

**REC.ORDINARIO(c/d) Num.:** 341/2011

**Votación:** 28/05/2013

**Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>:** María Isabel Perelló Doménech

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

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

**S E N T E N C I A**

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Pedro José Yagüe Gil**

**Magistrados:**

**D. Rafael Fernández Montalvo**

**D. Eduardo Espín Templado**

**D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**

**D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech**

---

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil trece.

**VISTO** por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso-administrativo número 1/ 341/2011, interpuesto por la ASOCIACIÓN CATALANA DE PROFESIONALES DE EXTRANJERÍA (ACPE), representada por el Procurador D. Andrés Fernández Rodríguez, contra el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por ley Orgánica 2/2009. Se han personado como recurridos el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACION DEL ESTADO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Aprobado 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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 30 de abril de 2011.

**SEGUNDO.-** La representación procesal de la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería (ACPE), formalizó demanda mediante escrito de 3 de febrero de 2012, contra el Real Decreto 557/2011, antes mencionado. En su escrito expuso los siguientes fundamentos de derecho:

Primero.- El Reglamento objeto del presente recurso es un reglamento de ejecución de la Ley, directamente ligado a un artículo o artículos de ella, o a un conjunto de Leyes. Completa, desarrolla, pormenoriza, aplica y cumplimenta o ejecuta el mandato legal. No podrá alterar el objeto legal que desarrolla.

Segundo.- Impugnación de los apartados b) y c) del artículo 71.2 por vulneración del mandato legal del artículo 38.6 LO Extranjería.

Tercero.- Impugnación del inciso “los plazos para la interposición de recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de la notificación al empleador o empresario” del párrafo 4º del artículo 88.5 sobre tarjeta azul-UE.

Cuarto.- Impugnación del apartado 4 del artículo 124 por infracción legal.

Quinto.- Impugnación del artículo 223, sobre manifestación de la voluntad de recurrir por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se declare la nulidad por infracción legal:

1.- De los incisos b) y c), del artículo 71.2 del Reglamento.

2.- Del inciso “los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de la notificación al empleador o empresario”, del párrafo 4º del artículo 88.5 del Reglamento.

3.- Del punto 4 del artículo 124 del Reglamento.

4.- Del artículo 223 del Reglamento.

Mediante otrosí primero digo: no es necesaria la apertura a prueba del procedimiento. Y en el segundo, interesaba conclusiones, sin necesidad de celebración de vista.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en fecha 9 de marzo de 2012, en el que suplicó se dicte sentencia por la que sea inadmitido o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado el recursos interpuesto por la Asociación Catalana de Profesionales de la Extranjería contra el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, al ser el mismo plenamente conforme a Derecho.

**CUARTO.-** Mediante decreto de 12 de marzo de 2012, se fijó la cuantía del recurso en Indeterminada, y se continuó el trámite de conclusiones.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de conclusiones por la asociación recurrente y la Administración del Estado, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda.

**SEXTO.-** Se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2013, fecha en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excma. Sra. D<sup>a</sup>. **MARÍA ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH**, Magistrada de la Sala

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería (ACPE) interpone el recurso contencioso-administrativo contra 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.

El Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, se ampara en la Disposición final tercera ("adaptación reglamentaria") de la Ley Orgánica

2/2009, que modifica la Ley Orgánica 4/2000, que habilita al Gobierno para "dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias".

**SEGUNDO.-** Antes de entrar en el examen de fondo de las cuestiones que en el recurso se plantean es necesario enjuiciar la objeción de inadmisibilidad que se plantea por el Abogado del Estado, consistente en la falta de legitimación activa de la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería, determinante, a su entender, de la procedencia de la declaración de inadmisión del presente recurso.

Considera esta representación que la asociación recurrente no ostenta legitimación activa porque ni es extranjera, ni ostenta la representación legal o voluntaria, de extranjero alguno. Añade que el hecho de que se trate de una asociación de profesionales dedicados a la defensa de extranjeros porque no consta que haya formulado algún recurso en defensa de los derecho e intereses de los extranjeros.

Pues bien, para determinar si la Asociación recurrente goza o no legitimación activa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción, para interponer el recurso jurisdiccional, debemos recordar la jurisprudencia sobre dicha cuestión es evidente pues la apreciación o no de la legitimación ha de resolverse en cada caso en función de las especiales y concretas circunstancias concurrentes en cada proceso.

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional así como el carácter no restrictivo y conforme al principio "*pro actione*" que rige en esta materia, procede reconocer legitimación de la recurrente para la interposición del recurso jurisdiccional, teniendo en cuenta que se trata de una asociación de profesionales dedicados a la defensa letrada de extranjeros, a los que afecta indudablemente, el contenido del Reglamento impugnado. El artículo 4 de sus Estatutos establece entre los fines de la asociación la defensa integral de los derechos de los inmigrantes como colectivo o individualmente ante los Tribunales de Justicia, siendo, pues, unos de sus objetivos, promover la mejora de los derechos y libertades de los extranjeros en España. De manera que es claro que la asociación ostenta legitimación para impugnar aquellos preceptos que considera contrarios a los derechos de los extranjeros, con arreglo a los fines asociativos antes expresados.

**TERCERO.-** La impugnación se dirige, como decíamos, contra diversos preceptos del Reglamento aprobado por el Real Decreto, algunos de los cuales, ya han sido analizados por esta Sala en el recurso directo número

343/2011, promovido por la Federación de Asociaciones Pro-inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo, en el que dictamos la Sentencia de 12 de Marzo de 2013.

Así sucede, en relación con los apartados b) y c) del artículo 71, sobre renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, y con el párrafo cuarto del artículo 88.5, sobre el cómputo de los plazos para interponer recurso, preceptos sobre los que nos hemos pronunciado en la referida sentencia.

Decíamos en aquella ocasión, en relación a las previsiones contenidas en los apartados b) y c) del artículo 71.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, sobre la renovación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (fundamento jurídico noveno):

*<<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.>>*

**CUARTO.-** El segundo de los preceptos reglamentarios impugnados en el presente recurso 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".

Pues bien, respecto a este precepto, también acogimos la impugnación deducida por los entonces recurrentes y declaramos la nulidad del inciso recurrido por las razones que pasamos a transcribir que se exponen en el

fundamento jurídico décimo de la reseñada Sentencia de 12 de marzo de 2013, en los siguientes términos:

*<<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". >>*

**QUINTO.-** Se impugna también en el presente recurso el apartado 4 del artículo 124 del Reglamento. Dispone este apartado:

*<< Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social.>>*

Según la asociación recurrente se infringe no solo el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, pues se ha sustraído de la consulta preceptiva de dicho organismo la alteración operada en la redacción final de dicho precepto, sino que además, en cuanto contiene una remisión a una Orden Ministerial en la referencia a los contratos de trabajo, vulnera también el principio de jerarquía normativa (art.6.3 CE).

En lo que se refiere al primero de los aspectos de la impugnación, resulta preciso acudir a la secuencia de su tramitación. El Proyecto del Reglamento fue remitido al Consejo de Estado, que emitió el preceptivo Dictamen en sesión de la Comisión Permanente de 14 de abril de 2011. En relación al apartado cuarto del artículo 124, que aquí se cuestiona, el Consejo de Estado formuló una observación de carácter esencial -art. 130.3 del

Reglamento Orgánico del Consejo de Estado- en la que se criticaba la amplia habilitación prevista inicialmente al establecer que una Orden Ministerial pudiese "revisar los requisitos exigibles... para la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo social". El Consejo de Estado consideró, que no era admisible "una habilitación de esta índole que alcanza potencialmente a todos los requisitos que configuran el arraigo social, sin límite ni condicionamiento previo" al entender que suponía dejar la construcción completa de un supuesto de residencia y trabajo en España a lo que determine en su caso la Orden Ministerial. Y añadía el dictamen" una posibilidad de este estilo solo sería admisible si el proyecto delimitara claramente los extremos sobre los que, sin desnaturalizar la figura del arraigo social puede actuar esta Orden. En la medida que no actúa así, concluye el Consejo de Estado, se considera que excede de los límites propios del desarrollo reglamentario de la Ley 4/2000 y debe modificarse en el sentido apuntado".

A raíz de esa esencial observación, y en la línea apuntada por el Consejo de Estado, se procedió a la modificación de la redacción del apartado cuarto del art.124, en el que se incorporó la mención a la situación nacional de empleo. Esta nueva redacción es la que, a juicio de la asociación recurrente, debió someterse a un nuevo parecer del Consejo de Estado, y tal omisión, supone la infracción que se denuncia.

