

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 731/2023

Fecha de sentencia: 05/06/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1843/2022

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 23/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodriguez
Herrero

Transcrito por:

Nota:

Resumen

EXTRANJERIA. RESIDENCIA TEMPORAL. RENOVACIÓN. Denegación por haber estado más de 6 meses fuera de España. Art. 162-2º RLOEX.

Impugnación indirecta. Nulidad por ausencia de rango legal de la denegación.

DERECHOS FUNDAMENTALES. Reserva de ley. Ámbito. Posibilidad de su desarrollo reglamentario en caso de trasposición de Directiva. Improcedencia.

R. CASACION núm.: 1843/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodriguez

Herrero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 731/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 5 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1843/2022 interpuesto por doña M.S.R.G., representada por el procurador don Fernando Rodríguez-Jurado Saro y defendido por la letrada doña Adriana de Ruitter contra la sentencia núm. 3913/2021, de 30 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el rollo de apelación nº 403/2020, en que se impugnó la sentencia núm. 88/2020, de 30 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Gerona, que desestimó el procedimiento abreviado nº 14/2020, interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona, de 18 de noviembre de 2019, por la que se acordó la extinción en

su vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena 2ª renovación.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado don Francisco Espinosa Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) dictó sentencia de 30 de septiembre de 2021, que desestima el rollo de apelación nº 403/2020, en que se impugnó la sentencia de 30 de junio de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Gerona, que desestimó el procedimiento abreviado nº 14/2020, interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gerona, de 18 de noviembre de 2019, por la que se acordó la extinción en su vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena 2ª renovación.

La «ratio decidendi» del fallo desestimatorio de la sentencia recurrida, se encuentra esencialmente en su fundamento de derecho segundo, que, en síntesis, expresa lo siguiente: El artículo 162 del Real Decreto 557/11 prevé la extinción de la autorización de residencia temporal en determinados supuestos, entre ellos el previsto en apartado 2.e), cuando el interesado permanezca fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año. Y, en el presente caso el motivo de la extinción que se impugna está en la comprobación que se hizo en frontera, al verificar la ausencia de la actora entre la fecha de salida que constaba el pasaporte -3 de julio de 2018- y la fecha de regreso -13 de julio de 2019-. Y, en cuanto a la fuerza mayor alegada por la recurrente, la sentencia considera que los motivos de extinción de la autorización temporal de residencia que establece el artículo 162 del Real

Decreto 557/11, entre ellos el de autos, tienen un carácter objetivo, de forma que operan a partir de su mera concurrencia con independencia de la eventual imputabilidad subjetiva de la situación al interesado o la eventual incidencia de causas de fuerza mayor.

La sentencia contiene un voto particular, que, en síntesis, considera que debe plantearse en este caso la suficiencia de la cobertura legal del artículo 162 del Real Decreto 557/11 en el que se basa la resolución impugnada, pues en el caso de la autorización de larga duración el reglamento tiene una doble cobertura mediante Ley orgánica y mediante Directiva europea, pero, sin embargo, no sucede lo mismo con la autorización de residencia temporal, ya que el artículo 31 de la Ley orgánica regula dicha autorización sin incluir ninguna referencia a la extinción de la misma. En consecuencia, el artículo 166 del Real Decreto 557/11 introduce la posibilidad de extinción de la autorización de residencia temporal y los supuestos en los que es procedente la misma sin una cobertura legal explícita. Y siendo la extinción de la autorización temporal una limitación innegable al derecho de residencia inicialmente alcanzado por el ciudadano extranjero de acuerdo con la Ley orgánica, se considera que no resulta admisible su introducción y regulación mediante reglamento independiente, que no es un título que permita al poder ejecutivo entrar libremente en una materia reservada a la Ley, en este caso a una Ley orgánica.

SEGUNDO. El recurso de casación promovido por la parte.-

La representación procesal de doña M.S.R.G. ha preparado recurso de casación y, después de cumplir en debida forma las exigencias que impone el art. 89.2 de la LJCA, alega la infracción de los arts. 162 del RD 557/2011, de 20 de abril, 31 y 32 de la LO 4/2000, de 11 de enero, artículos 53 y 81 CE, y artículos 6.2 y 16 de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Identifica, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en lo que a este auto interesa, los apartados a), b) y c) del art. 88.2 LJCA.

TERCERO. Admisión del recurso.-

Mediante auto de 9 de diciembre de 2021, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

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 junio de 2022, acordando:

«1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña M.S.R.G., contra la sentencia de 30 de septiembre de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) que desestima el recurso de apelación nº 403/2020, seguido contra la sentencia de 30 de junio de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Girona, que desestimó el p.a. nº 14/2020, interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona, de 18 de noviembre de 2021, por la que se acordó la extinción en su vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena 2ª renovación.

2º) Precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si la permanencia fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año como supuesto de extinción de la autorización de residencia temporal conforme al apartado e) del artículo 162 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en cuanto limitativo del derecho a la residencia constituye una regulación independiente sin respaldo en el Derecho europeo o en la legislación española y, en cualquier caso, si dicha causa tiene un carácter puramente objetivo que opera a partir de su mera concurrencia con independencia de las razones justificativas que pudieran existir.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 162 RD 557/2011, de 20 de abril, 31 y 32 LO 4/2000, de 11 de enero, artículo 53 y 81 CE, y artículos 6.2 y 16 de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

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 su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, competente de conformidad con las vigentes normas de reparto.»

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de doña M.S.R.G. con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: «Que habiendo presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, y, en su virtud, me tenga por personada y parte, y tenga por **INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN**, en tiempo y forma, contra la Sentencia 3913/2021 dictada el 30 de septiembre de 2021 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, previos los trámites procesales procedentes, en su día dictar Sentencia por la que

1. Case y anule la Sentencia recurrida

2. Declare que el art. 162.2.e del Reglamento 577/2011 vulnera la reserva de ley consagrada en los arts. 53 y 81 de la Constitución, por no tener cobertura legal la limitación del derecho fundamental de libertad de circulación y residencia, reconocido en art. 19 de la Constitución, en ninguna ley orgánica ni en la normativa europea, siendo por tanto nulo de pleno derecho; y, en su consecuencia

3. Estime las pretensiones deducidas en los recursos de apelación y contencioso administrativo, anulando la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona de 18 de noviembre de 2019 que extingue la autorización de residencia y trabajo de mi representada y declare expresamente el derecho de mi representada a mantener la misma, en virtud de sus pretensiones ejercitadas en el procedimiento;

o, subsidiariamente y para el hipotético caso de que se entendiera que el art. 162.2.e) Reglamento 577/2011 no vulnera la reserva de ley, que se

1. Anule la Sentencia, por vulneración de la normativa europea y la jurisprudencia por aplicar la sentencia recurrida erróneamente de forma objetiva la causa de extinción de la autorización de residencia;

2. Declare que las causas de extinción de las autorizaciones de residencia temporales deben basarse en motivos de orden público, seguridad pública y salud pública; y

3. Ordene la retroacción de actuaciones al Tribunal de apelación para que valore en el caso concreto el peligro para el orden público, la seguridad pública y la salud pública así como las circunstancias familiares, sociales y laborales de la interesada en España y dicte nueva sentencia en base a la interpretación y doctrina fijadas por este tribunal.»

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la Abogacía del Estado, presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: «que, teniendome por opuesto al Recurso de Casación, tramite el proceso y, tras el desarrollo del mismo, dicte sentencia que DESESTIME el presente recurso de casación y

confirme la sentencia impugnada, declarando en su caso la interpretación jurisprudencial que considere conveniente, sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA.»

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 23 de mayo de 2023, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso.

El presente recurso de casación 1843/2022 se interpone por la representación procesal de doña M.S.R.G., a la sazón ciudadana de la República Islámica de Irán con autorización de residencia temporal en España, contra la sentencia 3913/2021, de 30 de septiembre, dictada por la Sección Quinta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el rollo de apelación 403/2020, en que se impugnó la sentencia 88/2020, de 30 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número tres de los de Gerona, que había sido interpuesto por la mencionada recurrente, en impugnación de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gerona, de 18 de noviembre de 2019, por la que se declaró la extinción de la autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena en España, con requerimiento de abandonar el territorio español en el plazo de quince días.

