

REC.ORDINARIO(c/d) Num.: 343/2011

Votación: 06/03/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Campos Sánchez-Bordona

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 343/2011 interpuesto por la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO-INMIGRANTES ANDALUCÍA ACOGE, la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA y la FEDERACIÓN SOS RACISMO, representadas por el Procurador D. Agustín Sanz Arroyo, contra el 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; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo interpusieron ante esta Sala, con fecha 30 de junio de 2011, el recurso contencioso-administrativo número 343/2011 contra el Real Decreto número 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.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 6 de febrero de 2012, las recurrentes alegaron los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos y suplicaron que se dictase sentencia que "proceda a declarar ilegal y anular el mismo en los incisos y preceptos indicados en el cuerpo de este escrito y en cada uno de sus fundamentos jurídicos y en virtud a las argumentaciones antes indicadas, con expresa condena en costas a la Administración si se opusiere".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 21 de marzo de 2012, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que desestime íntegramente la demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas".

Cuarto.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 5 de febrero de 2013 la Sala acordó:

"Se deja sin efecto el señalamiento acordado en las presentes actuaciones para el día 5 de febrero del año en curso a fin de oír a las partes por diez días sobre la incidencia que en cuanto a la impugnación de los párrafos segundo y tercero del apartado séptimo del Reglamento

aprobado por el Real Decreto 557/2011 pudieran tener, por un lado, la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero y, por otro, la aplicación del artículo 11 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular."

Quinto.- La Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo y el Abogado del Estado presentaron sus alegaciones el 21 y 22 de febrero de 2013 respectivamente.

Sexto.- Por providencia de 26 de febrero de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 6 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Las federaciones y asociaciones que han interpuesto el presente recurso impugnan de modo directo diversos artículos del Real Decreto número 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, tras la reforma de ésta por la Ley Orgánica 2/2009.

Dada la relevancia que tendrá para la decisión del litigio es oportuno subrayar desde un primer momento que la Disposición final tercera ("adaptación reglamentaria") de la Ley Orgánica 2/2009, que modifica la Ley Orgánica 4/2000, habilita al Gobierno para "dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias". El Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011 se ampara precisamente en dicha habilitación.

Segundo.- La impugnación se dirige, en primer lugar, contra los párrafos segundo y tercero del apartado séptimo del artículo 23 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011.

El artículo 23 del Reglamento regula detalladamente el régimen jurídico de las "devoluciones" tanto de los extranjeros que, habiendo sido previamente expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España (hipótesis a) como de los extranjeros que, sin haber sido objeto de una expulsión previa, pretendan entrar irregularmente en nuestro país (hipótesis b). Y, dentro de aquel artículo, su apartado séptimo fija un "plazo de prescripción de la resolución de devolución", de cinco o de dos años, respectivamente. Es preciso consignar, desde un primer momento, que las entidades demandantes no discuten la legalidad de dichos plazos de "prescripción" (cinco y dos años) sino, exclusivamente, el día en que ambos comienzan a correr.

Los párrafos segundo y tercero del apartado séptimo del artículo 23 establecen, en efecto, cuál es el día inicial (*dies a quo*) para el cómputo del "plazo de prescripción" de las resoluciones que ordenan la devolución de los extranjeros en los dos supuestos o hipótesis referidas:

A) En el caso de los extranjeros previamente expulsados que hayan contravenido la prohibición de entrada en España, dicho plazo de cinco años "no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado". Y

B) En el caso de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España, el plazo de dos años "no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución".

A juicio de los recurrentes, la "devolución" de los extranjeros tiene un carácter sancionador, difiere de la "expulsión" y, dado que la Ley Orgánica 4/2000 no regula el comienzo del plazo de prescripción de aquélla, deberían aplicarse las normas subsidiarias de la Ley 30/1992 sobre la prescripción de las sanciones. En concreto, las entidades actoras propugnan que se aplique el artículo 132.3 de la Ley 30/1992, de modo que el plazo de prescripción de la "sanción" de devolución comience a correr desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución que ordena "devolver" al extranjero, lo que

convertiría en ilegal una disposición reglamentaria que se aparta de la Ley 30/1992.

El desarrollo argumental de este epígrafe de la demanda parte "[...] del carácter sancionador y naturaleza sancionadora con que se ha dotado a la figura jurídica de la Devolución en nuestro Derecho de Extranjería, a raíz de la reforma legal llevada a cabo por LO 14/2003, de 20 de noviembre." Carácter y naturaleza sancionadora que a juicio de los actores derivaría, en síntesis, de tres factores: a) que "en toda Devolución pueda solicitarse Medida Cautelar de Internamiento, es decir, una de esas medidas cautelares que el artículo 61 LOEX permite adoptar en los procedimientos sancionadores"; b) que "toda Devolución lleva aparejada una Prohibición de Entrada"; y c) que el establecimiento de plazos de prescripción para este género de medidas "refuerza el carácter sancionador de la devolución". Según los recurrentes, "aunque la devolución no tuviera naturaleza sancionadora en su origen", sí lo adquiere desde la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003 tras la cual las "notas distintivas entre Expulsión y Devolución se difuminan y llegan a diluirse".

