

**A LA SALA TERCERA -DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO- DEL TRIBUNAL
SUPREMO, SECCIÓN TERCERA**

DON AGUSTÍN SANZ ARROYO, Procurador de los Tribunales y de la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes ANDALUCÍA ACOGE, la Asociación PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, y la FEDERACIÓN SOS RACISMO, representación acreditada en el **Recurso Contencioso-Administrativo nº 1/0000343/2011**, que se tramita a instancias de mis mandantes contra el RD 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, ante la Sala comparece y respetuosamente **DICE**:

Que habiéndose notificado Diligencia de ordenación por la que se acuerda poner de manifiesto el expediente administrativo para formular la Demanda en el plazo de veinte días, dentro de plazo formalizo el presente **ESCRITO DE DEMANDA**, con base en los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

HECHOS

ÚNICO.- Que, tras los preceptivos informes y trámites, **el Consejo de Ministros aprobó el Reglamento que es objeto de impugnación en alguno de sus artículos o incisos**, a los que haremos referencia a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CON CARÁCTER PREVIO, dejamos bien sentado que la presente impugnación del RD 557/2011, Reglamento de Extranjería, no parte en modo alguno del "criterio de que el Reglamento debe atenerse estrictamente a las dicciones literales de los preceptos de la Ley", criterio que este Alto Tribunal criticó y rechazó en sus sentencias de 8, 9 y 10 de enero de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta; recursos 38/2005, 39/2005, y 40/2005). **Antes al contrario, la impugnación se lleva a cabo al ponerse en evidencia a juicio de esta parte que estamos ante un desarrollo reglamentario que se opone a los preceptos de la Ley, tanto a su dicción literal como al espíritu que les infundió el legislador, llegándose a modificar las previsiones legales, por lo que "eso sí implicaría la anulación de la norma reglamentaria"** (STS de 20 de marzo de 2003, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6ª, F.D. 1º *in fine*).

Comenzamos pues con las impugnaciones concretas, de manera que **los Fundamentos de Derecho irán clasificados a razón de los preceptos o incisos impugnados, para facilitar su estudio y resolución.**

PRIMERO.- IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 23.7, PÁRRAFOS 2º y 3º:

Tenor literal de la norma impugnada:

7. El plazo de prescripción de la resolución de devolución será de cinco años si se hubiera acordado en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; y de dos años si se hubiera acordado en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La prescripción se aplicará de oficio por los órganos competentes.

El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado.

El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución.

Fundamento:

Este precepto establece un plazo de prescripción de 5 años para la devolución acordada en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 LOEX. Además, fija el día de inicio del cómputo de dicho plazo: el de finalización de la prohibición de entrada (periodo de prohibición reiniciado en el caso del art. 58.3 a) LOEX; o el determinado en la resolución de devolución, caso del art. 58.3 b) LOEX).

Debemos partir 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 que desarrollamos *ad infra* y que implica a juicio de esta parte la ilegalidad del inciso recurrido.

El contenido del párrafo 1º de este precepto, estableciendo una prescripción, refuerza el carácter sancionador de la devolución.

Mantenemos la naturaleza sancionadora de la Devolución, si bien es cierto que no era así en su origen. La reforma operada por LO 14/2003 supone, por un lado, 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. Y por otro lado, que toda Devolución lleve aparejada una Prohibición de Entrada.

Las notas distintivas entre Expulsión y Devolución se difuminan y llegan a diluirse.

Si se me permite un símil, sería una mera reafirmación de la legalidad expulsar a alguien de un campo de fútbol cuando es sorprendido saltando la valla del mismo, pero si esa persona pudiese ser conducida a comisaría y detenida, así como de allí saliese con una prohibición de entrada a un evento deportivo en los próximos años, ya nadie negaría el carácter sancionador de esa medida. Pues precisamente eso es lo que ocurre tras la reforma operada por la LO 14/2003, al establecerse medidas cautelares para la devolución, así como una prohibición de entrada. Por ello la naturaleza jurídica de esta figura y sus consecuencias debe ser necesariamente revisada, pasando de la mera reafirmación del ordenamiento jurídico, como venía manteniendo el Tribunal Supremo, a considerarle una sanción. No nos consta se haya producido un pronunciamiento expreso sobre su naturaleza jurídica tras un supuesto de devolución producido tras la reforma operada por la LO 14/2003, donde las consecuencias se equiparan a las de la expulsión, que si ha sido considerada de forma pacífica una sanción.

Si ha considerado, por ejemplo, el Tribunal Supremo (Sent. 4 de Marzo del 2005, Ar. 1779) el carácter sancionador de una resolución administrativa que a causa del incumplimiento de una normativa sobre composición de aceite, retira a una empresa la autorización para recibir subvenciones por un periodo de un año.