La resolución administrativa impugnada inicialmente había declarado la extinción del permiso de residencia temporal en España, al estimar que se había acreditado, por un informe emitido por el Puesto Fronterizo Aeropuerto de Barcelona-El Prat, que la recurrente, que era titular de un permiso de residencia temporal, había salido de España en fecha 3 de julio de 2018, habiendo permanecido fuera del territorio nacional por un periodo superior a seis meses, concretamente hasta el día 13 de julio de 2019. A la vista de tales hechos se consideraba que era de aplicación la causa de extinción de la

autorización de residencia temporal establecida en el artículo 162-2º-e) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, RLOEX), a cuyo tenor, se extinguirá la autorización de residencia temporal del extranjero *«Cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año»*, circunstancia que, se afirma, concurría en el caso de la recurrente, con base a la que se había hecho constar en el mencionado informe policial.

La sentencia del Juzgado, examinando las pruebas y las alegaciones de las partes, considera acreditados los hechos en que se funda la extinción del permiso de residencia temporal, es decir, que la solicitante había permanecido fuera de España más de seis meses en el plazo de un año, ausencia que había sido aceptada por la misma recurrente. Se concluye en la sentencia que se aceptaba, de la prueba aportada, que la recurrente había sido intervenida quirúrgicamente en Turquía el día 30 de mayo de 2019, no obstante lo cual se concluye que la titular de la autorización de residencia temporal no había justificado el periodo de tiempo ausente de nuestro País por dicha circunstancia, dado que a la mencionada fecha de la prestación médica ya se habían superado el plazo de los seis meses. A la vista de dichas circunstancias desestima el recurso y confirma la resolución administrativa impugnada.

La sentencia del Juzgado, como ya se dijo más arriba, fue recurrida en apelación ante la Sala del Tribunal Superior de Cataluña, aduciendo la recurrente que la sentencia de primera instancia incurría en vicios de falta de motivación y de proporcionalidad, aduciéndose que se había realizado una valoración incorrecta de las pruebas aportadas y estimando la defensa de la recurrente que de las pruebas aportadas aparecían circunstancias de fuerza mayor que justificaban la salida de España y la permanencia en el extranjero durante el periodo de tiempo en que se fundaba la resolución que era objeto de impugnación, de donde se concluía que no podía aplicarse el precepto reglamentario con el carácter taxativo que se pretendía.

La Sala territorial rechaza los motivos aducidos en el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia, al considerar que no había prueba alguna sobre la invocada circunstancia de fuerza mayor que justificara la ausencia de la recurrente de nuestro País, como ya había declarado la sentencia de primera instancia. Partiendo de esos presupuestos, se exponen en la sentencia que aquí se revisa los siguientes argumentos para desestimar el recurso, aplicando el criterio que se dice se había sostenido en sentencias anteriores por el mismo Tribunal sentenciador: *«...[L]os motivos de extinción de la autorización temporal de residencia que establece el artículo 162 del Real Decreto 557/11, ente ellos el que nos ocupa, tienen un carácter objetivo, de forma que operan a partir de su mera concurrencia con independencia de la eventual imputabilidad subjetiva de la situación al interesado o la eventual incidencia de causas de fuerza mayor.*

«En este sentido, la autorización de residencia y trabajo tiene la finalidad de permitir la residencia efectiva del interesado en el territorio español, y su virtualidad reside en tal circunstancia, de forma que decae en ausencia de dicha residencia efectiva.

«En segundo lugar, cabe señalar que la Directiva 2003/109/CE no se refiere a las autorizaciones temporales, como es nuestro caso, sino a las de larga duración. Por otro lado, el artículo 9.2 de dicha norma prevé efectivamente que los Estados puedan establecer que en determinados casos excepcionales las ausencias no supongan necesariamente la pérdida de la autorización, pero se trata de, una mera habilitación a los Estados miembros para que puedan introducir excepciones al principio general, pero no se trata de una excepción.

«Finalmente, cabe señalar que, cuando la actora se ausentó del territorio español el 3 de julio de 2018, hacía ya 1 año y 4 meses que había sido operada, sin que se haya aportado acreditación de algún control sobre dicha operación practicado a partir de tal fecha. Por otro lado, la nueva operación no se llevaría a cabo hasta 10 meses después de la salida de la actora de España, cuando ya había superado ampliamente el periodo máximo de seis meses de ausencia...»

De tales argumentos se concluye que procedía la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia.

Es importante señalar que la mencionada sentencia contenía un voto particular de uno de los Magistrados que integraban la Sala, lo cual adquiere especial relevancia, porque toda la argumentación del presente recurso de casación, como hace ver el Abogado del Estado, está argumentado sobre lo razonado en el mencionado voto particular.

A la vista de los argumentos y decisión de la sentencia del Tribunal de Cataluña se prepara el presente recurso de casación, que fue admitido a trámite, estimándose que la cuestión que suscita interés casacional para la formación de la jurisprudencia era, conforme ya se dijo antes, determinar *«si la permanencia fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año como supuesto de extinción de la autorización de residencia temporal conforme al apartado e) del artículo 162 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en cuanto limitativo del derecho a la residencia constituye una regulación independiente sin respaldo en el Derecho europeo o en la legislación española y, en cualquier caso, si dicha causa tiene un carácter puramente objetivo que opera a partir de su mera concurrencia con independencia de las razones justificativas que pudieran existir.»*

A los efectos de dar respuesta a la cuestión casacional, se consideraba que debían ser objeto de interpretación, entre otros que se considerasen pertinentes, el mencionado artículo 162 del RLOEX; los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEX) así como los artículos 53 y 81 de la Constitución española y 6-2º y 16 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el Derecho de Reagrupación Familiar.

En el escrito de interposición del recurso de casación se aduce por la defensa de la recurrente, acogiendo los razonamientos del voto particular de la sentencia recurrida, como ya se anticipó, que son dos las cuestiones que se suscitan ahora ya en el proceso; de una parte, si el mencionado artículo 162 del RLOEX tiene cobertura normativa suficiente para imponer la regulación taxativa sobre la extinción de un permiso de residencia temporal y, en segundo lugar y vinculado a la primera cuestión, si esa regulación es acorde a las exigencias de rango normativo establecido en el Derecho español y europeo para decretar, con carácter objetivo, dicha denegación o han de tenerse en cuenta las circunstancias personales que concurren en el afectado.

En relación a la primera de las cuestiones se reprocha a la Sala territorial no haber realizado un examen crítico del precepto reglamentario y su cobertura normativa, en especial, la necesidad de que la materia en él regulada requiere realizarse por ley y no por el Reglamento, por cuanto afecta al derecho fundamental a la residencia y libre circulación regulado en el artículo 19 de la Constitución, reconocido a los extranjeros en el artículo 13 de la Norma Fundamental, así como en los artículos 3 y 5 de la LOEX.

Por lo que se refiere a la reserva de ley, se considera de aplicación el artículo 53 de la Constitución, en relación con el artículo 81, de los que se concluye que la materia regulada en el precepto reglamentario debe tener rango de ley orgánica, lo cual remite el debate, a juicio de la defensa de la recurrente, a determinar si en la LOEX existe cobertura suficiente para las limitaciones que impone el precepto reglamentario, en concreto, en los artículos 31 y 32 de dicha Ley Orgánica, en los que se regula la autorización de residencia temporal y de larga duración. En ese sentido se considera que incide en la regulación nacional lo establecido en el artículo 9 de la Directiva, que propició la modificación de la LOEX, que no se vio modificada con relación a la extinción de las autorizaciones de larga duración por ausencia prolongada, considerándose por la defensa de la recurrente que el artículo 31 de la mencionada Ley Orgánica hace referencia a la duración y renovaciones de tales residencias, pero no a su extinción. Tampoco se considera que la normativa europea, en concreto en la Directiva, encuentre cobertura legal el precepto reglamentario, estimando el error de la Sala de instancia, a juicio de

la defensa de la recurrente, de considerar, a los efectos de la legalidad de la resolución impugnada, cuando es lo cierto que dicha Directiva se refiere a las autorizaciones de larga duración, no a la temporal, por lo que se considera en el escrito de interposición que no es aplicable al caso de autos. Se añade que tampoco la LOEX establece habilitación alguna para dicha limitación del derecho fundamental y, en fin, que el artículo 31 de la LOEX no garantiza la reserva de ley que requiere la regulación el precepto reglamentario como, se aduce, se había declarado en la sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004 (recurso 24/2003), en cuanto impone una remisión concreta y clara al desarrollo reglamentario, como sucede en el artículo 32-5º de la LOEX.