Tercero.- La "devolución" a la que se refiere el artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000 (para cuya adopción "no será preciso expediente de expulsión") puede acordarse únicamente, como ya hemos expuesto, contra los extranjeros a) que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; o b) que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Aunque el término "devolución" pudiera suscitar algún equívoco en relación con su opuesto (existe un principio de "no devolución" de los extranjeros al que aluden el artículo 57 de la misma Ley 4/2000, las normas internacionales y nacionales sobre protección humanitaria y la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular) es el que usan los dos textos normativos y el que emplearemos en la sentencia. En cuanto figura jurídica con contornos propios difiere tanto de la expulsión de los extranjeros como del rechazo o denegación de entrada en nuestro país (artículo 26 de la Ley 4/2000). Y se enmarca en el más amplio concepto de "retorno" de los extranjeros en situación irregular que emplea la citada Directiva 2008/115/CE.

Si bien englobadas bajo un mismo término, las medidas u órdenes de "devolución" de extranjeros previstas en las dos hipótesis del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000 responden a dos realidades diferenciadas, con perfiles propios cada una.

A) Cuando se ordena la "devolución" del extranjero que fue expulsado y ha vuelto a nuestro país contraviniendo la prohibición, para él vigente, de entrar en España, dicha "devolución" no es sino un acto de ejecución material de aquella prohibición y carece de sustantividad sancionadora autónoma. Así lo ha declarado esta Sala en sentencias -cierto que relativas a versiones precedentes de la Ley de Extranjería- como la de 14 noviembre de 2001 (recurso de casación 7924/1997) en la que afirmamos lo que sigue:

"[...] cuando se incumple la Orden de expulsión y prohibición de entrada en territorio español durante cinco años, [...] la posterior devolución, una vez producida la entrada ilegal, que quebranta la citada Orden de expulsión, la devolución aquí cuestionada es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, no teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni pudiendo ser calificada, tampoco, como un procedimiento sancionador, carente de garantías, como ha recordado la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 1998".

Mantenemos esta misma doctrina (por lo demás, ya sentada por nuestra sentencia de 25 de junio de 1980) que no consideramos desvirtuada por los cambios normativos introducidos en la legislación de extranjería. La naturaleza jurídica de este primer tipo de órdenes de devolución es la correspondiente a una medida que se limita a ejecutar en sus propios términos un acto administrativo previo y aún vigente, aquel que impedía a su destinatario entrar en España. No se trata, pues, de una "sanción" adicional, autónoma, sino del mero cumplimiento de una orden preexistente cuya eficacia permanece inalterada.

B) Las órdenes de devolución contra los extranjeros "que pretendan entrar ilegalmente en el país" se aproximan más, sin embargo, a las medidas administrativas de rechazo o denegación de entrada que adoptan -pueden adoptar- los funcionarios encargados del control en los puestos fronterizos. El artículo 23.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011 considera incluidos entre los extranjeros sujetos a devolución por este título a

los "[...] que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones", sin mayores precisiones geográficas o temporales (no siendo esta previsión reglamentaria objeto del presente recurso).

Este segundo género de órdenes de "devolución" tampoco tienen carácter sancionador. En sí mismas consideradas no son sino medidas impeditivas de la entrada ilegal en España frente a quienes "pretendan" eludir la preceptiva entrada por los puestos de control fronterizos. Si quienes optan por la "entrada legal" a través de dichos puestos pueden verse rechazados, sin que ello constituya una sanción administrativa, ese mismo rechazo o denegación de entrada -ahora convertido en "devolución"- puede aplicarse a quienes sean aprehendidos, en la misma frontera o en sus inmediaciones, cuando intentan burlar el control reglamentario. No existe, a nuestro juicio, diferencia sustancial entre un supuesto y otro desde la perspectiva de su naturaleza jurídica aun cuando en la Ley 4/2000 ambos tengan un régimen diferenciado: se trata de actuaciones administrativas enmarcadas en la lógica propia de un sistema de control de entrada de los extranjeros en España, no en la del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

De hecho, la asimilación de ambas figuras subyace también en el artículo 2 de la Directiva 2008/115/CE, a tenor del cual se permite a los Estados miembros no aplicarla "a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro".

Por lo demás, y finalmente, el carácter no sancionador de las órdenes de devolución, en sí mismas consideradas, ha sido expresamente reconocido en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional número 17/2013, de 31 de enero, al pronunciarse sobre el recurso de inconstitucionalidad número 1024-2004, interpuesto por el Letrado del Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Las entidades recurrentes, aun no compartiendo esta parte del pronunciamiento, reconocen que con ello queda "definitivamente zanjada la cuestión" (escrito de 21 de febrero de 2013).

Cuarto.- Más problemas presenta el régimen jurídico aplicable a una determinada consecuencia jurídica (la prohibición de entrada en España durante cierto tiempo, o la eventual reanudación de la ya impuesta) que incorporan las órdenes de devolución emitidas en ambos casos.

El argumento clave de las entidades actoras era que, teniendo carácter sancionador la devolución, lo tenían igualmente las prohibiciones de entrada a ella anejas. El resto de alegaciones sobre este punto tenían menor capacidad de convicción pues la naturaleza sancionadora de una decisión administrativa no viene predeterminada por la eventual aplicación de medidas cautelares (posibles frente a todo tipo de actos, sancionadores o no) y el establecimiento de un plazo de prescripción tampoco es, de suyo, determinante del carácter sancionador de dichas órdenes, según ulteriormente expondremos.

Aun rechazado el carácter sancionador de las devoluciones, no por ello era del todo desdeñable el argumento de que la prohibición de entrada en España al extranjero contra quien se ha dictado una orden de "devolución" constituye una restricción o limitación de derechos que, por ir más allá del restablecimiento de la legalidad inherente a la propia devolución, pudiera tener carácter sancionador. Tiene en su contra, sin embargo, el reconocimiento ya consolidado de que no existe propiamente un derecho del extranjero a entrar en España fuera de los supuestos legales. Aun así, es cierto que en alguna sentencia de esta Sala (la de 25 de mayo de 2004, dictada en el recurso de casación número 4567/2000), con relación a la Ley de 1985 y a la falta de audiencia del interesado, ya habíamos afirmado que la prohibición de entrada en territorio español tenía "naturaleza sancionadora, donde la audiencia del interesado alcanza el valor de trámite esencial".

