



Roj: **STS 2130/2026 - ECLI:ES:TS:2026:2130**

Id Cendoj: **28079130052026100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **05/05/2026**

Nº de Recurso: **6800/2024**

Nº de Resolución: **564/2026**

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

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Alicante/Alacant, núm. 1, 20-10-2023 (proc. 658/2022),
STSJ CV 1544/2024,
ATS 2620/2025,
STS 2130/2026**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 564/2026

Fecha de sentencia: 05/05/2026

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6800/2024

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/05/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja

Procedencia: SECCION 5ª DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

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

Transcrito por: CGR

Nota:

R. CASACION núm.: 6800/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 564/2026

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D. Jose Luis Quesada Varea

D.^a María Consuelo Uris Lloret

D.^a María Concepción García Vicario

D. Francisco Javier Pueyo Calleja

En Madrid, a 5 de mayo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 6800/2024, interpuesto por D.^a Emma , representada por el procurador D. Emilio Rico Pérez, bajo la dirección letrada de D. Gabriel Manuel García Cremades, contra la sentencia n.º 285/2024, de 14 de mayo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación 293/2023.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Resolución de 19 de septiembre de 2022 (Expte. Núm.: NUM000) acordó: «Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Emma , confirmando en todas sus partes la resolución recurrida, de fecha 30/05/2022, por la que se tuvo por desistido/a al/la interesado/a de solicitud de TARJETA DE RESIDENCIA PERMANENTE DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UE.»

Por otra parte, la Resolución de 12 de septiembre de 2022 (Expte.: NUM001) acordó: «Denegar la solicitud de TARJETA DE RESIDENCIA PERMANENTE DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UE formulada por D./Dña. Emma , [...]».

La representación procesal de la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra dichas resoluciones (procedimiento abreviado 658/2022), que fue desestimado en la sentencia n.º 311/2023, de 20 de octubre, dictada por Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Alicante, cuyo fallo establece:

«Que debo estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.^a Emma frente a las resoluciones mencionadas en el encabezamiento de esta Sentencia, anulando las dos resoluciones impugnadas y reconociendo el derecho de la demandante a la obtención de la Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea en su día interesada en el expediente n.º NUM001 .»

Recurrida en apelación, tramitada con el número 293/2023, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia n.º 285/2024, de 14 de mayo, cuya parte dispositiva acordó:

«1.- La estimación del recurso de Apelación interpuesto por la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO' en Alicante contra la sentencia n.º 311/2023, dictada por el Juzgado de 10 Contencioso-Administrativo numero 1 de Alicante, de fecha 20 de octubre, en el procedimiento abreviado 658/2022, sentencia que se revoca.

2.- La desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por Da Emma contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 19 de septiembre de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 30 de mayo de 2022, por la que se tuvo por desistida a Da Emma . de su solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, en expediente n.º NUM000 , resolución que se confirma por ajustada a Derecho.

3.- La desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por Da Emma contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 12 de septiembre de 2022, denegatoria de la solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, en expediente n.º NUM001 , resolución que se confirma por ajustada a Derecho.

4.- No procede verificar condena en costas a la parte apelante.

5.- Las costas de la primera instancia se impondrán a la parte recurrente/apelada.»

SEGUNDO.-Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la representación procesal del demandante, que la Sala de instancia tuvo por preparado en auto de fecha 9 de septiembre de 2024 al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.-Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por auto de fecha 19 de marzo de 2025 acordó:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 6800/2024, preparado por la representación procesal de D.ª Emma, contra la sentencia n.º 285/2024, de 14 de mayo, dictada por la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación n.º 293/2023.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

i. Determinar si la ausencia del territorio nacional durante más de seis meses en un periodo de un año como supuesto de caducidad de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, conforme al art. 14.3 del RD 240/2007 de 16 de febrero, en cuanto limitativo del derecho a la residencia constituye una regulación independiente sin respaldo en la legislación española. [...]».

Y a tal efecto, el citado auto identifica como normas que, en principio, serán objeto de interpretación: «el art. 14.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RD 240/2007), así como los arts. 19 y 13 CE, sobre el derecho a la libre circulación de los extranjeros residentes en España.