A juicio de la defensa de la recurrente y como argumento subsidiario a los anteriores, la sentencia de instancia adolece de falta de lógica y de coherencia interna, en cuanto, si la residencia efectiva es presupuesto de la concesión de la autorización, la ausencia debe ser causa de la extinción, aduciendo que ya el artículo 71 del RLOEX establece los requisitos para la renovación de la autorización, pudiendo denegarse por ausencia del territorio nacional, de donde cabe concluir que si ha existido una causa justificada de la ausencia no procede denegar la renovación, es decir, la mera ausencia, por si sola, no puede ser causa de la denegación de la renovación del permiso de residencia.

Se termina suplicando que se declare haber lugar al recurso, con aceptación de la interpretación de los preceptos que se propone, se anule la sentencia recurrida y se declare la nulidad del artículo 162-2º-e), estimándose la pretensión de la recurrente de anular la resolución originariamente impugnada y reconociendo el derecho a la renovación del permiso de residencia solicitado. De manera subsidiaria, se suplica que se declare que la causa de denegación de la renovación del permiso de residencia debe estar basado en razones de orden público, seguridad pública y sanidad pública, con retroacción de las actuaciones para que por el Tribunal de instancia se valore la concurrencia de dichos motivos en el caso de la recurrente, así como las circunstancias familiares, sociales y laborales de la misma.

La defensa de la Administración ha comparecido para oponerse al recurso, aduciendo en contra de los argumentos de la recurrente, con carácter general, que debe mantenerse el criterio de la sentencia recurrida, cuyos argumentos no aparecen desvirtuados en el escrito de interposición. Se sostiene por la defensa de la Administración que la Directiva ya contempla como causa de extinción de la residencia de larga duración la ausencia del territorio español, habiendo sido acogida dicha causa en el artículo 32-5º-c) de la LOEX de manera expresa; previsión que se considera aplicable a la residencia temporal, de donde se concluye que el precepto reglamentario que se cuestiona de ilegalidad tiene cobertura normativa suficiente para la regulación que establece, existiendo una doble remisión a la regulación reglamentaria en la propia Ley Orgánica.

Se aduce en el sentido expuesto que no es cierto, como se sostiene en el escrito de interposición, que la residencia temporal no se regula en la normativa europea, porque se hace referencia a ella la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro; en cuyo artículo 12-3º hace referencia a la igualdad de trato en la concesión y renovación de los permisos de residencia, de donde se considera que se legitima a los Estados para poder denegar la renovación en el caso de los titulares de residencia temporal que, de no aplicarse la causa de extinción por ausencia del territorio nacional, se les haría de mejor condición que a los titulares del permiso de residencia de larga duración.

En esa misma línea se sostiene que la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar autoriza, en sus artículos 6 y 16, poder declarar la extinción de la residencia temporal para los familiares agrupados, de donde se concluye que es aplicable dicha posibilidad a los titulares del permiso de residencia temporal que actúa como reagrupante.

Se termina concluyendo que debe declararse no haber lugar al recurso y denegar la petición de nulidad del artículo 162-2º-e) del RLOEX.

SEGUNDO. Delimitación del objeto del recurso de casación.

El debate que se suscita en el presente recurso es complejo, como cabe concluir de lo expuesto. En efecto, los hechos que subyacen en la actividad administrativa de que trae causa este recurso son simples, es decir, a la recurrente le fue declarada la extinción de su permiso de residencia y trabajo temporal en España por haberse ausentado del territorio nacional durante más de seis meses en el plazo de un año, hecho que se acepta por ambas partes y la Sala de instancia declara probado. Añadamos que en la fundamentación de la Sala de instancia se deja constancia que la recurrente ni adujo ni aportó prueba alguna sobre la existencia de causa justificativa que permitiera apreciar que dicha salida del territorio nacional estuviera justificada en alguna causa concreta de fuerza mayor. Sobre esos presupuestos, estima la sentencia recurrida que procedía la denegación declarada en la resolución impugnada con fundamento en el ya mencionado artículo 162-2º-e) del RLOEX.

Pues bien, lo que se razona en la interposición del recurso, siguiendo el criterio ya sostenido en el voto particular de la sentencia recurrida, es que ese precepto ha de considerarse nulo de pleno derecho por vulnerar el principio de reserva de ley y que, por la naturaleza de la materia que regula, debía tener ese rango normativo, como hemos visto en las referencias al escrito de interposición del recurso.

Así pues, la primera cuestión que aquí se suscita, aunque no se diga de manera expresa, es la impugnación indirecta del mencionado precepto reglamentario, al amparo del artículo 26 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y a esa concreta cuestión se hace referencia implícita en el auto de admisión del presente recurso, cuando se determina que nos pronunciemos si el mencionado precepto reglamentario «*constituye una regulación independiente sin respaldo en el Derecho europeo o en la legislación española*», falta de cobertura que no puede sino comportar la mencionada nulidad para cuya declaración este Tribunal es competente, de

conformidad con lo establecido en el artículo 12-1º-a) de la mencionada Ley procesal.

Siendo ello así, nuestro primer cometido ha de centrarse en ese debate, porque no solo constituye el primero y más relevante, por muchos motivos, de los argumentos del recurso, sino que condiciona todo cuanto se aduce en el escrito de interposición de manera subsidiaria e incluso las demás cuestiones a que se suscitan en el auto de admisión. Porque, en efecto, se suscita en el recurso una cuestión subsidiaria, para el caso de que se rechace la invocada nulidad del precepto, como es la de concretar si el mero transcurso de los plazos a que se hace referencia en el precepto reglamentario que nos ocupa, comporta, de manera objetiva, la procedencia de la extinción de la autorización de residencia temporal, o si, por el contrario, han de tenerse en cuenta *«las razones justificativas que pudieran existir»*.

Esta segunda cuestión, también recogida de manera expresa en el auto de admisión, es más compleja porque ya en las dos sentencias de instancia se llega a la conclusión de que en el caso enjuiciado, ni se invocaron ni son apreciables, causa justificativa de la ausencia en territorio español, hasta el punto de que tanto el Juzgado como la Sala del Tribunal Superior rechazan que la intervención quirúrgica a que fue sometida la recurrente, que es la invocada causa de fuerza mayor, justificara dicho periodo de ausencia, en una valoración de la prueba que, sabido es, no puede ser objeto de revisión en el recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 87-bis-1º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De otra parte, tampoco ha invocado la recurrente ni se ha aportado prueba alguna sobre la existencia de alguna condición o circunstancia que permitiera concluir que la revocación del permiso de residencia temporal le comportase una especial trascendencia personal o familiar, tan siquiera en la fundamentación del recurso se hace expresa y concreta referencia a dichas condiciones o circunstancias.

Hemos de proceder seguidamente a dar respuestas al objeto del recurso conforme a lo antes delimitado sobre la legalidad del precepto reglamentario ya mencionado.

TERCERO. Contenido y efectos del artículo 162-2º-e) del RLOEX.

Para un mejor examen del debate que se suscita sobre la impugnación indirecta del precepto reglamentario es necesario, no solo recordar su contenido, sino determinar los efectos que comporta lo en él ordenado respecto de la residencia temporal que se regula en nuestra legislación de extranjería.

En el sentido expuesto, debemos recordar que los extranjeros pueden permanecer en España bien por mera estancia o por residencia (artículo 30 de la LOEX). La residencia se condiciona a que el extranjero esté en posesión de «*una autorización para residir*» (artículo 30.bis LOEX); la cual podrá ser temporal (artículo 31 de la LOEX) o de larga duración (artículo 32); la primera tendrá un periodo de duración «*inferior a cinco años*», pero que podrán ser renovadas sucesivamente, remitiéndose el mencionado artículo 31 al desarrollo reglamentario para dichas renovaciones. La residencia permanente, como su propio nombre indica, no tiene plazo de eficacia y habilita al extranjero a «*residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles*».

Centrando nuestra atención en la residencia temporal, las previsiones generales que se contienen en la LOEX se desarrollan en el RLOEX. En lo que ahora interesa de ese desarrollo, debe señalarse que el Título VII regula los supuestos de «*extinción de las autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo*», pasando a regular en los artículos 162 a 166 los distintos supuestos de extinción, con relación a cada una de las modalidades de autorizaciones de residencia temporal que se regulan, tanto en la Ley como en el Reglamento. De ese régimen nos interesa detenernos en el referido artículo 162, que regula la extinción de las autorizaciones de residencia temporal que podría denominarse como ordinaria, es decir, la que no tiene una específica causa, como son las restantes (trabajo para investigación o altamente cualificado, víctimas de trata, o de larga duración), que es el caso a que se refiere el presente recurso.