Esta es la tesis que ha prosperado en la sentencia constitucional 17/2013, a la que antes nos referíamos, cuyo fundamento jurídico duodécimo afirma que "[...] tal prohibición de entrada no forma parte, en sí misma, de la decisión administrativa que se expresa en la orden de devolución y presenta, por ello, una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España".

Dado que, a juicio del Tribunal Constitucional, "la medida de prohibición de entrada que lleva aparejada toda devolución carece, en su condición de

sanción, de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las garantías que, conforme a nuestra doctrina, han de reconocerse en toda actividad sancionadora de la Administración", la conclusión del razonamiento es que procede declarar inconstitucional y nulo el inciso "asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años" del artículo 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en la redacción dada al mismo por el artículo 1.31 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. El inciso anulado figura actualmente con el mismo tenor en el apartado séptimo (no ya sexto) del artículo 58 de la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009.

La sentencia constitucional 17/2013 deja indemne, por lo demás, el inciso inicial del mismo artículo y apartado (58.7 de la vigente Ley) a tenor del cual "la devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada".

Quinto.- A partir de estos datos normativos hemos de analizar la impugnación de la norma reglamentaria objeto de debate que, como ya dijimos, se limita a fijar el día inicial (*dies a quo*) para el cómputo del "plazo de prescripción" de las resoluciones que ordenan la devolución de los extranjeros, tanto si se trata de los previamente expulsados que hayan contravenido la prohibición de entrada en España (el plazo de cinco años no empezará a contar para ellos "hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado") como de quienes pretendan entrar ilegalmente en España (en cuyo caso el plazo de dos años "no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución").

Las alegaciones de las dos partes del litigio sobre la incidencia que en él pudiera tener la sentencia constitucional 17/2013 están claramente enfrentadas:

A) El Abogado del Estado, en su escrito de 22 de febrero de 2013, sostiene que "en nada afecta al recurso en los extremos del RD que han sido recurridos. En el caso que se entendiera que sí afecta, debería procederse al

planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, por cuanto la STC vulnera flagrantemente el artículo 11 de la Directiva".

B) Las entidades recurrentes, por el contrario, consideran que, reconocido el carácter sancionador de la prohibición de entrada por el Tribunal Constitucional, "[...] se refuerza la tesis de nuestro recurso, en el sentido de que de, si bien la devolución no es una sanción, al haberse declarado la inconstitucionalidad del inciso [...] es manifiestamente ilegal pues establece el día a quo a partir del cual comienza el inicio del cómputo de la devolución, una vez haya transcurrido una prohibición de entrada que el propio Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional".

Sexto.- La Sala no puede prescindir en este debate de un dato normativo que, ausente de la sentencia constitucional 17/2013, reputamos relevante cual es la ya citada de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Y, por otro lado, consideramos que el análisis de la razón de decidir subyacente al fallo de aquella sentencia, en este punto, permite sostener que las prohibiciones de entrada en España, en cuanto medidas (sanciones, según la calificación del Tribunal Constitucional) anejas a la "devolución de los extranjeros" siguen siendo válidas si vienen acompañadas de ciertas garantías de procedimiento.

Desde esta segunda perspectiva, y pese a lo que pudiera parecer a primera vista, las órdenes de prohibición de entrada en nuestro país de quienes pretendan entrar en él de modo ilegal, aun cuando tengan el carácter sancionador que el Tribunal Constitucional les ha reconocido, sólo resultan inconstitucionales, según la tesis aceptada por dicho Tribunal, si su adopción no viene precedida del procedimiento adecuado. Quiérese decir que, en sí mismas, subsisten como medidas válidas de reacción del Estado frente al intento de entrada ilegal de los extranjeros. Que dicha reacción puede no limitarse al "retorno" -en este caso devolución- del extranjero, sino también al establecimiento de una prohibición adicional de entrada durante un período temporal determinado (con las garantías que sean precisas, repetimos) es algo que, además, se deriva no ya de la legislación española sino del hecho, que hemos calificado de relevante, de la incorporación a ella de las disposiciones

normativas que tienden a implantar un sistema armonizado europeo de lucha contra la emigración irregular.

De hecho, las propias entidades recurrentes admiten que "[...] la sentencia del Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad de la posibilidad de establecer una prohibición de entrada tras la devolución, sino su inconstitucionalidad por no respetar el inciso anulado los principios de contradicción, defensa y audiencia que han de regir el dictado de un acto como es la prohibición de entrada". Vienen a reconocer, pues, y así también lo entiende esta Sala, la legitimidad de las prohibiciones de entrada anejas a las órdenes de devolución de los extranjeros.

Séptimo.- Decíamos en el fundamento jurídico precedente que el análisis de esta cuestión no puede omitir el significativo cambio que ha supuesto la implantación, a partir del año 2008, de una política armonizada en el seno de la Unión Europea sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. La aprobación de la Ley Orgánica 2/2009 supone la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas aprobadas con posterioridad a la última reforma de la Ley 4/2000 (esto es, la del año 2003) y entre ellas destaca precisamente, por su importancia, la ya citada Directiva 2008/115/CE, a la que no hace referencia el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2013 posiblemente porque, *ratione temporis*, no era aplicable a la legislación española de 2003 objeto del recurso que había de fallar (sí se refiere a otras directivas comunitarias y al Acuerdo de Schengen).