Pues bien, no cabe acoger la tesis expuesta, pues, con arreglo a nuestra jurisprudencia, las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de las disposiciones generales deben ser interpretadas funcional y teleológicamente pues se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a la que responden y en cuya valoración ha de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate. La nueva redacción del apartado cuarto cuestionado supone, como antes se ha dicho, una modificación en el sentido indicado por el Consejo de Estado, al incorporar un nuevo elemento que comporta un condicionante que delimita los extremos en los que en relación a la figura del arraigo social puede operar la Orden Ministerial.

El hecho de que no se haya emitido un nuevo informe por el Consejo de Estado no implica la infracción que se denuncia al recoger precisamente la modificación operada la indicación del Consejo de Estado.

En consecuencia, la introducción de un nuevo elemento en el apartado cuarto del artículo 124 sobre "la situación nacional de empleo" no viene sino a

concretar la habilitación a la Orden Ministerial en los supuestos de arraigo y por ende, no resultaba necesaria la nueva emisión de un dictamen por el Consejo de Estado.

Por lo demás, tampoco apreciamos la quiebra del principio de jerarquía normativa. La consideración de la situación nacional de empleo para el otorgamiento de las autorizaciones de trabajo a los extranjeros constituye un principio de la denominada «política inmigratoria», que así aparece recogido en el apartado 2.b) del artículo 2 bis LOEX, y es una exigencia general de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta ajena (artículo 38.1).

Es cierto que el requisito es eximido en los supuestos del artículo 40, entre los que se encuentra la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Pero a tales efectos, el precepto orgánico se remite a las previsiones reglamentarias, como resulta de la más elemental interpretación de su apartado 1.j): [No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a] «Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos».

El Reglamento impugnado regula en el Título V la residencia por circunstancias excepcionales, dentro la que incluye en su artículo 124 la motivada por arraigo en sus clases de laboral, social y familiar. Para la modalidad de arraigo social constituye un elemento esencial la existencia de un contrato de trabajo, como establece el apartado 2.b) del mencionado artículo. Por tanto, la posibilidad que prevé el número 4 de dicho artículo de que sea valorada la situación nacional de empleo a los efectos de la autorización de trabajo inherente a la autorización de residencia temporal por arraigo social, es una previsión comprendida en el ámbito de la remisión reglamentaria del artículo 40.1.j) de la Ley Orgánica.

**SEXTO.-** El último de los preceptos impugnados es el artículo 223 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011.

Dicho artículo 223 desarrolla el contenido del artículo 22 de la Ley Orgánica de Extranjería, que regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Este precepto dispone:

*<< A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de*

*enero, de Enjuiciamiento Civil, o en el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentra, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.>>*

Considera la Asociación recurrente, invocando el informe del Consejo General del Poder Judicial, que la redacción del precepto supone una obstaculización al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva para los extranjeros que sean objeto de procedimientos de devolución, denegación de entrada o expulsión. En primer lugar, por la exigencia de que el extranjero exprese su voluntad de recurrir, sin determinar ni el momento ni el lugar en el que dicha manifestación ha de ser efectuada, en segundo término por tratarse de un derecho que asiste tanto a los españoles como a los extranjeros y, por último, por que en la regulación actual, los procedimientos de extranjería corresponden a los Juzgados de lo Contencioso, en los que no es preceptiva la intervención del Procurador.

El apartado tercero del artículo 22 de la Ley Orgánica de Extranjería, establece:

*<<En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen.*

*A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.>>*

La asociación actora considera que este precepto no incluye como un requisito para recurrir la manifestación de la voluntad del extranjero, pues interpreta que la previsión contenida en el último apartado del art. 22 citado, tras la última redacción, en la que se suprimió la conjunción "y" que se contemplaba en el Anteproyecto, supuso la desaparición de esta exigencia a los extranjeros para recurrir, quedando, según se dice en la demanda "el

cumplimiento de la obligación de constatar la voluntad de interponer el recurso... desmotivada, no entendiéndose a que obedece el cumplimiento de tal imposición", exigencia que se vuelve a introducir vía reglamentaria, en el desarrollo del artículo 22.3 de la ley Orgánica 4/2000, tras ser suprimido -afirma- por considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad.

Pues bien, la premisa de la que parte la recurrente resulta incorrecta, pues, se fundamenta en una parcial y subjetiva interpretación del precepto legal que desarrolla el reglamento. No cabe entender, como considera la Asociación catalana, que la mención que se incluye en el apartado tercero del art. 22 de la Ley, no constituya un requisito o una exigencia para recurrir en los procesos contencioso administrativos en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión. La Ley establece claramente los términos en los que ha de cumplirse la exigencia y así lo hemos interpretado en la Sentencia de 30 de junio de 2011, dictada en recurso de casación en interés de ley promovido por el Colegio de Abogados de Madrid, en la que reiteramos el carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, y que corresponde al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso. Dijimos en aquella ocasión:

*<< (...) la sentencia recurrida tampoco contradice ni vulnera el derecho a la gratuidad de la justicia en los casos que lo disponga la Ley, respecto de quienes acrediten la insuficiencia de recursos económicos para litigar, garantizado por el artículo 119 de la Constitución, que constituye un derecho instrumental del derecho de acceso a la jurisdicción, pues no se impide al recurrente instar el derecho del beneficio de asistencia jurídica gratuita, conforme a las formalidades exigidas en el artículo 12 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, en relación con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*

*Al respecto, cabe significar que la reforma del citado artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, condiciona la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita para interponer recurso contencioso-administrativo, a la concurrencia de la manifestación expresa de la voluntad del interesado, afectado por la resolución que ponga fin a la vía administrativa en materia de resoluciones gubernativas de denegación de entrada, devolución o expulsión, de conformidad con lo previsto en la Ley*

*1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pudiendo, en el supuesto de que se hallare el extranjero fuera de España, realizar la solicitud y, en su caso, la manifestación de voluntad de recurrir ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.*

*El artículo 22 de la Ley Orgánica, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reza así:*

*«Derecho a la asistencia jurídica gratuita.*

*1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.*

*2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.*

*3. En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen.*

*A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.».*

*El artículo 15 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, desarrolla esta prescripción legislativa, en los siguientes términos:*

*«La resolución de denegación de entrada conllevará los efectos previstos en el artículo 60 de la Ley 4/2000 y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes. Si el extranjero no se hallase en España, podrá interponer los recursos que correspondan, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las*

*representaciones diplomáticas u oficinas consulares correspondientes, que los remitirán al órgano competente.*

*A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero que se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o de ejercitar la acción correspondiente contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa, ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros o el responsable del puesto fronterizo bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.».*

*Procede, asimismo, advertir que la resolución judicial recurrida no puede calificarse de gravemente dañosa para el interés general, en cuanto apreciamos que no incide lesivamente en el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos ciudadanos extranjeros, afectados por una resolución de denegación de entrada en territorio español, para que no sean desprovistos de su derecho de acceder a la jurisdicción ni del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en la medida que pueda ejercer estos derechos cumplimentando el requisito de postulación, establecido en el artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en los artículos 23 y 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que no podemos fijar la doctrina legal de que la designación de oficio del Abogado conlleve, en los supuestos contemplados por el Colegio de Abogados de Madrid, la representación del litigante, sin excepcionar lo dispuesto en estas disposiciones legales de carácter procesal, que vinculan a los órganos judiciales.*

*El extranjero, al que se le niega la entrada en territorio español por un puesto fronterizo, tiene la protección jurídica que el ordenamiento dispensa y, en concreto, según advierte el Tribunal Constitucional en la sentencia 72/2005, de 4 de abril (RA 5291/2001), a que se le notifique la resolución gubernativa y que se le informe de los recursos administrativos y jurisdiccionales que pueda interponer y a la asistencia letrada, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 a 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siendo el interesado el que puede instar del profesional que le defienda el ejercicio de las acciones que procedan en defensa de sus derechos e intereses legítimos, conforme a lo regulado en las Leyes procesales, con la finalidad de que el reconocimiento de su derecho a la tutela judicial efectiva no tenga un carácter meramente teórico o ilusorio, puesto que el objetivo que consiste en impedir que una persona entre ilegalmente en el territorio español no puede realizarse sacrificando el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. >>*

Con arreglo a las consideraciones antes expuestas no es posible acceder a la demanda en este punto, que, en consecuencia, debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** 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.

**OCTAVO.-** 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.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

**Primero.-** Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo número 341/2011 interpuesto por la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería (ACPE), 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, 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, y con arreglo a lo declarado en la sentencia de 12 de marzo de 2013 (Recurso Contencioso-administrativo 343/2011).

**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 por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este

Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro José Yagüe Gil.- Rafael Fernandez-Montalvo.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.-Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.