El mencionado artículo 162 regula las causas de «*extinción de la autorización de residencia temporal*», estableciendo en sus dos párrafos dos tipos diferentes de causas de extinción con distinta naturaleza. Las del párrafo primero se producen ope legis, sin perjuicio de los presupuestos que requiere, conforme hemos tenido ocasión de declarar, pero que ahora resultan irrelevantes para el debate de autos; y en el párrafo segundo se regulan determinadas causas que para su efectividad requieren «*resolución del órgano competente para su concesión*». Esa resolución comporta que la Administración debe constatar alguna de las causas que el precepto y párrafo prevé para declarar la extinción de la autorización de residencia temporal o, en su caso, de la renovación de dicha autorización. Ha de insistirse que lo que se regula en el precepto y párrafo es el supuesto ordinario del permiso de residencia, es decir, sin ninguna de las peculiaridades en que dicha residencia pueda haberse concedido, conforme al régimen legal.

Como una de las mencionadas causas por las que puede declararse, caso por caso, la extinción, se dispone en el cuestionado párrafo e) de este artículo 162-2º, que se declarará la extinción de la residencia temporal: «*e) Cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año...*». Merece que nos detengamos en los términos del precepto y hagamos un examen minucioso de su contenido, porque sirve de presupuesto para todo el debate que se suscita en este recurso.

La primera reflexión que merece el precepto es que, si lo establecido es la revocación de una autorización de residencia temporal, es decir, si se trata de dejar sin efecto la residencia legal, es obligado concluir que el extranjero ostentaba todos los derechos que a los extranjeros residentes en España le confiere nuestra normativa, en particular, la LOEX, derechos de los que por mor del precepto reglamentario se excluye esa posibilidad de salir del territorio nacional.

Ahora bien, y es la segunda de las reflexiones que merece el precepto, si el presupuesto de la causa de revocación de la residencia temporal es la salida del territorio nacional en los tiempos mencionados, deberá concluirse que lo que el precepto impone, de manera directa, es que los extranjeros

residentes en España con autorización expresamente concedida no pueden salir de España por un plazo de seis meses, en un periodo de un año; otra cosa supondría la extinción de esa residencia temporal. Por tanto, indirectamente se exige que en el régimen de residencia temporal sus titulares no pueden abandonar el territorio español durante dicho plazo. Adelantemos ya que ningún precepto de la LOEX, tan siquiera del Reglamento, salvo el que examinamos, impone esa obligación que resulta del mismo. En suma y como se da por supuesto en todo el debate de autos, nos encontramos con una limitación del mencionado derecho fundamental en el régimen que comporta la residencia temporal de los extranjeros en España.

CUARTO. Génesis del precepto.

La argumentación que se hace por la defensa de la Administración con relación a la interpretación del apartado e) del párrafo segundo del artículo 162, es vincularlo a lo establecido en el artículo 32 de la LOEX, referido a la residencia por larga duración. Para abordar esa polémica es oportuno recordar la regulación de una y otra clase de residencia, la temporal y la de larga duración, en nuestra LOEX.

En la redacción originaria de la LOEX se regulaban como dos situaciones diferentes de residencia en España en los artículos 31 y 32, como en la redacción actual, pero en ninguno de los mencionados preceptos legales se hacía expresa referencia a supuesto alguno de extinción de la residencia por la ausencia en tiempo alguno del extranjero de nuestro País durante dicha residencia ni de la permanente --luego designada tras la reforma de 2009 como de larga duración--, ni de la temporal.

Sí se estableció esa posibilidad en el originario Reglamento de la Ley, el aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en dos concretos supuestos de extinción de tales residencias por ausencia del extranjero del territorio nacional. En concreto, para la residencia temporal, se estableció en el artículo 75-2º-f que se perdería dicha residencia «*[p]or la permanencia fuera de España durante más de seis meses en un período de un año*». Por lo que se refería a la entonces denominada residencia permanente, se disponía en el artículo 76 la extinción «*[p]or la permanencia fuera de*

España durante más de 12 meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia». Por tanto, solo el Reglamento de 2004 reguló los supuestos de extinción de la residencia, permanente o temporal, por ausencia del territorio nacional en los plazos mencionados.

Ese fue el régimen de la residencia en nuestra Legislación hasta el año 2009, pese a que antes de dicha fecha se aprobó la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (en adelante, la Directiva), cuya fecha límite de trasposición fue el 23 de enero de 2006. La Directiva, en lo que ahora interesa, estableció en su artículo 9 los supuestos de *«retirada o pérdida del estatuto»* de residente de larga duración --en esa fecha designada como permanente en nuestro Derecho--, regulando en el apartado primero del precepto los «casos» en que los titulares de tales residencias perderían su estatuto.

Entre esos casos de pérdida del estatuto de residente de larga duración se establecía en el párrafo 1-c) de la Directiva, el de la *«ausencia del territorio de la Comunidad durante un período de 12 meses consecutivos»*. Respecto de la mencionada causa de extinción de la residencia de larga duración, se establecía en el párrafo segundo de este artículo 9 de la Directiva, que *«[n]o obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán disponer que ausencias de más de 12 meses consecutivos o que obedezcan a razones específicas o excepcionales no supongan la retirada o pérdida del estatuto.»* (STJUE de 20 de enero de 2022, asunto C-432/2020; ECLI:EU:C:2022:39). Es decir, la Directiva estableció como supuesto de pérdida de lo que denominaba estatuto de la residencia de larga duración, el mismo supuesto que se había establecido en nuestro Reglamento de la Ley de 2004, que seguía vigente en nuestro País, incluso después de la fecha límite de trasposición de la Directiva.

El siguiente hito que hemos de destacar en la génesis del precepto que se cuestiona es la reforma que se introduce en la LOEX por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, cuya finalidad confesada en la Exposición de

Motivos era incorporar a nuestro Derecho las directivas de la Unión Europea (algunas de los años 2003), así como depurar la redacción original de la LOEX, conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y, en fin, establecer una regulación, a juicio del Legislador de la reforma, más acorde a las circunstancias sobre la inmigración y la lucha contra las situaciones de ilegalidad.

En el sentido expuesto se declara en la Exposición de Motivos que *«se introducen importantes modificaciones con el fin de perfilar lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros, junto a las correspondientes obligaciones, que implique el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico a medida que aumenta el periodo de residencia legal.»* Es importante retener esa finalidad porque es precisamente la efectividad de los derechos fundamentales de los extranjeros lo que el Legislador de la reforma pretendía reforzar. Con esa finalidad, en consonancia con la Directiva 2003/110, se declara que *«se introducen importantes modificaciones, la mayoría de ellas consecuencia de la transposición de las Directivas europeas, destacando sobre todo las que... están orientadas a perfeccionar el estatuto de los residentes de larga duración...»*

La reforma operada en la LOEX en 2009 afectó, en lo que ahora interesa, tanto al artículo 31 (referido a la residencia temporal), como al artículo 32, referido ahora a lo que se denominaba ya, conforme a la norma comunitaria, como residencia de larga duración.

Debe destacarse, porque está en el debate de autos, que el Legislador de la reforma de 2009 no consideró necesario que para la residencia temporal se recogiera expresamente en la LOEX que la permanencia fuera de España durante el tiempo de seis meses, en el plazo de un año, comportaba la pérdida de la residencia, de ahí que se mantuvo el originario artículo 75 del Reglamento de 2004. Es decir, se consideró suficiente el precepto reglamentario para legitimar dicha causa de extinción de la residencia.

No siguió el mismo criterio la LO de 2009 al reformar el artículo 32, referido a la residencia de larga duración, porque, sin perjuicio de lo que se establecía en el artículo 76 de aquel Reglamento --que seguía vigente--, incluyó en la nueva redacción del artículo 32-5º un párrafo c), conforme al cual se perdería la residencia de larga duración «[c]uando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos». Es decir, se recoge como un supuesto de extinción, la misma causa que ya se establecía desde el Reglamento de 2004, ahora adquiriendo el rango de ley orgánica.

En esa situación se procede a la promulgación del actual RLOEX por el ya mencionado Real Decreto de 2011 que deroga el Reglamento de 2004. El nuevo Reglamento hace referencia a la pérdida de la residencia por permanencia fuera del territorio nacional, para el supuesto de larga duración, en el artículo 166-1º-c), que reproduce los términos del similar párrafo del artículo 32 de la LOEX. Por lo que se refiere a la extinción de la residencia temporal por esa misma permanencia en el extranjero, huérfana de previsión en la LOEX, se incluye en el cuestionado artículo 162-2º-c), en los mismos términos que se había establecido en el artículo 75 del ya derogado Reglamento de 2004.

