

# **EL ACCESO A LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES DE ARRAIGO LABORAL DESPUÉS DE LA STS 452/2021, DE 25 DE MARZO (REC. 1602/2020)**

## INTRODUCCIÓN:

Con el fin de centrar la cuestión debemos empezar recordando que el control de los flujos migratorios se configura como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2ª CE). En el ejercicio de dicha competencia se enmarca el dictado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y su posterior desarrollo Reglamentario aprobado, actualmente, mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que, en consonancia con los Textos Comunitarios sobre la materia (entre otros, Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003; Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004; Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008), viene a dotar de un sistema coherente y ciertamente unitario al control de los movimiento migratorios en el ámbito de la UE y, por ende, en nuestro país.

Una primera aproximación a la normativa citada nos permite constatar que la situación de residencia está encaminada a procurar una integración real de los ciudadanos extranjeros en el Reino de España partiendo de dos premisas:

- .- 1ª Un perfil adecuado de convivencia, acreditado *ex ante* mediante la carencia de antecedentes penales (Art. 31.5 LOEX); y
- .- 2ª Autonomía económico financiera, bien sea a través de medios propios o de aquellos que deriven de la actividad laboral que desempeñe (art. 31.2 y .4 LOEX).

El acceso a la regularidad, a través de la necesaria autorización, se perfecciona ordinariamente mediante el cumplimiento de una serie de requisitos entre los que destacan los previamente expuestos, con la salvedad de que en su validación, cuando se pretenda autorización para desarrollar actividad laboral por cuenta ajena, se tendrá en cuenta, como regla general, la situación nacional de empleo.

Además de la vía ordinaria expuesta, la propia normativa, consciente del posible fracaso de las políticas de control de flujos migratorios, establece una vía de excepcionalidad (art. 31.3 LOEX) que va anudada a la existencia acreditada de una especial conexión con el territorio de acogida a través de personas o cosas; esto es, a la existencia de arraigo (art. 124 RLOEX). De esta manera aquellos ciudadanos extranjeros que hayan conseguido burlar los controles de entrada al territorio nacional y hayan permanecido en él durante un determinado tiempo (art. 124.1 y .2 RLOEX), sin que la autoridad administrativa haya acordado su salida del país, podrán acceder a la regularidad si consiguen probar la existencia de esa especial conexión o arraigo en el territorio, prueba que se materializará mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la propia norma.

#### ANTECEDENTES:

Pues bien, en este concreto marco se encuentra el tema que vamos a tratar; el acceso a la regularidad a través de la autorización por circunstancias excepcionales de arraigo laboral (art. 124.1 RLOEX).

El citado artículo 124.1 RLOEX, dictado en desarrollo del artículo 31.3 LOEX, establece y define el acceso a la regularidad a través de la autorización de residencia por arraigo laboral:

*“1. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses.*

*A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.”*

Debemos apuntar que el expuesto precepto resulta una mimética reproducción de lo dispuesto en los artículos 45.2.a) y 46.2.b), del ya derogado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, previa refundición no intrascendente, han sido literalmente trasladados dando contenido al art. 124.1 RLOEX reproducido, con la

salvedad de que la exigencia, en cuanto a la duración de las relaciones laborales en el texto vigente, se reduce a los seis meses.

El expuesto precepto, en su párrafo segundo, determina la forma de acreditar la relación laboral habilitante, en cuanto que impone el deber de que aquella venga refrendada por resolución judicial o administrativa que den fe de su indubitada existencia.

En consecuencia, el acceso a la regularidad a través de esta vía, está sometido al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1.- Residencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años;
- 2.- Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el que hayan residido durante los últimos cinco años; y
- 3.- Demostrar la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, que deberá ser acreditada mediante resolución judicial que la reconozca o resolución administrativa que confirme el acta de infracción de la ITySS.

Pues bien, a la vista de los requisitos exigidos en la norma, parece deducirse que la finalidad que persigue el citado precepto es la regularización de las situaciones que devienen del desarrollo de actividad laboral clandestina, entendiendo como tal aquella que se desarrolla sin autorización para residir y, por ende, para trabajar.

Para ello la administración, a la hora de enfrentarse al desarrollo del artículo 31.3 LOEX, parece que parte de una premisa: el acceso a la regularidad por vía de excepción, es una puerta que tiene como exclusivo fin que aquellos ciudadanos extranjeros que se encuentren en el territorio nacional sin haber obtenido el título para residir legalmente y tengan una especial conexión con el mismo (laboral, social o familiar), puedan regularizar su situación. Es decir, la vía de excepcionalidad se agotaría en su ejercicio sin que pudiera volverse a reiterar en un futuro, ya que una vez alcanzada la autorización, esta dispone de sus propias vías para prorrogar y dar continuidad al *iter* de regularidad iniciado en aquella.