La Directiva 2008/115/CE ha sido, además, interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en términos que refuerzan de modo considerable el deber de los Estados de proceder cuanto antes a asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno de los extranjeros en situación irregular, eficacia que implica para los Estados miembros "la obligación de llevar a cabo la expulsión, tomando todas las medidas necesarias" (sentencias de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU; de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11 y de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11). Jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, por lo demás, posiblemente obligará a modular la interpretación hasta ahora efectuada, y la aplicación de las normas legales que permiten en ciertos supuestos "elegir" entre la expulsión y la multa de los extranjeros en situación irregular.

La apelación a la Directiva 2008/115/CE y a la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal de Justicia permite extraer de su contenido y de los términos en que se expresa su artículo 11 conclusiones que, a los efectos que aquí interesan, más bien corroboran que contradicen el carácter no necesariamente sancionador, desde la perspectiva armonizada, de las prohibiciones de entrada en el territorio de la Unión Europea (esto es, en el territorio del Estado miembro correspondiente y, por extensión, del espacio europeo). Es más, a tenor de aquel precepto la prohibición de entrada del extranjero contra el que se haya dictado una "decisión de retorno" debe necesariamente acompañar a ésta si la propia obligación de retorno no se ha cumplido o si no se ha concedido un plazo para la salida voluntaria. Y la decisión de prohibir la entrada puede (ya no debe necesariamente) acompañar a las órdenes de retorno en los demás supuestos.

Si no estimamos necesario plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial que nos sugiere el Abogado del Estado no es por dudar de la obligada aplicación del régimen comunitario al régimen de retorno de los extranjeros en situación irregular. En reiterados pronunciamientos hemos mantenido la primacía del Derecho de la Unión, que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado recientemente al responder en su sentencia de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, Melloni) a una cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Constitucional español. Consideramos, sin embargo, que la Directiva 2008/115/CE no se opone de modo necesario a que la decisión correspondiente -esto es, la decisión de retorno acompañada de la (en ocasiones preceptiva) prohibición de entrada- se adopte una vez tramitado un determinado tipo de procedimiento administrativo que, sin mengua de su eficacia, respete las garantías a las que se refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 17/2013. De hecho, el apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 2008/115/CE exige que la duración de la prohibición (en principio no mayor de cinco años) se determine "con la debida consideración de todas las circunstancias". No se nos ocultan, en todo caso, las obvias dificultades de cohonestar la eficacia de la devolución inmediata con la incoación y tramitación de un procedimiento sancionador.

Aunque el artículo 2 de la Directiva 2008/115 permite a los Estados miembros, según anteriormente destacamos, optar por no aplicarla a los nacionales de terceros países a quienes se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o

interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores, lo cierto es que en la Ley Orgánica 2/2009 no se llevó a cabo aquella opción y en estos supuestos es aplicable la Directiva en su conjunto.

Octavo.- Siendo todo ello así, negado el carácter sancionador de las órdenes de devolución propiamente dichas y admitida, aun cuando sólo fuera por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, la validez -y aun la exigencia- de las prohibiciones de entrada a ellas anejas (cuando vinieran precedidas, en España, de las garantías que exige el Tribunal Constitucional), y no discutidos en el recurso los tiempos a que pueden elevarse dichas prohibiciones, estimamos que nada impide que el *dies a quo* del cómputo de los plazos para su "prescripción" sea el que fijan los preceptos reglamentarios impugnados, sin que necesariamente hayan de atenerse a lo dispuesto de modo supletorio para las sanciones administrativas en la Ley 30/1992.

Dicho plazo de prescripción no es, en definitiva y pese a su tenor literal, sino una mera limitación temporal de la eficacia del acto de modo que, transcurrido un determinado tiempo, aquél deja de ser ejecutable. Lo que en realidad el titular de la potestad reglamentaria ha decidido al aprobar, con una expresión quizás no demasiado acertada, el artículo impugnado del Reglamento y autolimitar las propias facultades gubernativas, es que las órdenes de devolución expiran en los dos supuestos ya referidos: esto es, carecen sobrevenidamente de eficacia si transcurren cinco años a partir del momento en que finalizó "el periodo de prohibición de entrada reiniciado" (para la primera hipótesis) o dos años a partir del final del periodo de prohibición de entrada determinado en la orden misma de devolución (para la segunda hipótesis).

Dado que el precepto impugnado (apartado séptimo del artículo 23) del Reglamento se limita a fijar el "plazo de prescripción de la resolución de devolución" y que estas últimas resoluciones no constituyen una modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, no cabe aplicarles el sistema "común" de la Ley 30/1992 sobre el inicio de los plazos de prescripción fijados para las sanciones administrativas en general.

Por lo demás, ello produciría consecuencias contradictorias con las medidas mismas. Respecto de la segunda hipótesis a debate, única que

podría suscitar reparos por la aplicación de la sentencia constitucional 17/2013 (cuyo pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo afecta a las prohibiciones de entrada inherentes a las devoluciones acordadas frente a quienes "pretendan entrar ilegalmente en el país", no a las inherentes a la devolución de quienes, una vez expulsados, han contravenido la prohibición de entrada previamente adoptada), respecto de esta segunda hipótesis, decimos, el alegato de las entidades demandantes conduce a un resultado ilógico y contradictorio: implicaría, por ejemplo, que a los dos años, contados desde el momento en que se dicta y gana firmeza en vía administrativa, expiraría ("prescribiría") una orden de devolución acompañada de la prohibición de entrada por un tiempo de duración de tres años. Es decir, con esta manera de computar el *dies a quo* la "sanción" prescribiría antes incluso de que finalizase el tiempo de prohibición en ella impuesto, lo que es contrario a la propia "sanción" y a la lógica jurídica. El sentido y el objetivo de la prohibición de entrada, temporalmente extensible -y no discutido en este litigio- a cinco o tres años, hace incompatibles con ella sistemas de determinación del día inicial como el que auspicia la demanda por remisión a las normas generales de la Ley 30/1992.