También será objeto de consideración la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recogida en sus sentencias n.º 731/2023 de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2645); n.º 1404/2023 de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4948); y n.º 1232/2024, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2024:3841).»

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

CUARTO.-Abierto el trámite de interposición del recurso, la representación procesal de la parte recurrente presentó con fecha 5 de mayo de 2025 escrito 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:

«[...] dicte sentencia por la que, estimando el recurso interpuesto:

1).- Case y anule la Sentencia recurrida.

2).- Declare que el artículo 14.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, vulnera la reserva de ley consagrada en los artículos 53 y 81 de la Constitución, por no tener cobertura legal la limitación del derecho fundamental de libertad de circulación y residencia, reconocido en los artículos 19 y 13 de la Constitución, en ninguna ley orgánica, ni en la normativa europea, siendo por tanto nulo de pleno derecho; y en su consecuencia,

3).- Quede desestimado el recurso de apelación que interpuso la Subdelegación del Gobierno en Alicante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Alicante; y se mantengan los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Alicante, de modo que queden anuladas las resoluciones que fueron impugnadas, declarando expresamente el derecho de la Sra. Emma a obtener la tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, en virtud de las pretensiones ejercitadas en el procedimiento.»

QUINTO.-La Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario mediante escrito presentado el 8 de septiembre de 2025, en el que terminaba suplicando a la Sala que:

«[...] 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.-De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública, quedando el recurso concluso y pendiente de señalamiento.



SÉPTIMO.-Por providencia de 19 de marzo de 2026 se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 5 de mayo de 2026, en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso. De la resolución administrativa y de las Sentencias del Juzgado y de la Sala de Instancia.

1.1. Es objeto de impugnación en este recurso de casación la sentencia n.º 285/2024, de 14 de mayo, dictada en apelación y tramitada con el número 293/2023 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en cuya parte dispositiva acordó:

«1.- La estimación del recurso de Apelación interpuesto por la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO' en Alicante contra la sentencia n.º 311/2023, dictada por el Juzgado de 10 Contencioso-Administrativo número 1 de Alicante, de fecha 20 de octubre, en el procedimiento abreviado 658/2022, sentencia que se revoca.

2.- La desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por Da Emma contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 19 de septiembre de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 30 de mayo de 2022, por la que se tuvo por desistida a Da Emma. de su solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, en expediente n.º NUM000, resolución que se confirma por ajustada a Derecho.

3.- La desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por Da Emma contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 12 de septiembre de 2022, denegatoria de la solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, en expediente n.º NUM001, resolución que se confirma por ajustada a Derecho.

4.- No procede verificar condena en costas a la parte apelante.

5.- Las costas de la primera instancia se impondrán a la parte recurrente/apelada.»

La sentencia n.º 311/2023, de 20 de octubre, dictada por Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Alicante, que el TSJ revoca, disponía, a su vez, en su fallo:

«Que debo estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Emma frente a las resoluciones mencionadas en el encabezamiento de esta Sentencia, anulando las dos resoluciones impugnadas y reconociendo el derecho de la demandante a la obtención de la Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea en su día interesada en el expediente n.º NUM001.»

1.2. Las resoluciones administrativas impugnadas en la Instancia fueron la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 19 de septiembre de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 30 de mayo de 2022, por la que se tuvo por desistida a D.^a Emma de su solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, y la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 12 de septiembre de 2022, denegatoria de la solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, identificadas en la Sentencia del Juzgado y en el propio expediente administrativo de referencia.

1.3. Las referidas resoluciones administrativas fueron recurridas ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Alicante que dictó sentencia estimado el recurso contencioso y anulando las resoluciones administrativas impugnadas, con fundamento, en síntesis:

«[...] "(...) tras ser requerida la hoy actora para la aportación de certificado de matrimonio actualizado, y dado que el matrimonio se había celebrado en las dependencias de la Embajada de España en Tailandia, se comunicó a la Administración demandada que se había solicitado tal certificado, pero que el Ministerio de Justicia había advertido que el certificado en cuestión podía tardar entre 1 y 3 meses en llegar.