Aquí se enmarca la discusión que ha generado no poca controversia doctrinal, ya que, notorio resulta, el acceso a la regularidad a través de la vía de excepcionalidad no se agota en su ejercicio. Cualquier ciudadano extranjero en situación de irregularidad –

haya sido titular de una previa autorización de residencia o no – está en disposición de recurrir y activar los mecanismos dispuestos en el artículo 124 del Reglamento.

Una vez sentado lo anterior, los interrogantes que se plantean se centran en lo ajustado a derecho de la imposición reglamentaria que exige que la actividad laboral deba ser acreditada mediante resolución judicial o administrativa que de fe de su indubitada existencia, lo que, en principio, podría configurarse como una limitación contra *Legem* (arts. 13, 28, 53 y 77 Ley 39/2015, de 1 de octubre; en el mismo sentido arts. 35 y 80 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre), y, por ende, si la única actividad laboral que habilita el acceso a la regularidad por vía del arraigo laboral, es la que se desarrolla de forma clandestina.

A la hora de abordar la cuestión debemos empezar por la Instrucción de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 3 de agosto de 2005, sobre Arraigo Laboral que, como expuso la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia (Secc. 1ª) en su Sentencia 336/2017, de 20 de junio (JUR\2017\188984), vio la luz “...en relación con el artículo 45.2.b del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre ( RCL 2005, 29 y 1110) , por el que se aprobó el Reglamento de extranjería (RCL 2011, 811, 1154) que rigió con anterioridad al actual, precepto que tenía idéntica redacción al artículo 124.1 del RD 557/2011 , por lo que hay que seguir teniéndola en cuenta.”

Dicha Instrucción, dictada poco antes de la entrada en vigor del artículo 45.2.a) del Real decreto 2393/2010, de 30 de diciembre (su entrada en vigor, en atención a lo prevenido en la Disposición final 4ª, se pospuso hasta el 8 de agosto de 2005), viene a establecer en su apartado 3º, en relación con la gestión de solicitudes de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral y en lo que aquí interesa, que:

*“3) Aquélla relativa a la existencia de la relación laboral en España de duración no inferior a un año que, de acuerdo con lo establecido en el art. 46.2.b) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, será:*

*-la resolución judicial que la reconozca;*

*-o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la inspección de Trabajo y de Seguridad Social que la acredite.*

*Se considerará relación laboral, a estos efectos, la que haya tenido lugar de forma continuada o no, con el mismo o diferente empleador, siempre que de forma acreditada su duración no sea, en conjunto, inferior a un año.*

*En relación con la presentación de solicitudes de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo laboral, se recuerda lo establecido en la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, sobre inadmisión a trámite de solicitudes reiteradas ya denegadas, de aquéllas manifiestamente carentes de fundamento, etc.*

*Se enumeran, a título ejemplificativo, algunos supuestos de solicitudes que podrían ser consideradas manifiestamente carentes de fundamento por la Autoridad competente:*

*(...)*

*-Cuando no se presente:*

- una resolución judicial que reconozca la existencia de la relación laboral en España de duración no inferior a un año*
- una resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite la existencia de dicha relación laboral.”*

Tal y como puede apreciarse, la documentación requerida para colmar el acceso a dicha autorización, en lo que a la necesidad de acreditar la relación laboral previa refiere, se contrae, obligatoriamente: 1.- a la resolución judicial que la reconozca; o 2.- a la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la inspección de Trabajo y de Seguridad Social que la acredite. Tan es así que, la falta de presentación de alguno de los mencionados documentos, conlleva que la citada Instrucción califique las solicitudes presentadas como inadmisibles por carentes de fundamento ex Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000.

El siguiente punto de interés sobre la cuestión lo encontramos en la STS de 10 de enero de 2007 (Rec. 39/2005), cuando en su Fundamento Jurídico “Décimo” recoge en relación al artículo 46.2.b) del Real Decreto 2393/2004 – con idéntica redacción que el párrafo segundo del hoy vigente art. 124.1 del Reglamento – que:

***"En principio la postura que adopta el Real Decreto al introducir esas expresiones puede resultar restrictiva, pero como lo que se impugna en primer lugar es el inciso "deberá ajustarse a las siguientes exigencias" esa expresión no contradice el art. 31.3 cuando dispone que "la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo... que se determine reglamentariamente", por más que después el precepto imponga esas concretas***

*pruebas de que concurre esa situación de arraigo y no cualesquiera otras. Pero es que, además, de lo anterior, y como expusimos en la Sentencia inmediatamente citada, el precepto cuestionado cuenta con el apartado o letra c) que admite la acreditación del arraigo por otros medios que completan las posibilidades que ofrece la letra b), de modo que nada obsta a que se mantenga aquella en sus términos".*

De lo razonado en la extractada Sentencia, podemos concluir que el Alto Tribunal entiende que las limitaciones establecidas en el inciso b) del artículo 46.2 del Reglamento entonces vigente, se ven salvadas por lo a tal efecto dispuesto en el apartado c) del citado precepto, toda vez que admite la acreditación del arraigo por otros medios.