No es la primera vez que fuera del catálogo de infracciones y sanciones se recogen en una normativa verdaderas infracciones y consecuencias cuya naturaleza sancionadora no es dudosa por su contenido claramente aflictivo, infligiendo un perjuicio añadido a la mera voluntad reparadora del ordenamiento jurídico, como ocurre en la devolución con la prohibición de entrada. Por ejemplo en ocasiones los recargos tributarios han sido considerados sanción, sin estar en el catálogo de sanciones de la normativa tributaria, si su cuantía deja traslucir una finalidad represiva (Pleno TC 276/2000 de 16 de Noviembre); así como los recargos del 25% por no depositar fianzas constituidas conforme a la legislación de arrendamientos urbanos (STS 21/9/1999, Ar. 7714), que tampoco tienen la catalogación de sanciones en dicha normativa; o también la revocación de la licencia de auto-taxi porque el trabajador asalariado del titular de la licencia no estaba dado de alta en la seguridad social (STS 17 de Marzo del 2004), sin que ello estuviese expresamente previsto en el catálogo de sanciones y todo ello, como decimos por el carácter aflictivo, igual que la devolución con la prohibición de entrada.

Sentado lo anterior, la impugnación se fundamenta en que la Ley de Extranjería no regula el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la *Devolución*. La LOEX tan sólo regula el plazo a partir del cual empieza a contar la prescripción de la *Expulsión*, en el artículo 56.3, estableciendo el inicio del cómputo tras la finalización del periodo de prohibición de entrada: "*56.3. Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años*".

Por tanto, NO cabe aplicar esta regulación a la Devolución, pues sería una analogía *in malam partem*, prescrita por nuestro Derecho sancionador., art. 129. 4 de la Ley 30/92.

Sucede entonces, al no existir en la Ley de Extranjería regulación para el momento de inicio de la prescripción en la devolución, que hemos de acudir a la Ley 30/92, LRJ-PAC, la cual en su artículo 132.3 expresamente establece que **la prescripción de la sanción comenzará desde el día siguiente al que adquiera firmeza, no a partir de la prohibición de entrada:**

"3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor".

Por ello, y al existir reserva legal, de conformidad con el artículo 132.1 de la Ley 30/92 para la regulación de la prescripción, y no existir norma con rango de Ley que establezca forma de cómputo diferente alguno para la prescripción de las devoluciones, necesariamente habrá de estarse en cuanto su cómputo al artículo 132.3 de la Ley 30/92, siendo ilegal los párrafos 2º y 3º del art. 23.7 del reglamento impugnado, al establecer mediante norma reglamentaria otra forma diferente de cómputo.

SEGUNDO.- IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 71.2, LETRAS b) y c):

Tenor literal de la norma impugnada:

2. La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración en los siguientes supuestos:

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.

Fundamento:

Estos dos apartados vienen a desarrollar la letra a) del artículo 38.6 de la Ley Orgánica 4/2000, artículo que se modificó a través de la Ley 2/2009, siendo la redacción actual la siguiente:

6. La autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración:

a) Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato.

[...].

En este apartado, la Ley Orgánica establece claramente dos supuestos para que se pueda renovar:

- cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que dio lugar a la autorización de residencia y trabajo que se pretende renovar; y
- cuando se cuente con un nuevo contrato, sin ninguna otra exigencia. En este segundo caso, en ningún momento permite la ley que puedan exigirse otros requisitos por vía reglamentaria.

Por tanto, a juicio de esta parte, el hecho de introducir por vía reglamentaria el requisito de cotización en los apartados b) y c) del art. 71.2 RELOEX, contraviene claramente lo preceptuado por el art. 38.6, letra a) de la Ley Orgánica, ya que establece mayores requisitos, cuando la ley estrictamente pide un nuevo contrato sin ninguna otra exigencia.

Es lógico que la Ley Orgánica prevea como un supuesto de renovación el contar con un nuevo contrato, en la línea de otras medidas que se han venido adoptando para evitar la irregularidad sobrevenida de las personas extranjeras que, en época de crisis, puedan verse afectadas por falta de cotización.

En la normativa de Extranjería existen otros supuestos donde no se exigen períodos de cotización anteriores, o aportación de contrato. Así, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo sin haber cotizado, si el cónyuge cumple los requisitos económicos de reagrupación familiar (posibilidad introducida por medio del RD 1162/2009 de 10 de julio en el art. 54.5 ter del RD 2393/2004, que se mantiene en el actual Reglamento de Extranjería aprobado por RD 557/2011). Igualmente, el 54.5.bis del RD 2393/2004 - que también se ha mantenido en el RD 557/2011 -, permitía renovar sin contrato habiendo cotizado un tiempo establecido.