Noveno.- Los recurrentes censuran, del artículo 71 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, dos previsiones específicas contenidas en su apartado segundo. El referido artículo 71 trata de la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, una vez que hayan expirado; y su apartado segundo regula los supuestos y condiciones en que, expirada una de aquellas autorizaciones, puede ser objeto de renovación, bien porque se acredite la continuidad en la relación laboral, bien porque se disfrute de una prestación contributiva por desempleo o una prestación asistencial, bien porque concurren determinadas circunstancias excepcionales (entre otras, ser víctima de "violencia de género").

En concreto, las referidas letras b) y c) permiten que, cuando expiren, sean renovadas dichas autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en estos términos:

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

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

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

c) Cuando el trabajador haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:

1. Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

2. Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.

3. Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor."

A juicio de los recurrentes el Reglamento impone requisitos (en concreto, el "requisito de cotización") que excederían de los contemplados en el artículo 38.6.a) de la Ley 4/2000, sin que este último precepto legal contenga en su actual redacción, a diferencia de lo que sucedía con las precedentes, ninguna remisión a las normas reglamentarias de desarrollo.

La impugnación no podrá ser acogida. El artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000 (en su nueva redacción) regula los supuestos ordinarios en los que procede renovar las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo que hayan expirado por el transcurso del tiempo. Se limita a aquellas hipótesis o supuestos en que "persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato".

El artículo 38 resulta susceptible de desarrollo en cualquiera de sus apartados aunque alguno de ellos no contenga una remisión específica al Reglamento, en contra de lo que sostienen las entidades actoras. Basta a estos efectos la cobertura general que ofrece la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 2009, a la que ya nos hemos remitido. Premisa a partir de la cual puede afirmarse que ninguno de los dos preceptos reglamentarios singularmente impugnados en este epígrafe vulnera, al desarrollarlo, el artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000.

En efecto, si la Ley 4/2000 condiciona en su artículo 38.6.a) la renovación de las autorizaciones a la existencia o bien de un previo contrato de trabajo (que persiste o se renueva), o bien de un nuevo contrato laboral, debe entenderse que parte de una cierta continuidad en la relación laboral durante el período de tiempo al que se refería la autorización inicial. Y como es obvio, dicha relación laboral lleva aparejada la "situación de alta o asimilada al alta" de la que habla el Reglamento.

De los dos supuestos previstos en la letra a) del artículo 38.6 de la Ley Orgánica 4/2000, el primero (la persistencia o renovación en la misma relación laboral) no es objeto del presente litigio. El Reglamento lo desarrolla en la letra a) del apartado segundo del artículo 71, letra que no es impugnada. El recurso se dirige, por el contrario, tan sólo contra las previsiones reglamentarias que se refieren a la existencia de un "nuevo contrato" en el momento de expiración de la primitiva autorización, esto es, a las hipótesis en que no se haya producido la continuidad del mismo contrato de trabajo.

Posiblemente el Reglamento no hubiera contravenido el artículo 38.6.a) de la Ley si hubiera limitado la renovación de las autorizaciones ya extinguidas a aquellos casos en que la relación laboral no había sufrido interrupción alguna durante el período de vigencia de aquéllas. Pero, quizás por consideraciones ligadas a la inestabilidad laboral en tiempos de crisis (a la que aluden los recurrentes), ha optado por "suavizar" la exigencia de continuidad en términos que, cuando menos, mantengan una cierta coherencia con el designio legislativo. A estos efectos los preceptos reglamentarios ahora impugnados exigen seis meses de trabajo por año (primera hipótesis) o tres meses por año (segunda hipótesis) respectivamente cuando, no dándose aquella continuidad laboral, sin embargo o bien exista un nuevo contrato (en la primera hipótesis) o bien el cese de la anterior relación laboral se hubiera debido a causas ajenas a la voluntad del trabajador (en la segunda hipótesis). Ni una ni otra exigencia contravienen, pues, el artículo 38.6 de la Ley 4/2000; antes al contrario, son más favorables para sus destinatarios que un desarrollo puramente literal de aquél.

Décimo.- El tercero de los preceptos reglamentarios impugnados es el inciso "los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario",

que contiene el artículo 88.5, párrafo 4º, del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011.

El artículo 88 del Reglamento dispone cómo ha de actuar el empleador que pretenda contratar a un trabajador extranjero no residente en España. Debe presentar la correspondiente solicitud de autorización ante el órgano competente, acompañada de los documentos requeridos (apartado segundo) y dicho órgano administrativo, una vez instruido el expediente (apartados tercero y cuarto) resolverá de forma motivada sobre la autorización solicitada. La resolución ha de ser "debidamente notificada al empleador, sujeto legitimado en el procedimiento y para, en su caso, la presentación de los recursos administrativos o judiciales que legalmente procedan. Igualmente, será comunicada al trabajador extranjero a favor del cual se haya solicitado la autorización". Añade el precepto, y es este el único inciso impugnado, que los plazos para la interposición de los recursos que procedan contra la resolución final del procedimiento "serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario."