Obviamente, se puede afirmar que, a la vista de lo resuelto por el Tribunal Supremo, la forma de acreditar la actividad laboral previa a la solicitud no se constriñe, únicamente, a la aportación de la Sentencia Judicial o Resolución administrativa que diera fe de la existencia de aquella, sino que, en virtud de lo prevenido en el artículo 46.2.c) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, la realidad del arraigo podía ser acreditada por otros medios.

Ciertamente, y de ahí la controversia doctrinal posterior, si reparamos en el inciso c) del citado artículo 46.2 del Real Decreto 2393/2004, podremos constatar que los medios establecidos para acreditar el arraigo son los directamente asociados al normativamente identificado como "arraigo social" que, como tal, está incuestionablemente vinculado a lo prevenido en el artículo 45.2 del citado texto legal y, por ende, no alcanza a las previsiones contenidas en el artículo 45.1 del mismo. Porque, ¿qué valor probatorio tendría un informe de arraigo emitido por el Ayuntamiento u órgano autonómico competente que acredite medios de vida, conocimiento de la lengua o periodo de estancia en el territorio, a la hora constatar y hacer visible el desempeño de un actividad laboral?. La respuesta, por obvia, no resulta necesario plasmarla.

Evidentemente, la citada Sentencia no supuso un cambio de corriente en la resolución de los recursos interpuestos en relación con las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral ex art. 45.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la medida de que su concesión estuvo condicionada a que la actividad laboral habilitante se acreditase a través de los

documentos recogidos en el art. 46.2.b del citado texto legal; esto es, Sentencia judicial o Resolución administrativa.

## CONTROVERSIA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 124.1 RLOEX

Y así llegamos a la modificación reglamentaria mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que, como recoge en su exposición de motivos, pretende, entre otros fines, “...optimizar en este nuevo contexto los principios de la política migratoria reconocidos por primera vez a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, principios entre los que se encuentran la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con la situación nacional de empleo, la integración social de las personas inmigrantes, la lucha contra la inmigración irregular y las relaciones con terceros países en materia de inmigración.”

En lo referente al arraigo laboral, el nuevo texto, como expusimos líneas arriba lo recoge en el artículo 124.1, incluyendo, además de lo dispuesto en el artículo 45.1 del Reglamento derogado, lo establecido respecto al procedimiento en el artículo 46.2.b del mismo.

Si bien esta pequeña modificación puede parecer intrascendente, lo cierto es que, con la inclusión de la forma, en cuanto a la prueba, en el supuesto de hecho, ciertamente parece establecer que las únicas actividades que resultan hábiles para colmar el arraigo laboral son las que devengan o hayan sido declaradas por Sentencia o Resolución administrativa. Es decir, su inclusión como supuesto de hecho trasciende a lo que es el carácter probatorio del documento, para otorgarle naturaleza ontológica.

Adviértase que el artículo 128 del Reglamento (que se corresponde con el 46 del texto derogado) no traslada ninguna exigencia en cuanto a la manera de probar el requisito de actividad previa en el supuesto de “arraigo laboral”, condensándose de manera unitaria en el apartado c) del artículo 128.1, al exigir “*Documentación acreditativa de encontrarse en alguna de las situaciones a las que se refieren los artículos anteriores*”.

Lo anterior, en cierta manera, pretendía corregir la controversia – mal resuelta – sobre la supuesta limitación contra *legem* que suponía el tenor literal del artículo 46.2.b) del Reglamento derogado (RD 2393/2004). Pues bien, ¿cuál ha sido el devenir en la aplicación e interpretación del supuesto de arraigo laboral recogido en el artículo 124.1 RLOEX?

En primer lugar, debemos traer a colación la ya citada STSJ de Galicia (Secc. 1ª) 336/2017, de 20 de junio (JUR\2017\188984) que, aunque dictada en el marco de discusión sobre el periodo de estancia continuada – 2 años – ya nos anticipa la necesidad de someterse a la Instrucción de 3 de agosto de 2005, con todo lo que ello conlleva en relación con la actividad laboral previa que habilita el acceso a dicha autorización; esto es, que devenga o hay sido declarada por Sentencia judicial o Resolución administrativa.