La larga exposición realizada del devenir del precepto lleva a la conclusión de que el Legislador español consideró que se sentía vinculado por la Directiva 2003/109 para incorporar a nuestro Derecho, y con rango de ley orgánica, la ya mencionada causa de extinción de la residencia de larga duración. Por el contrario, no consideró, ya desde la aprobación del inicial Reglamento de 2004, que la extinción de la residencia temporal por ausencia en nuestro País durante los mencionados plazos, exigía su regulación por precepto de rango de ley y mantuvo su regulación a nivel reglamentario.

Ha de concluirse, pues, de una parte, que el artículo 162-2º-c) del RLOEX comporta una auténtica limitación del derecho fundamental a la libre circulación de los extranjeros, como hemos concluido en el fundamento anterior. De otra parte, es manifiesto que el Legislador español es consciente

que para establecer esa limitación no se requiere la naturaleza de ley orgánica y expresamente rechazó incluirlo en la reforma operada en 2009, porque dicho precepto sí fue modificado por la Ley de reforma, pero sin incluir ese supuesto como causa de extinción, a diferencia de lo que sí hizo con la residencia de larga duración, que incluyó la causa de extinción en la Ley y en el Reglamento. Es decir, si el Legislador español incorporó en la LOEX la causa de la ausencia en territorio español como supuesto de extinción de la residencia de larga duración, lo fue porque se sintió vinculado en la trasposición de la Directiva.

Señalemos finalmente que, sin perjuicio de que después debamos volver sobre esa materia, no podemos aceptar que incidiera, en la concreta materia que nos ocupa, es decir, la residencia temporal sin causa específica, lo previsto en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; porque esa modalidad de residencia temporal tiene su regulación especial en nuestra Legislación, en concreto, en el Capítulo II del Título IV del RLOEX, tomando en consideración un presupuesto fáctico bien diferente y específico, que es al que se refiere la Directiva mencionada. Y ello sin perjuicio de que las causas de extinción de esa residencia por reagrupamiento, ni se refieren expresamente a la ausencia del territorio nacional, ni lo es del familiar que reagrupa, sino de los familiares reagrupados.

QUINTO. El derecho de libre circulación de los extranjeros residentes en España.

Delimitado el contenido del precepto y su rango normativo, debemos ahora examinar la incidencia que tiene con relación a la situación jurídica de los extranjeros residentes temporales en España.

Para poder abordar ese debate es necesario partir del artículo 13 de la Constitución, conforme al cual, «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*», disponiendo el párrafo segundo del precepto que ese reconocimiento no abarca al derecho de participación política del artículo 23, del que solo serán titulares los extranjeros, y en relación con las

elecciones locales, conforme a lo establecido en las leyes y tratados y sometido al principio de reciprocidad. Así pues y como regla general, los extranjeros ostentan los mismos derechos que los nacionales, pero los condiciona a lo establecido expresamente en la ley y los tratados, que serán, en definitiva, los que delimiten en qué medida y de cuáles derechos de los reconocidos en la Constitución son titulares los extranjeros.

Esa remisión a la ley, además de a los tratados, debemos tener en cuenta que en no pocos de los derechos fundamentales que se reconocen en nuestra Norma Fundamental ya existe una previa remisión a la ley para delimitar su contenido (entre otros, el artículo 19, que aquí el decisivo). Es decir, existe una doble llamada de la Constitución a la ley por lo que refiere al disfrute de los extranjeros de los derechos fundamentales, una primera que delimitará el contenido del mismo derecho en términos generales; y, además de ello, será nuevamente la ley (o los tratados), la que determinarán en qué medida y a qué extranjeros se aplicarán tales derechos.

Esa primaria llamada a la ley en la delimitación de los derechos fundamentales ha sido vista por la Doctrina con no poca suspicacia dado que, si el reconocimiento de esos derechos ha sido una de las conquistas del Estado de Derecho, en cuanto son derechos que, por lo general, se reconocen al ciudadano frente a los Poderes Públicos; no parece lógico dejar en sus manos, aunque sea del Poder Legislativo, su delimitación, de ahí que se haya tratado de poner límites al papel que está llamado a cumplir la ley en sus delimitaciones.

Dejemos para un momento posterior esa primera invocación al papel que se confiere a la ley en la delimitación de los derechos fundamentales y centrémonos ahora en el papel se confiere a la ley para delimitar los derechos fundamentales que ostentan los extranjeros residentes legales en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 13.

Ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha establecido el ámbito en que puede moverse el Legislador a la hora de determinar los derechos fundamentales de los que son titulares los extranjeros y así se ha declarado

por el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2013, de 31 de enero (ECLI:ES:TC:2013:17), con abundante cita, que «... *hemos establecido, en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, una distinción tripartita que se basa en la distinta libertad del legislador al que remite el art. 13.1 CE para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado. Así, una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del título I les pueden corresponder y cuáles no pues ha de tenerse también presente la conexión del derecho fundamental afectado con la garantía de la dignidad humana. Por otra parte, existen en ese título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros (en este sentido, por todas STC 236/2007, de 7 de noviembre, FFJJ 3 y 4).*

«Así pues, es posible afirmar que, como se deduce de los pronunciamientos de este Tribunal, existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros; igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y, finalmente, un tercer grupo serían aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

«... [E]l art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando

éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

Partiendo de la remisión que se hace en el referido precepto constitucional y, habida cuenta de las puntualizaciones que se hace en el último párrafo de la sentencia transcrita, debemos señalar que el derecho de libertad de circulación regulado en el artículo 19 de la Norma Fundamental se incardina en los que la jurisprudencia reseñada considera como uno de los derechos que el Legislador puede reconocer, conforme después se verá, en función de lo establecido en las leyes y los tratados. Pues bien, esa remisión se ha plasmado en el artículo 3 de la LOEX, en el que se establece la regla taxativa de que *«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos»*, añadiendo el precepto, por si existiera alguna duda, que en ese reconocimiento debe tenerse en cuenta que *«[c]omo criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.»*

Partiendo de esa remisión constitucional a la ley, debe recordarse que el artículo 5 de la LOEX regula el régimen del derecho a la libertad de circulación de los extranjeros en España. En efecto, se dispone en el precepto que *«[l]os extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme...»*

De los términos del precepto hemos de concluir que, como sucede con algunos de los derechos que se reconocen en la Constitución, es de configuración legal, por cuanto será la ley la que establecerá las limitaciones para entrar y salir libremente de España, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Constitución, si bien el mismo constituyente impone una limitación para ese desarrollo legal, el de que nunca podrán imponerse limitaciones por motivos políticos o ideológicos, fuera de los cuales el Legislador puede imponer condiciones si bien no existe una libertad absoluta en ese desarrollo de estos derechos fundamentales.

Ahora bien, debe recordarse lo antes reseñado al transcribir la sentencia del Tribunal Constitucional, en concreto, sobre las exigencias que ya la misma Constitución impone respecto a ese desarrollo legal, en el bien entendido de que el desarrollo, en cuanto a la aplicación a los extranjeros del derecho fundamental reconocido en el artículo 19 de la Norma Fundamental, debe realizarse en términos de gran amplitud o, si se quiere, con una plena equiparación con los españoles; lo cual no excluye que sea la propia ley orgánica, única legitimada para ello, la que pueda legitimar esa formulación general del artículo 5 e imponer restricciones, como es el caso, debe ya adelantarse, que de manera implícita impone el artículo 32 de la propia LOEX, en relación a los residentes de larga duración.

La misma jurisprudencia del Tribunal de Garantías ha examinado la aplicación del referido derecho fundamental de libre circulación de los extranjeros, partiendo del principio de que *«solo los españoles tienen derecho a entrar en España (SSTC 72/2005, de 4 de abril, FFJJ 5 a 8, y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12), sin perjuicio de que los extranjeros que, por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gocen de la protección que brinda el art. 19 CE, “aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE” (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3, y 24/2000, de 31 de enero, FJ 4). Estos derechos de residencia y circulación que poseen los extranjeros en virtud de la Constitución Española los protegen de las medidas que son propias de las políticas públicas de inmigración y de control y*

vigilancia de las fronteras, tales como el otorgamiento o la denegación de visados y de permisos de entrada o residencia, la adopción de medidas de expulsión o devolución u otras similares.» (sentencia 155/2015, de 9 de julio, ECLI:ES:TC:2015/155). Es decir, existe una remisión a lo establecido en la Ley Orgánica, por tanto, a los mencionados preceptos.