Dada la circunstancia anterior, al tiempo del dictado de la resolución de desistimiento -30 de mayo de 2022-, no se había podido aportar por la hoy recurrente la documentación requerida. Sin embargo, recibido el certificado de matrimonio de la Embajada de Bangkok (fechado a 17 de junio de 2022), consta acreditado que la hoy demandante lo facilitó a la Administración demandada, lo que así se hizo saber al tiempo de interposición del recurso de reposición (...)"

"(...) consta acreditado que D^a Emma en el periodo comprendido entre el 30/10/2020 hasta el 10/06/2021, salió de España encontrándose durante ese periodo en Tailandia. Ello supondría, de conformidad con la normativa expuesta en el párrafo anterior, que lo procedente era la denegación de la autorización de residencia solicitada. No obstante, lo cierto es que el supuesto de autos consta acreditada una excepcional circunstancia, como es la

restricción de movimientos - especialmente con terceros países- derivada de la crisis sanitaria por la pandemia de la Covid-19.(...) Por la hoy actora se ha acreditado la imposibilidad de retorno a España hasta junio de 2021, confirmando esta circunstancia la declaración testifical prestada por su marido D. Pedro Miguel ; por lo que respondía a una situación de fuerza mayor, que no puede servir en este caso para denegar la autorización de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE; constando además que la demandante continuaba teniendo su domicilio en España, continuando empadronada en la localidad de Elda, junto con su marido Sr Pedro Miguel . (...) anulando tal resolución y reconociendo el derecho de la demandante a la obtención de la autorización de residencia permanente solicitada.

Ello, paralelamente, comporta que el otro de los expedientes administrativos seguido bajo el nº NUM000 (analizado en el fundamento de derecho anterior) se vea afectado por una situación de carencia sobrevenida de objeto, al reconocerse el derecho a la obtención de la Tarjeta de residencia permanente en el expediente nº NUM001 (...).

1.4.La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia n.º 285/2024, de 14 de mayo, estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y revocó la Sentencia del Juzgado con desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto en la instancia en base a los siguientes fundamentos de Derecho:

«[...] La sentencia dictada por el juez a quo estima el recurso [...]:

La Administración plantea la indebida aplicación de la norma. Por un lado, la parte actora no dio cumplimiento al requerimiento de documentación, habida cuenta de que no consta que aportara, en el plazo que la ley establece al efecto, ampliación incluida, ni en vía de recurso tampoco, el documento requerido, Certificado de matrimonio.

En segundo lugar, la actora salió de España el 30/10/2020, vigente el RD 926/2020 de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener el COVID-19 imponiendo medidas de restricción de movilidad. Rechaza la existencia de fuerza mayor incidiendo en que la actora ejerció libremente su derecho de salir de España a un tercer país extracomunitario sin tener en cuenta las restricciones que podría encontrarse a la hora de regresar y los efectos que tendría esa ausencia del territorio español.

SEGUNDO.- La Sala no acepta la argumentación contenida en la sentencia de la instancia.

I.- Primera Resolución recurrida: Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 19 de septiembre de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 30 de mayo de 2022, por la que se tuvo por desistida a D^a Emma de su solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, en expediente nº NUM000 .

En fecha 07/04/2022 se presenta solicitud de autorización de residencia permanente en relación con su cónyuge ciudadano español.

En fecha 28/04/22 se practica requerimiento de aportación de certificado matrimonio actualizado.

En fecha 12 de mayo presenta escrito comunicando haber solicitado la certificación de matrimonio en el Registro Civil Central y que tardaría de 1 a 3 meses.

En fecha 30 de mayo se dicta resolución de archivo ante la falta de aportación de la documentación.

En fecha 30 de junio se interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución sin acompañar la documentación requerida.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 39/2015 : "Subsanación y mejora de la solicitud.

1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66, y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21.

2. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

3. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento.

4. Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación".

El art 73 de la Ley 39/2015 establece: "1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo".