Como fundamento de la impugnación aducían las entidades recurrentes en su demanda el artículo 11.3 de la Directiva 2009/150/CE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. En el escrito de conclusiones, sin embargo, se limitan a invocar las disposiciones generales de la Ley 30/1992 sobre la noción de interesado y su derecho a recurrir desde que le sea notificado el acto administrativo que le afecte. Prescindiremos, pues, de contrastar el precepto impugnado con aquella Directiva cuyo contenido, por lo demás, tiene un alcance muy limitado desde el punto de vista subjetivo.

Llevan razón los recurrentes cuanto defienden -en contra de lo sostiene el Abogado del Estado- que el trabajador extranjero respecto del cual se haya denegado al empleador-solicitante la autorización para contratarlo tiene pleno derecho, como lo tiene su empleador, a recurrir por sí mismo la denegación. Y no tiene demasiado sentido que el Reglamento establezca la obligación de notificarle ("comunicarle") aquel acto administrativo para a continuación limitar el derecho del recurso tan sólo al empleador.

La tesis del Abogado del Estado, según la cual el trabajador carece de "legitimación autónoma" para impugnar aquel acto administrativo, no puede

ser acogida. Es cierto que en la mayoría de los casos, si el (futuro) empleador se conforma con el rechazo, el eventual éxito del recurso del trabajador no significaría automáticamente que pudiese trabajar en España, pues dependerá de que el empleador persista en su propósito. Pero tal circunstancia no puede esgrimirse como argumento válido para privar al trabajador extranjero, sin duda interesado en la suerte de la petición, del derecho a impugnar un acto administrativo que afecta de modo negativo a su esfera de intereses, y hacerlo precisamente desde la fecha en que se le "comunique".

Undécimo.- El cuarto de los preceptos impugnados el es apartado 4 del artículo 128 del Reglamento. Dispone que, en los procedimientos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, el órgano competente "podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal".

A juicio de las entidades recurrentes esta previsión infringe el principio de reserva de ley en cuanto se opone a lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley 30/1992 ("la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley"). Sostienen que las únicas previsiones de la Ley Orgánica 4/2000 en que se podría amparar "la posibilidad de la Administración de exigir la comparecencia personal de los solicitantes para efectuar la entrevista" son las consignadas en la Disposición Adicional tercera de aquella Ley Orgánica, limitadas a "los casos de presentación personal de las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo, [...] y cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero para la presentación de solicitudes de visado". Y citan en su apoyo la doctrina contenida en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2003, recaída en relación con el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería aprobado por el Real Decreto 864/2001.

Llevan razón los recurrentes también en este punto si partimos de la base de que el "requerimiento" al que se refiere el apartado 4 del artículo 128 del Reglamento no es una mera "invitación" sino una exigencia de comparecer impuesta a los solicitantes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Y no es que dicha exigencia pudiera carecer en sí misma de razonabilidad, habida cuenta de que las circunstancias singulares que concurren en aquellos expedientes, sino que debe ser el Legislador y no el

titular de la potestad reglamentaria quien resuelva cuándo es razonable y cuándo no imponer a los administrados la carga de comparecer en las dependencias públicas (en este caso, a los efectos de mantener una entrevista), siempre bajo el principio general que inspira el ya citado artículo 40.1 de la Ley 30/1992.

La referencia que se hace en la demanda a la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000 (según su redacción vigente a la hora de aprobar el reglamento de desarrollo) es acertada y de ella se deduce la misma consecuencia. Si el legislador en materia de extranjería ha definido por sí mismo mediante aquella disposición adicional (y el artículo 27.3 de la misma ley, relativo a los visados) cuáles son los supuestos específicos en que se impone la "exigencia de comparecencia personal", con ello excluye simultáneamente la posibilidad de que el Reglamento de desarrollo autorice a la Administración a exigir en otros procedimientos las comparecencias personales de los solicitantes.

La citada Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000 regula, por un lado, la "presentación personal de solicitudes" y, por otro, los requerimientos de comparecencia de los solicitantes. Estos últimos requerimientos se circunscriben a las peticiones de visado efectuadas en el extranjero ante las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas. cuyos titulares pueden exigir la presencia personal del peticionario y, cuando lo estimen necesario, mantener con él una entrevista personal. Fuera del régimen aplicable a las solicitudes de visado no existe, repetimos, habilitación en la Ley 4/2000 para efectuar requerimientos de comparecencia personal a los interesados (sí la hay, en un ámbito netamente diferenciado cual es el de las solicitudes de protección internacional, en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria).

Puesta en conexión esta premisa con la regla general del artículo 40.1 de la Ley 30/1992, que no es sino expresión de una reserva de ley, y según ya avanzamos en nuestra sentencia de 20 de marzo de 2003, queda desautorizada la concreta disposición reglamentaria objeto de esta parte del recurso. El Abogado del Estado trata de desvirtuar la aplicación de aquella regla a los procedimientos administrativos en materia de extranjería apelando a la Disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1992. Pero es la propia Ley Orgánica 4/2000 la que en su artículo 20.2 dispone que los procedimientos

administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, "salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley", esto es, salvo los procedimientos relativos a los visados.

Precisamente por esta salvedad y por la previsión expresa que contiene el referido artículo 27.4 de la Ley Orgánica 4/2000, puede requerirse la comparecencia personal de los solicitantes de visado. Pero ello no se extiende al resto de los procedimientos administrativos regulados, y en concreto, al que debe tramitarse cuando se ha cursado una solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (arraigo, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público) que no requieren visado.

