

## Sentencia TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, 3ª) de 10 octubre 2011 N° rec.=97(2009)

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil once.

### SENTENCIA

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 97/2009 interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID, representada por Letrado de sus servicios jurídicos, contra el [Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio](#) , por el que se modifica 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, aprobado por el [Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre](#) ; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y la GENERALIDAD DE CATALUÑA, representada por el Procurador D. Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuéllar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Letrado de la Comunidad de Madrid interpuso ante esta Sala, con fecha 23 de septiembre de 2009, el recurso contencioso-administrativo número 97/2009 contra el [Real Decreto número 1162/2009, de 10 de julio](#) , por el que se modifica 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, aprobado por el [Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre](#) .

Segundo.- En su escrito de demanda, de 22 de septiembre de 2010, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "estimando el presente recurso contencioso-administrativo".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 25 de noviembre de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que sea desestimado el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra el [Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio](#) , por el que se modifica 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, aprobado por [Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre](#) , al ser el mismo plenamente conforme a Derecho".

Cuarto.- El Abogado de la Generalidad de Cataluña presentó escrito de contestación a la demanda el 20 de diciembre de 2010 y suplicó sentencia "por la que se

desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora".

**Quinto.-** No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 11 de julio de 2011 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 4 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La Comunidad de Madrid recurre ante esta Sala el [Real Decreto número 1162/2009, de 10 de julio](#) , por el que se modifica 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, aprobado por el [Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre](#) . En síntesis, considera la Comunidad autónoma demandante que la nueva regulación reglamentaria -que afecta a los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo de los extranjeros en España- vulnera el orden constitucional de competencias y los principios de legalidad y jerarquía normativa, siendo contraria a lo dispuesto en la citada [Ley Orgánica 4/2000](#) .

La impugnación es, como bien destaca el Abogado del Estado, análoga a la que la Comunidad Autónoma de Murcia planteó ante esta Sala en el recurso número 103/2009, recurso que hemos resuelto en nuestra reciente [sentencia de 17 de mayo de 2011](#) .

**Segundo.-** Es oportuno, a la vista de la circunstancia antes reseñada, que transcribamos las consideraciones hechas en dicha sentencia para motivar la desestimación del recurso 103/2009 . Fueron, en lo que se refiere al problema central del litigio (la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros), las que siguen:

"[...] De las posiciones de las partes que se han resumido se deduce con claridad que la cuestión a resolver es si la atribución a las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencia ejecutivas en materia laboral de la facultad para otorgar la autorización inicial de trabajo, en los términos recogidos en el artículo 51.3, párrafo cuatro, del Reglamento de extranjería -en la redacción que le ha dado el apartado cinco del artículo único del Real Decreto impugnado-, es contrario a la Ley de Extranjería y conforme o no al orden constitucional de competencias. La Comunidad recurrente entiende, en contra de lo que sostienen tanto la Administración del Estado como la Comunidad Autónoma de Cataluña, que dicha atribución contraría la competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería e inmigración que le corresponde en virtud de lo establecido en el [artículo 149.1.2º de la Constitución](#) .

Pues bien, no tiene razón la actora y debemos desestimar el recurso. El artículo 51 del Reglamento de Extranjería contempla el procedimiento para otorgar la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, autorización regulada en los artículos 49 y siguientes del citado Reglamento . El precepto y apartado que determina la impugnación (artículo 51.3), en el párrafo cuarto que centra la controversia competencial, tras la reforma operada por el artículo único, apartado 5, del Real Decreto impugnado, dice así:

'Será órgano competente para resolver la inadmisión a trámite o para declarar el desistimiento y el archivo de las actuaciones el órgano competente de la correspondiente comunidad autónoma cuando hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, debiendo resolver, en todo caso, de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante emitido por el correspondiente órgano de la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las indicadas causas de inadmisión a trámite cuando afecten a la autorización de residencia.'

Puede señalarse que en el nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por el [Real Decreto 557/2011, de 20 de abril](#) , reitera en su artículo 68 la atribución de la autorización inicial de trabajo a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias ejecutivas en materia laboral.

Por otra parte, el artículo 37.3 de la Ley de Extranjería ([Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#) ) dice en su actual redacción -dada, como ya se ha indicado, por la [Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre](#) -:

'3. La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos.'

Tiene razón la actora en que dicho apartado, que evidentemente da cobertura a la regulación reglamentaria que impugna, es posterior a ésta, pues nada decía expresamente el texto anterior de la Ley sobre la concesión de la autorización inicial de trabajo. Pero tal circunstancia es irrelevante por dos motivos. En primer lugar, porque del silencio de dicho texto no se deriva inexcusablemente que el precepto impugnado fuese ilegal. La parte aduce que todos los preceptos legales que se referían a la autorización de trabajo (cita así los artículos 38.1, 39, 42) antes de la reforma hacían referencia al intervención del Estado y sostiene que el nuevo texto reglamentario modifica radicalmente dicho planteamiento dissociando la autorización de residencia de la de trabajo. Sin embargo, nada hay en el anterior texto legal que excluyera la posibilidad de que en los aspectos estrictamente laborales la autorización inicial correspondiera a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia laboral.

En segundo lugar, no cabe duda de que la reforma posterior de la Ley, que constituye el texto legal vigente en el momento de resolver este recurso, es el parámetro legal al que debemos atenernos para resolver sobre la legalidad del reglamento impugnado. Y resulta evidente que el texto legal que se ha reproducido supra da plena y expresa cobertura al texto reglamentario impugnado.

Eso conduce a la consecuencia de que debemos desestimar el recurso contra el citado apartado que atribuye la concesión de la autorización inicial de trabajo a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia laboral, salvo en el supuesto de que tuviésemos dudas sobre la constitucionalidad del nuevo apartado 3 del artículo 37 de la Ley de Extranjería . Sin embargo, ni esta Sala tiene tal duda ni, por otra parte, puede desconocerse el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional al que se refiere la Generalidad de Cataluña en su escrito. En efecto, en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio , el Tribunal ha declarado constitucional el artículo 138 del Estatuto de Autonomía de Cataluña , en la redacción que le dio la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio , siempre que se interprete en el sentido de que la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo se circunscribe al ámbito laboral y no condiciona la materia estatal en materia de entrada y residencia de extranjeros en España:

'[...] El apartado 2 del artículo 138 del Estatuto atribuye a la Generalitat 'la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña', disponiendo que la misma 'se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros' y que en ella se incluyen: 'a) la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena', y 'b) la tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción'. Es evidente que la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería, terreno en el que, como alegan los recurrentes, sólo cabe la competencia exclusiva del Estado. Ahora bien, el propio artículo 138.2 del Estatuto así lo reconoce al condicionar el ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica a la coordinación con el Estado, quien, como titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, no puede hacer entera abstracción, sin embargo, de competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso, en lo que importa ahora, de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral. Es a esta concreta materia a la que, con independencia del acierto en la calificación que el Estatuto ha dispensado a la competencia referida en el artículo 138 del mismo, se contraen entonces las facultades atribuidas por el precepto a la Comunidad Autónoma, circunscritas así a los extranjeros cuya relación laboral se desarrolla en Cataluña, salvando el propio precepto, como competencia distinta cuyo ejercicio constituye el presupuesto de la que la Generalitat puede asumir respecto de determinados trabajadores, la que corresponde al Estado en virtud del [artículo 149.1.2 de la Constitución](#) . En otras palabras, si al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición, a la Generalitat puede corresponder aquella que, operando sobre el extranjero así cualificado, se refiere estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña. [...]' (fundamento jurídico 83)

Los citados pronunciamientos evitan por tanto cualquier duda de constitucionalidad sobre el precepto legal que da cobertura al precepto reglamentario impugnado".