El citado precepto es una norma especial que regula los defectos en la solicitud inicial, con la consecuencia de la inviabilidad de la petición, dada la ausencia de los elementos mínimos imprescindibles, que implica que el expediente no se haya iniciado, contemplando este precepto la preclusión del trámite.

En el expediente no obra el certificado de matrimonio actualizado. La parte no lo acompaña al ser requerida ni tampoco junto con el recurso de reposición. Únicamente acompaña copia de la solicitud. El certificado se acompaña junto con el escrito de demanda. La falta de cumplimiento del requerimiento expreso formulado por la administración bajo apercibimiento de archivo del expediente determina la confirmación de la resolución administrativa por ajustada a Derecho, ex art 68 Ley 39/201 .

Conforme a lo que se expondrá en el apartado siguiente no existe carencia sobrevenida del objeto.

II.- 2ª Resolución recurrida: Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 12 de septiembre de 2022, denegatoria de la solicitud de Tarjeta de Residencia Permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, expediente nº NUM001 .

Conforme a lo dispuesto en el art. 14 RD 240/2007 :

"3. La vigencia de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión caducará por las ausencias superiores a seis meses en un año. No obstante, dicha vigencia no se verá afectada por las ausencias de mayor duración del territorio español que se acredite sean debidas al cumplimiento de obligaciones militares o, que no se prolonguen más de doce meses consecutivos y sean debidas a motivos de gestación, parto, posparto, enfermedad grave, estudios, formación profesional, o traslados por razones de carácter profesional a otro Estado miembro o a un tercer país.

Esta caducidad por ausencia no será de aplicación a los titulares de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión 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 aquellas proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero. Tampoco será de aplicación a los titulares de dicha tarjeta 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".

Tanto de la literalidad de la norma como de su espíritu se desprende que el año a tener en cuenta no es el año natural, sino que se trata de un periodo a computar desde la salida del territorio nacional. En este supuesto la recurrente salió de España el 30 de octubre 2020 regresando el 10 de junio 2021. Como señala la administración cuando la actora sale de España ya se había aprobado el RD 926/2020 de 25 de octubre, por el que se declaraba el estado de alarma para contener la propagación COVID-19 imponiendo medidas de restricción de movilidad. Pese a ello la actora asume esa restricción de movimientos y abandona el territorio español regresando en junio 2021. No existe motivo de fuerza mayor que justifique la ausencia durante más de seis meses. De la misma manera que pudo abandonar territorio español en octubre 2020 no se acredita impedimento alguno para regresar antes del límite de 6 meses, sin que la declaración testifical de su esposo sea prueba suficiente para acreditar la imposibilidad de regreso.

El recurso de apelación debe ser estimado revocando la sentencia de primera instancia.»

SEGUNDO.- El auto de admisión del recurso.

En el auto de admisión se nos plantean las siguientes cuestiones, estrechamente vinculadas entre sí, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, al señalar en su parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 6800/2024, preparado por la representación procesal de D.ª Emma , contra la sentencia n.º 285/2024, de 14 de mayo, dictada por la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-

administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación n.º 293/2023.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

i. Determinar si la ausencia del territorio nacional durante más de seis meses en un periodo de un año como supuesto de caducidad de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, conforme al art. 14.3 del RD 240/2007 de 16 de febrero, en cuanto limitativo del derecho a la residencia constituye una regulación independiente sin respaldo en la legislación española. [...]».

Y a tal efecto, el citado auto identifica como normas que, en principio, serán objeto de interpretación: «el art. 14.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RD 240/2007), así como los arts. 19 y 13 CE, sobre el derecho a la libre circulación de los extranjeros residentes en España.

TERCERO.- El escrito de interposición.

Alega el recurrente, en apretada síntesis, en su escrito de interposición:

«[...] PRIMERO.- Infracción de las normas y de la Jurisprudencia identificada en el escrito de preparación del recurso de casación.

1.- La sentencia recurrida infringe el derecho a la libre circulación de los extranjeros residentes en España reconocido en los artículos 19 y 13 de la Constitución Española, al aplicar un precepto, art. 14.3 del RD 240/2007, que debe ser considerado nulo, por constituir una regulación independiente sin respaldo en la legislación española.

Este derecho a la libre circulación se ve afectado cuando se condiciona a los extranjeros familiares de un ciudadano de la Unión Europea no puedan salir de España por periodos superiores a seis meses. Esta limitación se establece en una norma de carácter reglamentario, como es el artículo 14.3 del RD 240/2007, de 16 de febrero -precepto que extingue la tarjeta de residencia por ausencias superiores a seis meses en un año-, cuando -al tratarse de un derecho fundamental- su regulación está reservada a Ley orgánica. Y es contraria al artículo 47-2º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que establece la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución.

Esta limitación a la libre circulación de los extranjeros residentes en España es idéntica a la que se contenía en 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 y su integración social (RD 557/2011) -precepto que extinguía la autorización de residencia temporal por ausencias superiores a seis meses- y que fue declarado nulo por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia nº 731/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2645).

[...] En cualquier caso, aunque se considerase que no se trata de supuestos sustancialmente iguales, la inexistencia de jurisprudencia sobre el artículo 14.3 del RD 240/2007, motivaría un pronunciamiento de ese Alto Tribunal, al haberse aplicado una norma, en la que se sustenta la razón de decidir, sobre la que no existe jurisprudencia, lo que nos sitúa en el supuesto previsto en el artículo 88.3.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Concretamente no existe jurisprudencia sobre si ha de entenderse nulo el requisito contenido en el art. 14 del RD 240/2007, que es razón de decidir de la sentencia, de prohibir las ausencias superiores a seis meses en un período de un año, por ser contrario al derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia reconocidos en los artículos 19 y 13 de la Constitución, y no tener cobertura de ley orgánica, considerándose de aplicación el artículo 53 de la Constitución en relación con el artículo 81 de la misma Norma Fundamental, que establecen la reserva de ley orgánica.»

CUARTO.- El escrito de oposición.

El Abogado del Estado, en su escrito de oposición, solicita la desestimación del recurso de casación con base en los siguientes fundamentos que recogemos en síntesis:

«[...] Esta Abogacía considera que la Sentencia impugnada interpretada correctamente los artículos señalados en el Auto de admisión.

Esta Abogacía es consciente como no puede ser de otro modo del contenido de las sentencias citadas en el Auto de admisión y de la declaración de nulidad del artículo 162.2 e) RD 557/2011.

En el presente caso, no puede obviarse que la regulación contenida en el artículo 14.3 del RD 240/2007 proviene de la Directiva 2004/38 CE del parlamento y del Consejo cuyo artículo 11 [...].

A sensu contrario, la directiva permite y habilita en su trasposición la posibilidad de limitar la validez de la tarjeta respetando los límites señalados como resulta claramente del artículo 14.3 RD 240/2007.»

QUINTO.- La doctrina jurisprudencial establecida en relación con la cuestión de interés casacional planteada.

5.1. El auto de admisión del recurso plantea como cuestión que presenta interés casacional la consistente en determinar «[...] si la ausencia del territorio nacional durante más de seis meses en un periodo de un año como supuesto de caducidad de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, conforme al art. 14.3 del RD 240/2007 de 16 de febrero, en cuanto limitativo del derecho a la residencia constituye una regulación independiente sin respaldo en la legislación española. [...]».

Y a tal efecto, el citado auto identifica como normas que, en principio, serán objeto de interpretación: «el art. 14.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RD 240/2007), así como los arts. 19 y 13 CE, sobre el derecho a la libre circulación de los extranjeros residentes en España.

5.2. Nuestra sentencia n.º 731/2023 de 5 de junio de 2023 (Rcas 1843/2022), posteriormente reiterada por STS n.º 1404/2023 de 8 de noviembre de 2023 (Rcas 3587/2022) y STS n.º 1232/2024 de 9 de julio de 2024 (Rcas 8169/2022), recogía la doctrina jurisprudencial en el aspecto que aquí interesa y que debe ser reiterada también en el presente recurso.

Aquellas sentencias anularon el artículo 162.2 e) ROEX en relación con la extinción de la autorización de residencia temporal por permanencia fuera de España durante más de 6 meses en el periodo de un año, con un fundamento jurídico que es de plena aplicación, mutatis mutandis, al supuesto que ahora nos ocupa. Señalaba nuestra sentencia:

«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». "[...].*

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.

[...] 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. [...]

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, «[l]os 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.

SEXTO. 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 concurra 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 transposición de una directiva, pero, en el ámbito del Derecho interno, cuando exista una determinada exigencia de que la transposición 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 transposición establecía.

[...]

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.»

5.3. De lo expuesto, mutatis mutandis, hemos de concluir que el artículo 14.3 del RD 240/2007 de 16 de febrero 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 tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, careciendo de rango normativo para realizar dicha limitación.

5.4. Por todo lo razonado podemos dar ya respuesta a la cuestión planteada por la Sección de Admisión fijando la siguiente doctrina:

La ausencia del territorio nacional durante más de seis meses en un periodo de un año como supuesto de caducidad de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea a que se refiere al art. 14.3 del RD 240/2007 de 16 de febrero, en cuanto limitativo del derecho a la libre circulación y residencia, no puede suponer la caducidad de dicha tarjeta.

SEXTO.- De la aplicación de la doctrina expuesta a la decisión del asunto litigioso.

6.1. En consecuencia, y conforme a lo establecido en esta sentencia, la Sentencia recurrida en casación del TSJ de la Comunidad Valenciana no se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, lo que determina declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación y, en su consecuencia, casar y anular la sentencia del TSJ recurrida por no ser conforme a Derecho, y correlativamente desestimar el recurso de apelación interpuesto confirmando la sentencia del Juzgado que estima el recurso contencioso y anula las

resoluciones administrativas, por ser este fallo conforme a derecho en aplicación de la doctrina jurisprudencial aquí expuesta.

6.2. Además, lo expuesto determina la declaración de nulidad de pleno derecho del artículo 14.3 del RD 240/2007 de 16 de febrero, de conformidad con lo establecido en el artículo 47-2º de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículo 27.3 LJCA.

SÉPTIMO. - Conclusiones y costas.

7.1. A tenor de lo razonado en los precedentes fundamentos, procede declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación y, en su consecuencia, casar y anular la sentencia del TSJ recurrida por no ser conforme a Derecho, y correlativamente desestimar el recurso de apelación interpuesto confirmando la sentencia del Juzgado que estima el recurso contencioso y anula las resoluciones administrativas por ser este fallo conforme a derecho en aplicación de la doctrina jurisprudencial aquí expuesta.

7.2. En cuanto a las costas de la instancia y de este recurso de casación, conforme a lo prevenido en los artículos 94 y 139 de la LJCA, disponemos que cada parte abone las causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

OCTAVO.- Anulación de disposición general. Publicación.

El fallo de las sentencias que anulan una disposición general debe ser publicado en el mismo periódico oficial en que se dio publicidad a aquella (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.-Establecer la doctrina jurisprudencial indicada en el Fundamento de Derecho quinto de esta sentencia.

Segundo.-Declarar haber lugar al recurso de casación n.º 6800/2024 interpuesto por D.ª Emma , representada por el procurador D. Emilio Rico Pérez, bajo la dirección letrada de D. Gabriel Manuel García Cremades, contra la sentencia n.º 285/2024, de 14 de mayo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación 293/2023, sentencia que casamos y anulamos por ser contraria a Derecho.

Tercero.-Desestimar el recurso de apelación y confirmar íntegramente la sentencia apelada n.º 311/2023, de 20 de octubre, dictada por Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Alicante que estimó el recurso contencioso n.º 658/2022 planteado anulando las resoluciones administrativas recurridas, por ser conforme a derecho.

Cuarto.-Se declara nulo el artículo 14.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

Quinto.-Imponer las costas conforme a lo establecido en el último Fundamento de esta sentencia.

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

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

Así se acuerda y firma.