Como decimos, el legislador, en el art. 38.6.a) de la LOEX a partir de la reforma operada por la LO 2/2009, prevé la renovación con un nuevo contrato de trabajo, sin aludir ni exigir cotización alguna, protegiendo a las personas ya autorizadas a residir y trabajar frente a la irregularidad sobrevenida en una época de enormes dificultades en el mercado laboral español: renovarán la autorización de residencia y trabajo aquellas personas que aporten un nuevo contrato de trabajo que suponga la posesión de un medio de vida durante el tiempo de la vigencia de la nueva autorización. Por vía reglamentaria, el Ejecutivo no puede ir en contra de la voluntad del legislador restringiendo el supuesto del art. 38.6.a in fine de la LOEX, desvirtuando su contenido y transformándolo.

A mayor abundamiento, la voluntad del legislador queda patente, puesto que el citado art. 38.6.a) *in fine* LOEX fue reformado a través de la LO 2/2009, modificando las redacciones dadas por las leyes orgánicas anteriores en este mismo punto de renovación de autorizaciones de residencia y trabajo.

Así, el art. 35.4, en la primera redacción de la Ley Orgánica 4/2000, contenía una remisión al Reglamento y por lo tanto, la posibilidad de regular otros requisitos reglamentariamente: *"El permiso de trabajo podrá renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial o cuando se cuente con una nueva en los términos que se establezcan reglamentariamente (...)."*

Esta previsión se mantuvo en la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, y en este punto de renovación de los permisos de residencia y trabajo, que se regulaba en el art. 38, estableció: *"3. El permiso de trabajo se renovará a su expiración si: a) Persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente."*

También se mantuvo dicha remisión a los términos reglamentarios en las reformas operadas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre; y por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

La desaparición de la remisión a otros términos que pueda desarrollar el Reglamento, tuvo lugar en la reforma de la LO 2/2009; y posteriormente, si hubiese sido un olvido o un error contrario al deseo del legislador, podría haberse reintroducido en la última reforma operada por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, hecho que no ha ocurrido y que viene a reforzar las medidas contra la irregularidad sobrevenida que son tan necesarias en este contexto económico, como venimos defendiendo.

Con ello queda patente que la desaparición en el art. 38.6 a) de la LOEX de remisión a los términos reglamentarios no es casual, sino favorecedora de la renovación, cuando estrictamente - como dice la Ley - se posea un nuevo contrato de trabajo, bastando por lo tanto su aportación sin ningún otro requisito adicional.

A mayor abundamiento, en la letra d) del apartado 5 del art. 38 de la Ley Orgánica en su redacción dada por la Ley 2/2009, cuando se refiere a víctimas de violencia u otros casos, SÍ QUE EXPRESAMENTE SE ESTABLECE LA REMISIÓN A LA REGULACIÓN REGLAMENTARIA: *"d) Cuando concurren otras circunstancias previstas*

reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género.”

Igualmente el apartado d) del art. 38.6 permite la renovación en otras circunstancias, evidentemente diferentes a las del apartado a) del mismo precepto y en ese caso, si existe una remisión reglamentaria.

Ello demuestra que el legislador conscientemente remite a la regulación reglamentaria en aquellos supuestos que considera oportunos, no haciéndolo en el apartado a); más aún donde antes remitía, dejó de remitir tras la reforma legal y por ello, resultan ilegales los apartados b) y c) del art. 71 del RD 557/2011, cuya declaración de ilegalidad reclamamos.

TERCERO.- IMPUGNACIÓN DEL INCISO “*Los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario*” DEL ARTÍCULO 88.5, PÁRRAFO 4º:

Tenor literal de la norma impugnada:

5. El órgano competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada en el plazo de cuarenta y cinco días desde la presentación de la solicitud, atendiendo a los requisitos previstos en este capítulo, sobre la autorización solicitada.

El órgano competente grabará de inmediato la resolución en la aplicación correspondiente, de manera que las autoridades de los organismos afectados, incluido el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Misión diplomática u Oficina consular española correspondiente al lugar de residencia del trabajador, tengan conocimiento de la misma en tiempo real.

Cuando la Misión diplomática u Oficina consular competente no disponga, por razón de su ubicación geográfica, de los medios técnicos necesarios para el acceso en tiempo real a la resolución mencionada en el párrafo anterior, los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación le darán traslado de la misma en el plazo de veinticuatro horas desde su recepción.

La resolución será 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. ***Los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario.***

Si la resolución es favorable, se suspenderá su eficacia hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador por el empleador que solicitó la autorización en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, durante los tres meses posteriores a la entrada legal de aquél en España, y así se hará constar en la propia resolución.