En fin, no puede aceptarse la tesis del Abogado del Estado a cuyo entender la comparecencia personal sería una "prueba de interrogatorio" admisible al venir prevista expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil y con carácter general en el artículo 80 de la Ley 30/1992. Este último precepto, relativo a la instrucción de los procedimientos administrativos, debe ser puesto en sintonía con el resto de la propia Ley 30/1992 cuya regla general en la materia es, según ya hemos afirmado, que sólo en los supuestos en que una norma específica con rango de ley lo autorice pueda requerirse la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas.

Duodécimo.- El quinto de los preceptos impugnados es un concreto inciso del apartado 2 del artículo 241 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011.

Dicho artículo 241 contempla la existencia de diversos procedimientos administrativos "concurrentes" y, en concreto, su apartado segundo regula la conducta a seguir cuando, en el marco de un procedimiento en el que se haya solicitado la autorización de residencia por determinadas circunstancias excepcionales, se compruebe que consta contra el solicitante "una medida de expulsión no ejecutada" cuyo origen hubiera sido alguna de las infracciones previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000.

Las circunstancias excepcionales a las que se refiere el precepto reglamentario son las consignadas en los artículos 31 bis ("mujeres extranjeras víctimas de violencia de género"), 59 ("colaboración contra redes organizadas"), 59 bis ("víctimas de la trata de seres humanos") o 68.3 (arraigo demostrado) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Para estas hipótesis singulares el Reglamento dispone en su artículo 241.2 que la medida de expulsión no ejecutada "será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales".

La pretensión de los recurrentes es que la misma previsión de revocar, excepcionalmente, la expulsión en los casos referidos se aplique tanto si la medida de expulsión no fue ejecutada (sólo a esta hipótesis se remite el Reglamento) como si lo fue. No impugnan, pues el Reglamento tanto por lo que dice, pues están de acuerdo en que se revoquen las órdenes de expulsión no ejecutadas, como por lo que omite. Y aducen en favor de su tesis el designio de protección de las víctimas que inspira los artículos 31 bis, 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, en su versión reformada de 2009 (por razones temporales no pueden alegar la versión de algunos de dichos preceptos que contiene la Ley Orgánica 10/2011, pero ello no altera significativamente el debate sobre este punto).

El Reglamento no impide que los extranjeros con órdenes de expulsión ya ejecutadas insten su revocación si concurren en ellos las circunstancias excepcionales cuya existencia implica, a juicio del legislador orgánico, una situación especialmente protegible. Tampoco impide que la revocación se haga, en los mismos casos, por iniciativa de las propias autoridades. Se limita, más escuetamente, a regular la situación de los extranjeros que, permaneciendo en España pese a una orden de expulsión (no ejecutada, por lo tanto), sean "mujeres víctimas de violencia de género", víctimas de trata de personas, colaboren contra redes de criminalidad organizada o tengan un determinado grado de arraigo social en nuestro país, y soliciten la autorización de residencia. Pero, repetimos, no contempla otro supuesto diferente cual es el de aquellos extranjeros que ya han sido objeto de expulsión efectiva, sin que para ellos el precepto impugnado prohíba en modo alguno la posibilidad de instar la revocación de su expulsión, siempre en el marco de los procedimientos incoados para obtener la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

No es posible, pues, acceder a la demanda en este punto, sin perjuicio -repetimos- de que se deje abierta la posibilidad de instar y acordar, también para los supuestos de órdenes de expulsión ejecutadas, la misma revocación.

Decimotercero.- El sexto de los preceptos impugnados es un inciso del artículo 258.6 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011.

El artículo 258 del Reglamento regula el ingreso de los extranjeros en los centros de internamiento. Su apartado sexto dispone que, durante la estancia en ellos, los extranjeros estarán en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó. El precepto reglamentario añade -y este es el inciso impugnado- que la autoridad gubernativa deberá comunicar al juez "cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento".

De nuevo el recurso contra esta parte del Reglamento no defiende su anulación por lo que dice (pues, una vez más, los recurrentes están de acuerdo en que se comuniquen al juez las informaciones a las que se remite el precepto) sino porque, a su juicio, debería ser transmitida al órgano jurisdiccional "cualquier [otra] circunstancia que afecte al internado", conforme dispone el artículo 60.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

La impugnación no puede ser aceptada. El artículo 60.3 de la Ley Orgánica 4/2000 (tras su reforma por la Ley 2009) prescribe, en efecto, que el extranjero durante su internamiento se encuentre en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó y que a ésta le sea comunicada "cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados". La dicción legal debe entenderse referida a circunstancias que puedan tener una cierta relevancia jurídica y no a otras nimias o triviales que en nada afecten a las causas del internamiento ni a las facultades del juez sobre la situación de los internos. En otro caso el juzgado competente se vería inundado con la comunicación constante de posibles novedades relativas, por ejemplo, a las actividades sociales de los extranjeros dentro de los lugares de internamiento. Es claro que estas o análogas circunstancias ningún interés tienen para el juez que ha de controlar la legalidad de la permanencia en la situación de internamiento.

El Reglamento desarrolla en este punto la Ley Orgánica 4/2000 conforme a su sentido lógico. La autoridad judicial que autorizó el internamiento debe conocer las circunstancias ulteriores aptas para influir en la situación jurídica de los extranjeros internados, pero no otras ajenas a su ámbito de competencias jurisdiccionales. El hecho de que el extranjero internado se encuentre a disposición de la autoridad judicial implica, repetimos, que deban ponerse en conocimiento del juez las circunstancias o hechos relevantes que afecten a aquél y tengan relación con la decisión judicial de internamiento, que es en definitiva lo que dispone la norma reglamentaria impugnada. Y no debe olvidarse, por lo demás, que los extranjeros internados tienen abierta la posibilidad de dirigirse al juez para darle a conocer los hechos que estimen oportunos y formular las peticiones o quejas que quieran suscitar en relación con ellos (artículo 62.6 de la Ley Orgánica 4/2000).