Tercero.- Las alegaciones de la Comunidad demandante en este litigio coinciden, como hemos afirmado, con las que en el recurso 103/2009 presentó la Comunidad Autónoma de Murcia y ya transcribimos con mayor extensión en la sentencia que puso fin a aquel recurso. A modo de resumen, para la Comunidad de Madrid el Real Decreto impugnado no puede atribuir funciones autorizatorias a las Comunidades Autónomas con competencias en materia laboral pues el estatuto jurídico del trabajador inmigrante está reservado en exclusiva al Estado, a quien corresponde el establecimiento del régimen general de extranjería, entendido como el conjunto de previsiones reguladoras de la entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio español. Y el ejercicio de dicha competencia por una Comunidad Autónoma puede afectar directa o indirectamente a otras ya que, una vez autorizado el trabajador extranjero por decisión de una Administración diferente de la del Estado, se encontrarán obligadas a acoger y favorecer su integración.

Por su parte, el Abogado del Estado afirma, entre otras consideraciones, que el recurso no tiene en cuenta la reforma de la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#) , efectuada por la [Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre](#) . Esta última vino a incluir una referencia expresa a la adaptación del régimen de autorizaciones iniciales de residencia y trabajo a las nuevas previsiones estatutarias de algunas Comunidades Autónomas (artículos 37.3 y 38.8). Además no sólo hace referencia a las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos, sino que contempla expresamente la exigencia de coordinación con la competencia estatal en materia de residencia, dejando claro que la competencia del Estado reconocida por el [artículo 149.1.2 de la Constitución](#) en materia de extranjería e inmigración no puede vaciar de contenido las competencias autonómicas concurrentes.

Finalmente, la Comunidad Autónoma de Cataluña argumenta que las competencias autonómicas en materia de autorización inicial de trabajo reconocidas por las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía han sido declaradas conformes a la Constitución en la sentencia constitucional de 28 de junio de 2010 , sobre el Estatuto de Cataluña. Así, ha sido declarado conforme a la Constitución el artículo 138 del Estatuto catalán siempre que sea interpretado en los términos establecidos en el fundamento de derecho 83 de aquella sentencia. Por otra parte señala también que la reforma reglamentaria aprobada por el Real Decreto impugnado cuenta, en contra de lo que afirma la Comunidad recurrente, con la cobertura legal de la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#) , tras su reforma por la [Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre](#) .

En su escrito de conclusiones la Comunidad de Madrid responde a las partes codemandadas que la modificación del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Ley 4/2000 , por la [Ley Orgánica 2/2009](#) , se produjo cuando ya estaba en vigor el [Real Decreto 1162/2009](#) y con posterioridad a la interposición del presente recurso, lo que evidenciaría la falta de correspondencia del Real Decreto con la [Ley Orgánica 4/2000](#) en su redacción anterior a la reforma de 2009 .

Las razones que nos condujeron a desestimar el recurso número 103/2009, transcritas al reproducir en ésta parte de las consideraciones jurídicas de nuestra sentencia de 17 de mayo de 2011 , son del todo aplicables al presente, por lo que procederá sin más su desestimación. En efecto, el desarrollo de la demanda deducida por la Comunidad de Madrid no difiere del mantenido en aquel proceso por la Comunidad Autónoma de Murcia, al que dimos respuesta en la citada sentencia. Nos remitimos, pues, a lo en ella expresado para rechazar también las pretensiones anulatorias ejercitadas en este recurso.

Finalmente, como manifestamos en nuestra sentencia de 17 de mayo de 2011 , carecería de sentido estimar un recurso directo contra un determinado reglamento para expulsarlo del ordenamiento jurídico cuando la regulación en él contenida ha sido refrendada en normas de rango legal y reglamentario ulteriores.

**Quinto.-** No concurren las circunstancias de temeridad o mala fe previstas en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdiccional para la imposición de costas.

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

### **FALLAMOS**

No ha lugar al recurso contencioso-administrativo número 97/2009, interpuesto por la Comunidad de Madrid contra el [Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio](#) , por el que se modifica 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, aprobado por el [Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre](#) . Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-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.