Fundamento:

El **artículo 11.3 de la Directiva 2009/50/CE**, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, establece que:

*"Toda decisión de denegación de la tarjeta azul UE solicitada, de no renovación o de retirada de la tarjeta azul UE, **será notificada al nacional de un tercer país interesado y, en su caso, a su empleador (...)**".*

Este apartado 3 establece una **garantía reforzada a favor del nacional del tercer país, consistente en que cualquier decisión de denegación, no renovación o retirada de la tarjeta debe serle notificada, con independencia de que sean o no los solicitantes de la misma**. La Directiva quiere garantizar que la persona extranjera tenga conocimiento fehaciente (notificación), con independencia de quién realice la solicitud.

Por supuesto, hay que descartar que se trate de una errata de redacción en la directiva, por cuanto no ha habido publicación de corrección de errores y además en las versiones en otras lenguas oficiales de la UE, *v. gr.* la versión del DOUE en lengua inglesa, se establece lo mismo.

La Directiva sí que deja libertad a los Estados miembros para determinar quién presentará la solicitud (empleador o nacional de tercer país). Por ello, el artículo 88.1 RELOEX es plenamente respetuoso con la Directiva cuando establece que *"El empleador [...] deberá presentar personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, [...]"*.

También la Directiva, art. 11.1, establece que las decisiones adoptadas sobre las solicitudes se notificarán al *solicitante*. Por ello, en principio lo establecido en el art. 88.5, párrafo 4º, del RELOEX sería igualmente respetuoso con la Directiva, dado que la resolución se notifica al solicitante (el empleador). Sin embargo, de la garantía reforzada que establece el art. 11.3 de la Directiva, se deduce la ilegalidad de la parte impugnada de dicho párrafo.

Además, no es suficiente la notificación al empleador, ya que el mencionado Art. 11.1 de la Directiva 2009/50/CE remite a los **procedimientos de notificación establecidos en el Derecho nacional** y, de acuerdo con el Art. 58.1, en relación con el Art. 31.1 letra b), de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común *"Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses"*, siendo interesados según el Art. 31.1 letra b) Ley 30/92 *"Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte"*.

Sobre el deber de notificar a los interesados en sentido técnico, véase la STS de 24/04/2000, recurso 285/1993, en la que, si bien la referencia es a la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958, los argumentos allí desarrollados son

perfectamente válidos para el presente caso, ya que el Art. 23 b) ha pasado a ser el Art. 31.1 letra b) de la Ley 30/92, sin sufrir prácticamente modificación. Afirma el Alto Tribunal en dicha sentencia que:

*"Tal como exponía la Exposición de Motivos de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958 la finalidad del procedimiento administrativo es doble: «dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado»; carácter contradictorio del procedimiento administrativo que es proclamado, sin reservas en el artículo 23 que garantiza la llamada al procedimiento a los que, sin haber iniciado el procedimiento, ostentan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte (**interesados necesarios, artículo 23 apartado b**), señalando el Art. 26, respecto de los mismos, la necesidad de comunicarles la tramitación del procedimiento cuando se advierta, durante la instrucción del mismo, la existencia de alguno de estos interesados; mas, por otra parte, el mismo artículo 23, apartado c) permite igualmente la comparecencia en el procedimiento de todas aquellas personas cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, en defensa de esos intereses. En consecuencia tanto unos - apartado b) del artículo 23) -, como otros - apartado c) -, (además, por supuesto, de los que promuevan el procedimiento como titulares de derechos e intereses legítimos - apartado a) del mismo artículo -) **eran considerados por la LPA como interesados en sentido técnico, a los que como uno de sus derechos derivados de tal carácter, les debía ser notificada la resolución del expediente administrativo**".*

Por ello el inciso impugnado que establece que los plazos para la interposición del recurso empezarán a contar desde la notificación al empleador, está dando por hecho que la comunicación prevista al trabajador extranjero no tiene el carácter de notificación, es decir que no es necesario notificar la resolución denegatoria al mismo, por eso los plazos computan desde la notificación al empleador, no desde la comunicación a cada uno de los interesados, empleador y trabajador, según el artículo 11.3 de la directiva citada. Eliminando el inciso impugnado, el empleador, para los casos de denegación, podrá recurrir la resolución en el plazo previsto desde la comunicación a él mismo y no a su empleador.

CUARTO.- IMPUGNACION DEL INCISO "Asimismo, el órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal. Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado."
DEL APARTADO 4 DEL ARTÍCULO 128:

Tenor literal de la norma impugnada:

4. Asimismo, el órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal. Cuando se determine la

celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado.

Fundamento:

El apartado 4 del artículo 128 contiene la regulación de la comparecencia del solicitante en los expedientes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales a los efectos de mantener una entrevista.

Contraviene el principio de reserva de ley contenido en el art. 40.1 de la Ley 30/92, LRJ-PAC.

El **artículo 20.2 de la Ley de Extranjería, LO 4/2000**, establece 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](#).*" Este artículo 27 se refiere a los visados, por lo que en el procedimiento que nos ocupa (solicitud de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales), deben respetarse las garantías previstas en la Ley 30/1992.

Una vez aclarada la **aplicación en todo caso** de las garantías procedimentales contenidas en la Ley 30/92, se extrae necesariamente la ilegalidad del apartado 4º del art. 124 del RD 557/2011 impugnado, puesto que:

- El artículo 40.1 de la Ley 30/92 establece que "*1. La comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley*".

- La Ley Orgánica 4/2000 no contiene previsión alguna que ampare la posibilidad de la Administración de exigir la comparecencia personal de los solicitantes para efectuar la entrevista prevista en el art. 124.4 del RD 557/2011. En efecto, La Ley de Extranjería dedica su D.A. Tercera a regular la exigencia de comparecencia personal. Se prevé en los casos de presentación personal de las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo, ya lo tenga que realizar el interesado o el empleador; y cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero para la presentación de solicitudes de visado (Disp. Adicional Tercera, LOEX).

En la normativa de Extranjería, ésta es la única previsión legal que existe y que puede amparar bajo el principio de reserva de ley la comparecencia personal ante la Administración.

La reserva de ley a la que se refiere el art. 40.1 de la Ley 30/92 en relación con las comparecencias en materia de **Extranjería ha sido analizada y reconocida por la propia Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 marzo 2003 (RJ\2003\2422)**, concretamente en sus Fundamentos Tercero y Séptimo. En este último Fundamento, expresamente se dice que *"la exigencia de la comparecencia personal fuera de los casos legalmente amparados y que por tanto su exigencia implique un ejercicio abusivo del precepto impugnado, resultaría contraria al ordenamiento jurídico y a su inobservancia no podría anudarse consecuencia alguna en perjuicio del administrado."*

Por lo tanto, en dicha sentencia en los Fundamentos Tercero y Séptimo, se deja claro que el punto de partida es que *"la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de Ley"*.

Efectivamente, en dicha sentencia y refiriéndose al caso de la solicitud de prórrogas de estancia, la comparecencia personal se justifica por la existencia de una Ley (la LO 1/1992) que establece la obligatoriedad de llevar consigo la documentación que permite la identificación de los ciudadanos. Entiende el Tribunal Supremo que en esos casos la comparecencia es exigible por otra vía, no quebrantando el principio de reserva de ley. Así pues, esta comparecencia se justifica, en el momento de presentación de la solicitud, porque el extranjero debe incluir su identificación en el trámite, se hace constar la identificación y el extranjero debe llevar consigo su documento original. También en dicha sentencia el Tribunal Supremo considera justificada la comparecencia en el momento de la expedición del documento de identificación para poder identificar a la persona en cuyo favor se expide.

Sin embargo, el propio TS en esta sentencia de 20 de marzo de 2003, no considera legal la posibilidad de exigir a través de un reglamento la comparecencia *"[...] en los casos en que no se produjese al amparo de una norma de rango legal y en tales casos su inobservancia por el particular no podría acarrear consecuencia alguna en perjuicio de éste referida a la concesión o no de la prórroga solicitada. Tal ocurriría en el caso de que el requerimiento de comparecencia personal se produjese a fin de completar la documentación a que se refiere el apartado c) o aquellos otros encaminados a justificar los extremos a que atañen los apartados b), d) y e) todos ellos del número 2 del artículo 36 del Reglamento que nos ocupa"*.

La comparecencia prevista ahora en el artículo 128.4 RD 557/2011 impugnado, presenta unos perfiles netamente diferenciados y no puede vincularse a la LO 1/1992 ni, en realidad, a ninguna otra norma de rango legal. Así se extrae de su lectura:

"Asimismo, el órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal. Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado."

La entrevista y la comparecencia personal que puede exigirse a través de este art. 128.4 del RD 557/2011, rebasa ampliamente la comparecencia a efectos de identificación, que tendría su sentido con la presentación personal de la solicitud, como prevé la DA 3ª de la LO 4/2000. Tiene el cometido de investigar en profundidad, si a juicio de la Administración concurren los requisitos previstos en cada uno de los supuestos para la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (arts. 123 a 127 del RD 557/2011), lo que incluye factores como la veracidad de documentos, las condiciones del contrato de trabajo, la acreditación del arraigo a través del tiempo de estancia, el esfuerzo de integración, los vínculos familiares, la colaboración con las autoridades, la gravedad de la enfermedad, etc.

Se establece así por vía reglamentaria, sin respetar la reserva de ley, la comparecencia personal del administrado que no tiene fines identificativos, sino de realizar una entrevista.

QUINTO.- IMPUGNACIÓN DEL INCISO "*no ejecutada*" DEL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 241:

Tenor literal de la norma impugnada:

141.2. Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los artículos 31bis, 59, 59bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se comprobase que consta contra el solicitante una medida de expulsión ***no ejecutada*** por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ésta será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Fundamento:

El artículo 31 bis de la LO 4/2000, al que hace referencia el precepto reglamentario, va referido a la autorización de residencia para mujeres víctimas de violencia de género; el artículo 59, para las víctimas de tráfico de personas; el 59 bis para las víctimas de trata; y el art. 68.3, para los que acceden al permiso por tener un informe de arraigo social, de conformidad con el artículo 31.3 LOEX.

Es decir, son todas circunstancias excepcionales y en particular las tres primeras, referidas a autorizaciones para personas que han sido víctimas de graves delitos. Por ello, y con la finalidad de facilitar la documentación a quienes se encuentran en alguna de esas circunstancias, la DA 4ª. 1ª d) de la Ley de Extranjería hizo desaparecer como causa de inadmisión a trámite la existencia de una orden de expulsión, sin diferenciarse en la Ley entre que esa expulsión haya sido o no ejecutada, siendo este el claro sentir y espíritu de la norma. En concreto, el artículo 31 bis LOEX prevé la concesión de una autorización de

residencia por circunstancias excepcionales, sin excepcionar los casos de mujeres víctimas que fueron en su día expulsadas (es decir, cuya expulsión llegó a ejecutarse) y que regresaron al territorio nacional. Lo mismo ocurre con las víctimas de trata y tráfico del art. 59 y 59 bis LOEX, donde la eventual ejecución de una orden previa de expulsión no es óbice para su revocación a fin de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Sin embargo, el precepto reglamentario impugnado sí introduce *contra legem* el requisito de la no ejecución de la orden de expulsión para poder hacer garantes a las víctimas del derecho a la documentación excepcional que requiere la previa revocación de esa orden de expulsión, como el propio inciso segundo del art. 241.2 del Reglamento exige.

Esa exigencia de no ejecución hace que la protección establecida legalmente, mediante la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, carezca de virtualidad práctica para las víctimas que previamente hayan sido expulsadas *de facto* de nuestro país aún cuando hayan regresado o las hayan forzado a regresar por la propia operación de tráfico o de trata de seres humanos. En definitiva la exigencia de no ejecución de la orden de expulsión prevista reglamentariamente en el inciso impugnado, para la concesión de las autorizaciones por circunstancias excepcionales para las víctimas de violencia de género, tráfico o trata, deja desprotegida y por lo tanto contraviene los artículos 31. bis, 59 y 59 bis de la Lo 4/2000, que ofrece dicha protección a todas las víctimas, con independencia de que su expulsión haya sido o no ejecutada con anterioridad a ser víctimas de tales delitos.

SEXTO.- IMPUGNACIÓN DEL INCISO “que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento” DEL ARTÍCULO 258.6:

Tenor literal de la norma impugnada:

258. 6. El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, *debiendo la autoridad gubernativa comunicar a éste cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél **que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento.***

Fundamento:

El inciso impugnado modifica sustancialmente la previsión legal contenida en el artículo 60.3 de la LO 4/2000, que obliga a la autoridad gubernativa a comunicar a la autoridad judicial cualquier circunstancia en relación con la situación de los extranjeros internados. Ello supone, y precisamente por encontrarse a disposición de la autoridad judicial, como mantiene el precepto legal y declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, la necesidad de que **cualquier circunstancia** que afecte al internado sea puesta en conocimiento del juez cuyo internamente autorizó, no sólo aquellas circunstancias que a criterio de la autoridad gubernativa puedan hacer variar la decisión judicial de

internamiento. Pues, aparte de suponer un prejuicio insostenible por parte de la autoridad gubernativa, se le estaría hurtando la propia disponibilidad judicial, requisito imprescindible para la constitucionalidad del precepto.

Por ello no nos encontramos ante un mero desarrollo reglamentario, sino que por vía de éste se está restringiendo el derecho a la libertad y hurtando a la autoridad judicial el conocimiento de todas las circunstancias que puedan afectar a la persona extranjera, debiendo ser esta autoridad judicial y no la autoridad gubernativa, como mantiene el precepto impugnado, la que valore si esa circunstancia pudiera hacer variar o no la decisión judicial de su internamiento.

Si se mantiene el inciso impugnado, la autoridad gubernativa sólo tendrá que comunicar aquellas circunstancias del privado de libertad que, a criterio de esa misma autoridad gubernativa, pudiesen afectar a su situación de privación de libertad; es decir, existiría un juicio previo de la autoridad gubernativa que *de facto* sustraería el conocimiento y la valoración a la autoridad judicial, vulnerando la disponibilidad judicial sobre la pérdida de libertad que declaró la citada STC en su Fundamento Primero. Por ello, el artículo 60.3 de la LO 4/2000 exige la comunicación a la autoridad judicial de **cualquier circunstancia** en relación con la situación del extranjero. No hacerlo así supone una vulneración del derecho a la libertad, protegida por el art. 17 de la CE.

SÉPTIMO.- IMPUGNACIÓN DEL APARTADO 1, PÁRRAFO 2º, DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA *"Sin perjuicio de lo anterior, la competencia en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero corresponderá a la Misión diplomática u Oficina consular española en el exterior ante la que se presente la correspondiente solicitud de acuerdo con lo establecido en este Reglamento, no obstante la competencia para resolver sobre el fondo del procedimiento esté atribuida a otro órgano administrativo."*

así como

IMPUGNACIÓN DEL INCISO *"o en su caso resolverá la inadmisión a trámite"* DEL ARTÍCULO 106.3, PÁRR. 1º:

Tenor literal de la Disp. Adic. 1ª:

1. Cuando las competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones no estén expresamente atribuidas a un determinado órgano en este Reglamento, serán ejercidas por los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y por los Subdelegados del Gobierno en las provincias.

Sin perjuicio de lo anterior, la competencia en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero corresponderá a la Misión diplomática u Oficina consular española en el exterior ante la que se presente la correspondiente solicitud de acuerdo con lo establecido en este Reglamento, no

obstante la competencia para resolver sobre el fondo del procedimiento esté atribuida a otro órgano administrativo.

Texto literal del art. 106.3, párr. 1º:

3. La Misión diplomática u Oficina consular registrará la solicitud y entregará al interesado la comunicación de inicio de procedimiento previa verificación del abono de las tasas por tramitación del procedimiento, ***o en su caso resolverá la inadmisión a trámite.***

En el supuesto de que no se presenten los documentos recogidos en el apartado 2 de este artículo, la misión diplomática u oficina consular requerirá al interesado y le advertirá expresamente que, de no aportarlos en el plazo de diez días o no proceder al pago de las tasas por tramitación del procedimiento, se le tendrá por desistido de la petición y se procederá al archivo del expediente.

Fundamento:

El párrafo segundo de la Disposición Adicional se refiere a aquellos supuestos en los que un procedimiento administrativo se inicia en el extranjero pero se resolvería en territorio nacional por el órgano competente. No es el caso, *v. gr.*, de los procedimientos de solicitud de visados de tránsito, cuya resolución corresponde a la propia misión diplomática/oficina consular *ex art.* 27.3 RELOEX. Pero sí lo es de los siguientes procedimientos:

1) Autorizaciones de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado: *"La solicitud deberá presentarse personalmente, en modelo oficial, en la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación resida el extranjero"* (art. 39.1 RELOEX) y a continuación *"La oficina consular requerirá, por medios electrónicos, resolución de la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente sobre la autorización de estancia"* (art. 39.3 RELOEX).

2) Autorizaciones de residencia temporal no lucrativa: *"El extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales o profesionales deberá solicitar, personalmente, el correspondiente visado, según el modelo oficial, en la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia"* de manera que *"La solicitud del visado conllevará la de la autorización de residencia temporal no lucrativa"* (art. 48.1 RELOEX) y a continuación *"La Delegación o Subdelegación del Gobierno, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, resolverá la concesión o denegación de la autorización de residencia"* (art. 48.4 RELOEX).

3) Autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta propia: *"El trabajador extranjero no residente que pretenda trabajar por cuenta propia en España deberá presentar, personalmente, en modelo oficial, la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia"* (art. 106.1 RELOEX) y a continuación *"La Misión*

diplomática u Oficina consular registrará la solicitud y entregará al interesado la comunicación de inicio de procedimiento previa verificación del abono de las tasas por tramitación del procedimiento, o en su caso resolverá la inadmisión a trámite" (art. 106.3 RELOEX).

4.- Autorización 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. Así se desprende del art. 118.1, párrafos 2 y 3 RELOEX en relación con el art. 48, apdos. 3 y 4 también del RELOEX).

La Disposición Adicional Primera, en la parte que se impugna, establece que la competencia para inadmitir a trámite estos procedimientos iniciados necesariamente en el extranjero, corresponderá a la Misión Diplomática/Oficina Consular.

Pues bien, esta parte considera 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 de "los procedimientos regulados en esta ley" a la Autoridad competente para resolver:**

Disposición adicional cuarta. Inadmisión a trámite de solicitudes. (Redactada conforme a la Ley Orgánica 2/2009)

1. ***La autoridad competente para resolver*** inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta ley, en los siguientes supuestos:

- a) Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.
- b) Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.
- c) Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.
- d) Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa salvo que, en este último caso, la orden de expulsión hubiera sido revocada o se hallase en uno de los supuestos regulados por los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de esta ley.
- e) Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.
- f) Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.
- g) Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3.
- h) Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley.

El Reglamento mantiene – como no podía ser menos – la competencia para *resolver* en manos de "otro órgano administrativo", pero se arroga la facultad de establecer qué órgano podrá *inadmitir a trámite* las solicitudes.

Esta parte considera que el procedimiento de solicitud de estas autorizaciones, aunque iniciado en el extranjero, no puede acabar en el mismo espacio (el extranjero) con una

inadmisión a trámite decretada por el Consulado/Embajada, sino que se debe dar traslado de la solicitud a la Delegación/Subdelegación competente para su resolución. Será dicha autoridad la que podrá inadmitir la solicitud, como establece la DA 4ª.1 de la LO 4/2000, en los supuestos legalmente fijados.

La **Ley 30/92, LRJ-PAC**, establece en su **Disposición Adicional Undécima** que "**Los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica**, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que los desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente Ley". Y en el mismo sentido, afirma la **Disposición Adicional Decimonovena** de la misma norma que: "**Los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente Ley**". Pero no hay que olvidar que el **artículo 20.2 LOEX** señala que "**2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, [...]**".

La normativa específica no es otra que la Ley de Extranjería y el Código comunitario de Visados aprobado por Reglamento (CE) nº 810/2009, de 13 de julio, del Parlamento Europeo y el Consejo. Con la precisión de que esta última norma no resulta aplicable a los supuestos examinados, dado que establece "los procedimientos y condiciones para la expedición de visados de tránsito o para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros no superiores a tres meses en un período de seis meses" (art. 1.1). Y ya acabamos de ver *ut supra* lo que la Ley de Extranjería establece sobre las inadmisiones a trámite.

Además, señala Francisco González Navarro (Magistrado del Tribunal Supremo), en su manual "Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común", Ed. Thomson Civitas, 3ª edición (2004), que "A mi modo de ver se ha querido habilitar [*por Ley, explicitamos nosotros*] a la Administración de la potestad de sustituir el debido pronunciamiento sobre el fondo por un pronunciamiento de inadmisión en dos supuestos: [*los señalados en el art. 89.4 LRJPAC*]". En consecuencia, **cuando la inadmisión no tiene amparo legal** – como es el caso –, **la inadmisión así decretada por un órgano administrativo incompetente supondría incumplir la prohibición del *non liquet* del art. 42.1 LRJPAC, garantía que como hemos señalado se debe respetar en el campo de la Extranjería (ex art. 20.2 LOEX).**

La Disp. Adic. que impugnamos resulta igualmente ilegal porque **se deja libertad al consulado o embajada para establecer los supuestos en los que cabría la inadmisión a trámite**, permitiendo nuevamente a la Administración escabullirse de su obligación de resolver.

Finalmente, hay que resaltar los efectos negativos de la Inadmisión a Trámite, puestos en evidencia en la **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de octubre de 2004 (F.D. Tercero)**: "[...] *la declaración de inadmisión vendría dictada de plano por la Administración actuante –sin posibilidad de defensa y audiencia– [...]*". Efectos que se multiplican en el caso de producirse en el extranjero y tratándose de interesados nacionales de terceros países, que desconocen el Ordenamiento jurídico español y las garantías inherentes al Estado de Derecho, con lo que el mantenimiento de esta previsión reglamentaria supone una peligrosa arma en manos de los Consulados y Embajadas.

Por coherencia con la impugnación de la Disp. Adic. Primera, y con idéntica fundamentación jurídica, impugnamos también el inciso "o en su caso resolverá la inadmisión a trámite" del artículo 106.3, párrafo 1º, del RD 557/2011.

Por lo expuesto,

SOLICITO A LA SALA tenga por presentado este escrito y por interpuesta **DEMANDA CONTRA EL RD 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, para que tras los trámites legales, **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.

Por ser de Justicia que pido en Madrid, a 3 de Febrero de 2012.

Fdo. José Luis Rodríguez Candela
Procurador
(Coordinador Equipo Jurídico)

Fdo. Agustín Sanz Arroyo Abogado