Decimocuarto.- En el séptimo y último de los epígrafes de su demanda las asociaciones recurrentes impugnan dos preceptos reglamentarios que tienen entre sí una indudable conexión. Se trata, por un lado, del apartado primero, párrafo segundo, de la Disposición adicional primera del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011. Y, por otro, del inciso "o en su caso resolverá la inadmisión a trámite" que contiene el artículo 106.3, párrafo primero, del mismo Reglamento.

Ambos preceptos vienen, en definitiva, a atribuir a las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas en el exterior la competencia "en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero" cuando ante ellas se hubiera presentado la correspondiente solicitud. La competencia para admitir o inadmitir a trámite se les confiere, pues, incluso si la competencia para resolver sobre el fondo del procedimiento, una vez admitido y tramitado, viniera atribuida a otro órgano administrativo.

Consideran las entidades recurrentes que esta previsión "resulta *contra legem*, dado que la Disposición Adicional Cuarta, apartado 1, de la Ley de Extranjería (LO 4/2000) atribuye la competencia para inadmitir las solicitudes [...] a la Autoridad competente para resolver". A su juicio, en los supuestos específicos en que el propio Reglamento atribuye a las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno la competencia para resolver el fondo de determinados procedimientos (citan, en concreto, tres procedimientos de autorización de residencia temporal y otro más de estancia por estudios,

movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado), las misiones diplomáticas u oficinas consulares no pueden inadmitir a trámite las correspondientes solicitudes.

La norma legal supuestamente vulnerada (el apartado primero de la Disposición adicional cuarta, apartado 1, de la Ley 4/2000) ciertamente expone una serie detallada de motivos -ocho- de inadmisión a trámite de las solicitudes presentadas, cuyos reparos de inconstitucionalidad han sido rechazados en la sentencia constitucional 17/2013. Se trata de causas -de diversa naturaleza, formales o no- que justifican el rechazo *a limine* de las solicitudes "relativas a los procedimientos regulados en esta Ley". Rechazo o inadmisión preliminar que, según la referida disposición adicional, corresponde a las mismas autoridades que serían "competentes para resolver" el fondo de aquellas solicitudes, si hubieran superado el obstáculo inicial.

Es cierto que la Ley 4/2000 no contiene propiamente una reserva competencial de carácter general a favor de unas autoridades (las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, o cualquier otro órgano administrativo) frente a otras (las oficinas consulares o misiones diplomáticas) para resolver según qué procedimientos de extranjería, bien sea en fase liminar o en las ulteriores. Ahora bien, el criterio general que recoge la Disposición adicional cuarta es que, sea quien sea el órgano competente para resolver el fondo, lo es también para inadmitir *a limine*. Y salvo que este criterio esté exceptuado en algunos otros preceptos singulares de la Ley (como sucede, por ejemplo, en el caso de los visados) el Reglamento no puede establecer una ruptura generalizada entre los órganos que han de resolver y los que pueden, al margen de aquéllos, inadmitir. El motivo impugnatorio, pues, debe ser estimado.

Las asociaciones recurrentes limitan su impugnación a aquellos supuestos "en los que un procedimiento administrativo se inicia en el extranjero pero se resolvería en territorio nacional por el órgano competente". Ellas mismas admiten que su reproche no se dirige frente al resto de procedimientos (por ejemplo, los incoados en virtud de las solicitudes de visados de tránsito) cuya resolución final corresponda a la propia misión diplomática u oficina consular. En concreto, enumeran como procedimientos en los que, a su juicio, no cabría asignar a las oficinas consulares o misiones diplomáticas la inadmisión *a limine* de las correlativas solicitudes los que

conducen a la obtención de las siguientes autorizaciones: las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado; las de residencia temporal no lucrativa; las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia; y, en fin, las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días.

Decimoquinto.- Ha lugar, pues, a la estimación parcial del recurso, sin que sea procedente la condena en costas a ninguna de las partes que en él han intervenido.

Decimosexto.- Para dar cumplimiento al artículo 107.2 de la Ley Jurisdiccional procede la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo número 343/2011 interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo contra el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto número 557/2011, de 20 de abril.

Segundo.- Anular, por su disconformidad a Derecho, los siguientes preceptos:

A) El inciso "los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario", que contiene el artículo 88.5, párrafo 4º, del Reglamento objeto de recurso.

B) El apartado 4 del artículo 128 del citado Reglamento, a tenor del cual en los procedimientos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, el órgano competente "podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal".

C) El apartado primero, párrafo segundo, de la Disposición adicional primera, así como el inciso "o en su caso resolverá la inadmisión a trámite" que contiene el artículo 106.3, párrafo primero del mismo Reglamento, en la medida en que atribuyen a las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas en el exterior la competencia "en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero" cuando no la tengan para resolver el fondo de los procedimientos para la obtención de las siguientes autorizaciones:

a) las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado;

b) las de residencia temporal no lucrativa;

c) las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia; y

d) las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días.

Tercero.- Desestimar el resto de las pretensiones deducidas en la demanda.

Cuarto.- No hacer imposición de las costas procesales.

Quinto.- Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Pedro José Yagüe.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- María Isabel Perelló.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA