artículo 162 permite concluir que el apartado primero se circunscribe a la extinción de la 'vigencia' de las autorizaciones, mientras que el apartado segundo se refiere a la extinción de las 'autorizaciones', abstracción hecha de que las mismas se encuentren vigentes o no.>> Añadiendo que la extinción de la vigencia de la autorización no vicia de ilegalidad la residencia que se disfrutó durante el período en que la misma estuvo vigente, mientras que, en el supuesto del artículo 162.2 RD 557/2011 produce efectos ex tunc, extinguiendo la autorización obtenida desde la fecha en la que



se otorgó, con el fin de impedir que el tiempo de residencia que se disfrutó al amparo de la misma compute a los efectos de obtener una ulterior renovación de la autorización inicial, una residencia de larga duración o la nacionalidad por residencia.

De tal diferenciación se concluye que <<Como consecuencia de ello, la distinción entre el régimen jurídico contemplado en el apartado primero del artículo 162 RD 557/2011 y el previsto en el apartado segundo no es baladí, pues revela que las extinciones que recogen ambos apartados no son mutuamente excluyentes. Concretamente, la extinción que, al amparo del artículo 162.2 RD 557/2011, se produce de una autorización caducada (esto es, extinguida por transcurso del plazo de vigencia) tiene por objeto tildar de ilegal la residencia que se disfrutó durante el período en el que se hallaba en vigor, impidiendo así que una residencia no legal legitime al interesado a obtener una residencia posterior que traiga causa de la viciada.

Por lo expuesto, toda interpretación doctrinal o jurisprudencial que estime incompatibles o mutuamente excluyentes las extinciones recogidas en los apartados primero y segundo del artículo de continua referencia, impidiendo así la extinción de una autorización caducada, incurren en error al confundir la naturaleza y el carácter que la extinción ostenta al amparo del apartado primero (pérdida de vigencia con efectos ex nunc, sin viciar de ilegalidad el período de residencia disfrutado a su amparo), respecto del apartado segundo (extinción de autorización con efectos ex tunc, tildando de ilegal la residencia disfrutada bajo la autorización que se extingue e impidiendo que la misma pueda servir de base para la obtención de una residencia posterior a de la nacionalidad por residencia)>>.

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.

UNDÉCIMO: La interpretación que se acaba de establecer conduce a la desestimación de las pretensiones que la parte deduce y precisa en el escrito de interposición del recurso, con apoyo en la interpretación defendida por la misma y que se ha rechazado.

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 artículo 93.4 de la LRJCA, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que proceda declaración sobre las costas causadas en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso de casación 6321/2017, interpuesto contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (n° 635/17, de 1 de septiembre), por la que, con estimación parcial del recurso de apelación número 774/15, revoca la sentencia -n° 277/15, de 22 de septiembre- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Barcelona, y estima parcialmente el P.A. 324/14, anulando la resolución impugnada de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 19 de febrero de 2014, que extinguió su autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, 2ª renovación de D. Jose Carlos , en aplicación del art. 162.2.e) RD 557/11, de 20 de abril (permanencia fuera de España durante más de seis meses en un período de un año), que queda firme; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez. Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso,

Wenceslao Francisco Olea Godoy, Cesar Tolosa Tribiño, Francisco Javier Borrego Borrego.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. Cesar Tolosa Tribiño**, estando la Sala reunida en audiencia pública; Doy fe.