Debe hacerse especial mención a lo declarado en la sentencia del mismo Tribunal 94/1993, de 22 de marzo (ECLI:ES:TC:1993:94), al declarar: *«... el presente recurso suscita la cuestión previa de si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de circulación, y en su caso con qué alcance.*

...

[...L]a inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema... La dicción literal del art. 19 C.E. es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 de la Constitución...

«Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19... Cuestión distinta, sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España.

«La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E., y STC 107/1984, fundamento jurídico 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir

en ella. La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta... El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que --a diferencia del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos-- se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los arts. 19 y 13 de la Constitución, por imperativo de su art. 10.2. Las leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado. Así pues, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 C.E., aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE.

«Las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable (STC 85/1989, fundamento jurídico 3º)... Por consiguiente, para ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 C.E. reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión o extrañamiento debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería, u otro texto legal de igual valor, para adoptar esa grave medida...»

No parecen necesarios nuevos argumentos a los ya expuestos en la sentencia transcrita para concluir que el derecho de libre circulación de los extranjeros puede quedar condicionado, pero sólo por norma de rango de ley o por los tratados, es decir, de manera excluyen, no podrá hacerse por norma reglamentaria.

A la vista de la polémica generada, es importante señalar que no nos corresponde ahora ponernos en la situación del Legislador y determinar si es oportuna e incluso si es constitucionalmente admisible que se impusiese tal

limitación, que conforme a la jurisprudencia constitucional es admisible, aunque con limitaciones. Lo que ahora nos interesa destacar es que la Ley Orgánica no lo impone y que sí lo hace el precepto reglamentario; no hay precepto alguno en la LOEX que imponga a los extranjeros con permiso de residencia temporal esa exigencia, ni tampoco que, por haber efectuado una salida del territorio nacional por el mencionado plazo, en el cómputo anual, deba declararse la extinción del permiso de residencia temporal; lo impone, y de manera expresa y clara el cuestionado artículo 162-2º-e) del RLOEX.

Aún ha de darse un paso más con relación al debate suscitado. En efecto y como se afirma en el escrito de interposición, de la jurisprudencia constitucional reseñada, así como de la incidencia que tiene la posibilidad de extinguir los permisos de residencia por la causa prevista en el artículo 162-2º-e) del RLOEX, debemos concluir que esa limitación afecta al «desarrollo» de ese derecho fundamental, lo cual remite el problema de remisión sobre la jerarquía normativa a la exigencia de ley orgánica que impone el artículo 81 de la Constitución.

En el sentido expuesto, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo (ECLI:ES:TC:2023:19), ha establecido los límites en que puedan verse afectados en su regulación los derechos fundamentales por norma que no tenga el rango de ley orgánica, en la que se parte del principio de que *«las reservas constitucionales a la ley impiden al legislador desapoderarse en favor de otras fuentes normativas para regular aquello que la Constitución le encomienda...»*, aclarando seguidamente que *«ninguna reserva constitucional a la ley ha de entenderse en términos tales que impidiera, sin matices, toda remisión a ulteriores ordenaciones sobre asuntos de marcado carácter técnico...»*. Incluso se admite la remisión del desarrollo por el reglamento o por ley ordinaria, pero para *«asuntos de marcado carácter técnico... [o] respecto de materias no constitutivas del núcleo de las asignadas a las leyes orgánicas por el art. 81.1 CE, pero conexas con él,... siempre que no se trate del desarrollo directo de un derecho fundamental y que las remisiones al reglamento no desvirtúen la finalidad que se persigue con aquellas reservas.»*

A la vista de tales consideraciones es manifiesto que el alcance de lo establecido en el cuestionado artículo 162-2º-e) del RLOEX no puede incardinarse en esas materias susceptibles de regularse por norma reglamentaria, porque *«los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone»* (STC 18/1999, de 22 de febrero; ECLI:ES:TC:1999:18).

Lo concluido en los dos anteriores fundamentos nos pone en situación de examinar el debate que subyace en el presente recurso, que no es, aunque también, una cuestión de habilitación reglamentaria, en sí mismo considerado, sino que es de mayor calado porque, conforme hemos concluido, se debe remitir directamente a las exigencias para imponer limitaciones a los derechos fundamentales y, más concretamente, al derecho fundamental a la libre circulación de los extranjeros residentes temporales en España, en la forma que ya se ha delimitado en los fundamentos anteriores. Suscitar el debate en sede de habilitación reglamentaria, supondría que la Ley Orgánica pudiera habilitar el Reglamento para regular el régimen de los extranjeros en España, lo cual, cuando se vea afectado por un derecho fundamental, no puede suponer una habilitación general cuando, como hemos visto, ese desarrollo requiere Ley Orgánica.

Lo concluido obliga a rechazar toda la argumentación que se hace en la oposición al recurso sobre que existe en la Ley Orgánica preceptos que comportan una delegación reglamentaria sobre esa posibilidad. No podemos compartir ese argumento porque, insistimos, el debate no es esa pretendida

remisión a la vía reglamentaria, que no se da como hemos dicho, sino si puede una norma reglamentaria imponer una limitación a un derecho fundamental, como acontece con el precepto que se cuestiona en el recurso. Pero es más, aunque existiera esa pretendida cobertura, por tratarse de materia con reserva de ley orgánica, el Legislador no puede hacer esa autorización para relegar al reglamento una potestad que, no sin limitaciones, la Constitución confiere al Parlamento y no al Poder Ejecutivo, conforme hemos visto se declara por la jurisprudencia constitucional, que excluye esa posibilidad de desapoderar al Poder Legislativo.

Con acierto se remite en el escrito de interposición la polémica que se suscita en este recurso a lo establecido en los artículos 53 y 81 de la Constitución, prácticamente reiterando los argumentos que se formularon en el voto particular de la sentencia recurrida. Conforme a los referidos preceptos, solo la ley podrá regular el contenido de los derechos fundamentales y, aun así, deberá siempre respetarse lo que el propio constituyente configura como el contenido esencial del derecho, que constituye un límite infranqueable en ese desarrollo, así como respetando el principio de proporcionalidad. Pero, conforme al segundo de los mencionados preceptos, para establecer dicha regulación es necesaria que el Legislador lo haga mediante ley orgánica, con las garantías, en especial de mayorías que el precepto impone para su aprobación.

Debe añadirse a lo expuesto, de por sí suficiente para rechazar el motivo que examinamos, que en modo alguno puede entenderse que el precepto reglamentario tenga cobertura normativa en la remisión que se hace en el artículo 31 a que para las renovaciones de estas residencias temporales se «*establecerá reglamentariamente*», en un a modo de remisión en blanco para que el reglamento pueda imponer limitaciones a los derechos fundamentales que se reconocen a los extranjeros residentes legales en España. Porque esa posibilidad no sería una colaboración del reglamento con el desarrollo de la Ley, es decir, desarrollar lo ya establecido en ésta, sino que comporta, como hemos dicho, establecer un auténtico régimen del derecho fundamental a la libre circulación, y en su vertiente más incisiva, imponiendo limitaciones.

Menos aún puede servir a esos efectos, como se pretende por la defensa de la Administración, la remisión al desarrollo reglamentario de la LOEX que se autoriza, de manera general, en su Disposición Final Sexta, porque la autorización al Gobierno para aprobar el Reglamento de la Ley -- ahora plasmado en el RLOEX-- en modo alguno puede integrar la potestad para imponer límites ex novo a los derechos fundamentales de los que son titulares los ciudadanos extranjeros en situación de residencia temporal.

No obstante lo anterior, el esfuerzo argumental que se hace por la Abogacía del Estado en la oposición al recurso, asumiendo implícitamente ese presupuesto antes concluido, sostiene una interpretación lógica del mencionado artículo 162-2º-e), al considerar que lo en él establecido es de toda lógica integrando el artículo 32 de la LOEX, en relación a la residencia de larga duración, con el precepto reglamentario, porque, se aduce, carece de todo sentido que para esta residencia la ausencia del territorio nacional comporte su extinción y esa ausencia fuera irrelevante para la situación, de menor protección, que comporta la residencia temporal

El argumento no puede ser compartido, ya de entrada, porque aun admitiendo, a los meros efectos del debate suscitado, que no se admite, que fuera procedente una aplicación analógica de lo establecido en el artículo 32 para dar cobertura de reserva de ley para el supuesto del artículo 31, ni aun así quedaría el precepto reglamentario indemne, porque el plazo que se impone en el 162-2º-e) del RLOEX es inferior a aquel, es decir, se debería elaborar un precepto ad hoc y considerar que el plazo del artículo reglamentario ha de referirse a los seis meses. Esa interpretación debe ser rechazada porque no se trataría de interpretar el artículo 162 conforme al artículo 32 citado, sino de crear nosotros ahora una norma. La teoría de la interpretación, conforme a las reglas que se establecen en el artículo 3 del Código, impide ese argumento, ello sin perjuicio de cuanto antes se ha dicho que en materia de restricción de derechos fundamentales no caben esas interpretaciones que amplíen dichas limitaciones.

Se afirma por el Abogado del Estado que podría pensarse --determinar la intención negativa del Legislador es siempre aventurado-- que en todo este debate existe un olvido --sería mejor hablar de una negligencia-- del Legislador que ha de corregirse con la interpretación que se propone. Sin embargo, no somos nosotros los llamados a corregir esa situación, forzando la interpretación de unos preceptos que nos corresponde aplicar, más allá de lo que pudiera ser mínimamente admisible. Es más, si antes se ha expuesto el devenir normativo del precepto, es para tratar de dar sentido a tan peculiar regulación. Nos referimos a que inicialmente, con la promulgación de la LOEX, nuestro Legislador consideró que podía el Reglamento, sin respaldo alguno en la Ley, imponer limitaciones a las situaciones de las residencias permanente (de larga duración) y las temporales por la vía de condicionar su vigencia a la permanencia en nuestro País en los plazos que ya nos son conocidos. Y así se hizo en el Reglamento de 2004, tanto para una como otra residencia, como ya antes se expuso. Lo que concluyó el Legislador fue considerar que la Directiva 2003/109 exigía, en su trasposición, establecer en la propia LOEX la causa de extinción de la residencia de larga duración por la ausencia del extranjero del territorio nacional, elevando de rango normativo del caso de revocación que hasta entonces estaba en el Reglamento. Nunca se consideró que ese caso de extinción de la residencia afectara al derecho de libre circulación de los extranjeros en situación de residencia temporal o de larga duración; sino que fue la exigencia de la norma comunitaria la que impuso la reforma del artículo 32, como ya vimos, de ahí que no consideró necesario con la Ley de reforma de 2009 incluir en su artículo 31 el concreto supuesto de extinción de la residencia temporal sino que, como ya vimos, simplemente se limitó a mantener la regulación reglamentaria, porque no había norma comunitaria que lo impusiera. Y es precisamente en esa específica cuestión en la que se funda el argumento último que se aduce por la Abogacía del Estado para salvar la legalidad del precepto reglamentario, la existencia, a su juicio, de norma comunitaria que impone ese supuesto de extinción de la residencia temporal ordinaria y que dicha normativa salvaría la exigencia del principio de reserva de ley, pero en este caso sin la necesidad de la elevación de rango, cuestión que deberemos examinar en el fundamento siguiente.

En resumen, se pueda limitar el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación de los extranjeros con residencia temporal en España, mediante la extinción de su autorización por la ausencia del territorio nacional durante un determinado periodo de tiempo, pero dicha limitación ha de realizarse mediante ley orgánica, es decir, en la LOEX.

SEXO. Las directivas comunitarias y la reserva de ley.

Ya se ha adelantado que en la oposición al recurso se aduce por la defensa de la Administración que las propias directivas (se citan varias) servirían de cobertura al artículo 162-2º-e). La insistencia en ese argumento requiere que nos detengamos en su examen.

Punto de partida necesario para el debate suscitado debe ser el artículo 288 del Tratado Constitutivo de la Unión, en el que recogen los «*actos jurídicos de la Unión*», disponiendo que las directivas, a diferencia de los reglamentos y las decisiones, no tienen eficacia directa, sino que «*obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*» Es decir, la directiva se configura como una especial norma que carece de efecto directo para los Estados, los cuales sí están obligados a incorporar en su Derecho interno los objetivos que se imponen, a cuyos efectos, de una parte, cada Estado deberá ajustarse a su propio Derecho interno para imponer los fines de la directiva, porque el ordenamiento comunitario no impone, no podría hacerlo por la misma naturaleza política de la Unión, la forma en que cada Estado debe incorporar los efectos de la directiva en su ordenamiento interno; de otra, que no es discrecional a los Estados integrar los fines de la directiva, porque constituye una exigencia de los Tratados.

Hasta tal punto el ordenamiento comunitario no afecta a la soberanía de los Estados a la hora de incorporar las directivas en su ordenamiento que, como es notorio, para el supuesto en que no se transpongan en el plazo que se impone en la misma directiva, la única potestad que se confiere a las Instituciones europeas es la de instar un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, el cual, por la propia naturaleza del procedimiento, no

tiene por objeto directo imponer a los Estados la exigencia jurisdiccional de incorporar la directiva, sino eso, declarar el incumplimiento y la subsiguiente necesidad de trasposición, pero en el bien entendido de que la desatención de dicha declaración no es inerte, porque puede generar un nuevo incumplimiento, con los efectos pertinentes (sanciones). De lo anterior se concluye que las directivas, que no tienen efecto directo sobre los Estados, requieren que estos procedan a su trasposición, pero ya conforme a su propio Derecho interno, porque el ordenamiento comunitario no impone la forma en que deba realizarse.

Pero la normativa comunitaria, o quizás con mayor concreción, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha establecido mecanismos indirectos para reforzar el deber de los Estados de trasponer las directivas, reconociendo en determinadas situaciones el efecto directo, el cual, como hemos visto, no es acorde, en pura técnica jurídica, a su propia naturaleza. Esos supuestos, como es sabido, tienen como presupuesto que las directivas establezcan un mandato incondicional y suficientemente claro y preciso, atribuyendo derechos a los particulares, supuesto en el cual los particulares --efecto directo vertical-- sí pueden invocar tales derechos reconocidos en la directiva que no ha sido traspuesta en tiempo y debida forma por ese Estado, en sus relaciones con éste; opción que no puede ser invocada por el Estado que ha incumplido el deber de trasposición, frente a los ciudadanos ni en las relaciones entre los particulares --efecto directo horizontal-- en tanto no se proceda a su trasposición.

Sirvan el desarrollo escueto realizado para comenzar señalando que difícilmente puede acogerse la invocación que se hace por la Abogacía del Estado de que la extinción de la residencia temporal por ausencia del territorio nacional en nuestro Derecho tiene cobertura normativa porque determinadas directivas lo imponen, y ello por cuanto, como después se verá, ninguna de las directivas que se invocan imponen un derecho --más bien lo contrario-- de manera incondicional, claro y preciso en ese sentido, pero, sobre todo, porque no constituiría, en ningún caso, un derecho reconocido a los particulares, sino al propio Estado, de donde siempre deberá concluirse que se trata de una

eficacia horizontal, que ha sido excluida de la jurisprudencia del TJUE para conferir efecto directo a las directivas.

Bien es verdad que el argumento que implícitamente se suscita en la oposición al recurso es más sutil porque lo que se viene a sostenerse es que, partiendo del esquema formal que imponen los ya mencionados artículos 53 y 81 de la Constitución, las directivas vendrían a colmar el rango de ley orgánica que exigen dichos preceptos para imponer una limitación de un derecho fundamental. Ese debate genera una ardua polémica en la Doctrina (se cita al efecto la STJUE de 3 de diciembre de 2009, asunto 240/07; ECLI:UE:C:2009:749, referido a la República de Alemania y su peculiar ordenamiento interno y de la que en modo alguno se hace formulación concreta por el Tribunal europeo) pero, en la forma en que se invoca y atendidas las circunstancias del precepto reglamentario aquí examinado, constituye un auténtico galimatías porque, si partimos, como hemos concluido antes, que no hay directiva alguna que imponga un mandato incondicional, claro y preciso en favor de los particulares, no podrá pretenderse que se cumpla esa exigencia formal por una norma que ni tiene efecto directo y, además de ello, que si llega a tenerlo, solo sería en favor de los particulares, nunca en relación a los Estados, cualidad que no puede aceptarse que concorra en una norma que sanciona a un ciudadano residente temporal en España con la extinción de su residencia y por una limitación de su derecho fundamental a la libertad de movimiento que se reconoce en la Constitución, a través de la LOEX.

Ha de añadirse a lo expuesto que ciertamente que el rango normativo, en el ámbito interno de nuestro ordenamiento jurídico, que deba tener la norma que traspone una directiva, ha generado polémica en la Doctrina, partiendo de la regla primaria de que, siendo indiferente para el Derecho Europeo la forma y la competencia para dicha trasposición en la esfera del Derecho Interno, obliga a considerar que dicha trasposición ha de realizarse conforme a las reglas establecidas en cada Estado y que si nuestro Derecho exige que estas materias que limitan derechos fundamentales requieren el rango de ley orgánica, es esta categoría de norma la que debe trasponer la directiva, sin

perjuicio de los efectos que esa omisión del rango normativo pueda tener a los efectos del Derecho de la Unión.

En el sentido expuesto no está de más que hagamos referencia a la sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2021, dictada en el asunto C-658/19 (ECLI:EU:C:2021:138), en la que se pone fin a un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España, por no haber interpuesto al Derecho interno español la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo), cuya fecha límite de trasposición expiraba el 25 de marzo de 2019. Pues bien, ante el hecho objetivo de la expiración del plazo para la trasposición en la fecha límite, lo aducido por el Reino de España en contra de la imputación de incumplimiento por la Comisión, fue que dicha trasposición debía realizarse, conforme a nuestro Derecho interno, mediante ley orgánica (afectaba al ámbito del Código Penal) y que el Gobierno, al momento de hacerse el requerimiento previo por la Comisión, se encontraba en funciones y disueltas las Cortes, lo cual impedía la trasposición conforme a nuestro Derecho. El Tribunal Europeo rechaza la causa exculpatoria del incumplimiento aduciendo que *«la existencia o no del supuesto incumplimiento ha de apreciarse a la vista del estado de la legislación interna en vigor en esa fecha... A este respecto, como se desprende tanto de la respuesta del Reino de España al escrito de requerimiento como del escrito de contestación presentado por dicho Estado miembro en el presente procedimiento, consta que, al expirar el plazo fijado en el dictamen motivado, esto es, el 25 de marzo de 2019, el Reino de España no había adoptado las medidas necesarias para garantizar la transposición de la Directiva 2016/680 ni, por lo tanto, había comunicado tales medidas a la Comisión.... Por lo que se refiere a las alegaciones del Reino de España mediante las que pretende justificar la inobservancia del plazo de transposición de que se trata y que se basan, principalmente, en que el Gobierno español se encontraba en funciones durante el período pertinente, basta con recordar*

que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar un incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión como la falta de transposición de una directiva dentro del plazo fijado.» Con tales razonamientos termina imponiendo al Estado español sendas sanciones de multas de 15 millones de euros y 89.000 € diarios durante la persistencia en el incumplimiento.

De la referida sentencia, con abundante cita, hemos de concluir que el Derecho de la Unión no afecta al ámbito interno de los Estados para la trasposición de una directiva, pero, en el ámbito del Derecho interno, cuando exista una determinada exigencia de que la trasposición se realice con una categoría determinada de norma, debe observarse dicha exigencia y ello sin perjuicio de que, constatado el incumplimiento, proceda la declaración del incumplimiento a la vista del plazo general que la trasposición establecía.

Sin perjuicio de lo anterior, de por si suficiente para rechazar el argumento, es lo cierto que, como ya adelantamos, ninguna de las directivas que se invocan pueden servir para dar cobertura normativa suficiente al precepto reglamentario que aquí se examina, como ya se adelantó. En efecto, en el esfuerzo argumental realizado se hace referencia a varias de las directivas que, a juicio de la defensa de la Administración, complementarían ese rango normativo. Sin embargo, ninguna de las invocadas es aplicable al supuesto a que se refiere el precepto reglamentario examinado, sin perjuicio de lo antes expuesto de tratar de atribuir un efecto directo horizontal. En el caso de la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. Dicha norma comunitaria lo que regula, como se corresponde con su propia denominación, es el procedimiento de permiso de trabajo y no establece, es obvio, supuesto alguno de extinción de la residencia y ninguna relevancia tiene a los efectos

del debate la exigencia de la igualdad de trato de su artículo 12 al equiparar los extranjeros con las condiciones laborales de los nacionales.

Otro tanto cabe concluir de la invocada Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, cuyo ámbito subjetivo es el de los familiares reagrupados en un Estado miembros por un titular de permiso de residencia, no de éste, como sería el caso de autos en que no existe, como ya se delimitó antes, de un supuesto especial de residencia temporal por reagrupamiento de familiar que se regula en los artículos 52 y siguientes del RLOEX; sin perjuicio que los supuestos en que el invocado artículo 6-1º autoriza la denegación de la residencia del familiar, no del ya residente, y aun así, solo por razones de «orden público, seguridad pública o salud pública», conceptos jurídicos en los que no podría integrarse el contenido el precepto reglamentario que examinamos.

Finalmente, tampoco es admisible encontrar cobertura normativa en la ya mencionada reiteradamente Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de fuera de la UE residentes de larga duración, sobre la que se hace especial invocación en la oposición al recurso, tratando de traer a colación la incongruencia que comporta imponer condiciones a estos residentes de larga duración sobre la ausencia del territorio nacional para mantener su estatus y no imponérselas a los de residencia temporal; argumento que no puede compartirse, porque, en primer lugar, el supuesto del artículo 162-1º-e) no está referido a esa modalidad de residencia que, conforme al artículo 4 de la Directiva requiere la residencia legal e ininterrumpida en un Estado de la Unión durante cinco años, que no es el caso de autos; en segundo lugar, porque la Directiva, cuando impone en el artículo 9 la posibilidad de denegar la residencia de larga duración por ausencia durante doce meses consecutivos --al que ya nos hemos referido extensamente más arriba--, ni el plazo se corresponde con nuestro precepto reglamentario ni el precepto de la Directiva puede tener efecto directo en contra de los residentes de larga duración mientras no haya sido traspuesta, lo cual se acepta incluso implícitamente por la misma Abogacía del Estado en su argumentación.

De lo expuesto hemos de concluir que el artículo 162-2º-e) del RLOEX está viciado de nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 47-2º de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que sanciona con dicha nulidad las disposiciones generales que vulneren la Constitución, lo cual, como se ha razonado, concurre en el mencionado precepto que limita el derecho fundamental de los ciudadanos extranjeros con residencia temporal en España, careciendo de rango normativo para realizar dicha limitación.

La conclusión anterior comporta, dando respuesta a la cuestión casacional suscitada, que la ausencia del territorio nacional, de un extranjero con autorización de residencia temporal en España, durante el plazo de seis meses, en el periodo de un año, a que se refiere el actual artículo 162-2º-e) el RLOEX, no puede suponer la extinción de dicha autorización.

SÉPTIMO. Costas procesales.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes. Por lo que se refiere a las costas ocasionadas en la instancia, la estimación del recurso comporta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede tampoco hacer concreta imposición de las costas procesales, conforme ya se había declarado en la sentencia recurrida y en la de primera instancia.

OCTAVO.- El fallo de las sentencias que anulan una disposición general deben ser publicadas en el mismo periódico oficial en que se dio publicidad a aquélla (art. 72 de la Ley Jurisdiccional). Por ello, procede ordenar la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

FALLO

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

Primero. La respuesta a la cuestión casacional suscitada es la reseñada en el último párrafo del fundamento sexto.

Segundo. Ha lugar al presente recurso de casación 1843/2022 interpuesto por doña M.S.R.G., contra la sentencia 3913/2021, de 30 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mencionada en el primer fundamento

Tercero. En su consecuencia, se declara nula y sin valor ni efecto alguno la mencionada sentencia.

Cuarto. Se declara nulo el artículo 162-2º-e) 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.

Quinto. Se estima el recurso de apelación 403/2020 del Tribunal de instancia, interpuesto por la mencionada recurrente, contra la sentencia 88/2020, de 30 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número tres de los de Gerona y, en su consecuencia, se anula la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gerona, de 18 de noviembre de 2019, por la que se declaró la extinción de la autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena en España, con requerimiento de abandonar el territorio español en el plazo de quince días, resolución que se anula y se deja sin efecto por no estar ajustada al ordenamiento jurídico.

Sexto. No procede hacer concreta imposición de las costas de este recurso de casación ni de las ocasionadas en las dos instancias previas.

Séptimo. Ordenar la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta resolución a las partes , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso,e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.