En el mismo sentido cabe citar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 239/2017 de 30 de junio, recurso de apelación 187/2016, (Roj: STSJ ICAN 1622/2017) en la que se expresa:

*“El artículo 124.1 del Real Decreto 557/2011 se refiere al arraigo laboral, que define como la situación del extranjero que haya trabajado en España un mínimo de seis meses y resida en el país desde al menos dos años continuados.*

*A la vista de esta definición bien pudiera pensarse que se incluyen situaciones como las de quienes ejercieron una actividad laboral al amparo de una autorización de residencia y trabajo en España, porque el precepto no las excluye expresamente.*

*Sin embargo, una interpretación conjunta de la regulación reglamentaria lleva a una conclusión distinta.*

*La situación de quienes tengan un permiso temporal de residencia y trabajo está regulada en el artículo 71 del Reglamento, en el que se regula la renovación de dichos permisos. Para tener derecho a dicha renovación es necesario acreditar un periodo mínimo trabajado y que se justifique que se dispone de un contrato vigente o una oferta de contrato cuya eficacia dependa de la renovación del permiso. Solo en casos específicos se exime de este requisito. Por lo tanto, si la renovación del permiso de trabajo está sometida a estas condiciones, no tiene sentido tratar de amparar a quienes no han renovado su permiso de residencia y trabajo por la vía de las autorizaciones previstas para circunstancias excepcionales.*

*Los permisos de residencia por circunstancias excepcionales no están previstos para amparar situaciones en las que la estancia del extranjero se torna irregular de manera sobrevenida, sino a aquellos casos en los que la situación es irregular desde su entrada*



*en el país y se trata de conceder un permiso inicial de residencia y trabajo para que puedan permanecer en el mismo.*

*Aunque el precepto se refiera a que, a los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, será preciso aportar sentencia judicial o resolución administrativa que confirme acta de infracción de la Inspección Laboral y de Seguridad Social, lo que parece establecer una mera restricción de los medios de prueba de la relación laboral, incompatible con el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , una interpretación conjunta de las normas del reglamento lleva a determinar que se trata de configurar el supuesto de hecho al que se refiere la norma como circunstancia excepcional en la que se puede obtener un permiso inicial de residencia y trabajo. La referencia exclusiva a estos documentos revela que se está aludiendo a situaciones de contrataciones irregulares de extranjeros, que son puestas de manifiesto bien por demanda judicial bien por denuncia o actuación de oficio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”*

Tal y como puede apreciarse, la extractada Sentencia entra al fondo de la cuestión objeto de controversia, analizando, no solo la literalidad del artículo 124 RLOEX, sino que lo relaciona con lo a tal efecto prevenido en el artículo 128 y lo dispuesto en el artículo 71 RLOEX, este último respecto a la renovación de las autorizaciones, concluyendo que, lo que parece presentarse como una mera restricción de los medios de prueba, en realidad no lo es, en tanto que se trata de dar contenido al supuesto de hecho en el que reposa la citada autorización.

En contraposición a la expuesta corriente doctrinal, debemos citar la STSJ de Andalucía, Sevilla núm. 464/2018, de 11 de mayo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 4ª; JUR\2018\254146), que en relación al tema que nos ocupa, recoge que:

*“El argumento, ciertamente, resulta sugerente, ya que en caso de trabajo regular lo normal es acceder a otro tipo de autorización o renovación de la previa autorización.*

*Sin embargo, nada impide que, pese a no reunirse los requisitos para la renovación el arraigo pueda conseguirse también cuando no se reúnen los requisitos para una renovación, el extranjero pueda haberse incorporado al mercado laboral mediante otro tipo de autorizaciones que no admitan renovación y no hayan podido convertirse en su momento en autorización ordinaria de residencia y trabajo. Y es que, con la interpretación que hace la demandada, estaríamos haciendo de mejor condición al trabajador clandestino e irregular que al trabajador extranjero regular.*

*Por tanto, el artículo 124.1 queda como un supuesto residual por el que, cuando no se reúnen los requisitos para otra autorización, se pueda autorizar la permanencia en el*

*territorio de aquellos extranjeros que han llegado a arraigarse efectivamente en el territorio, incorporándose al mercado de trabajo.”*

Adviértase que esta Sentencia, no viene a reposar en la restricción de medios de prueba – que negativamente también lo realiza – sino en la vulneración del principio de igualdad, hasta el punto de que concluye que de mantener la interpretación de que la actividad laboral habilitante tan solo puede devenir de la previa declaración en Sentencia Judicial o Resolución administrativa, sería hacer de mejor condición al trabajador clandestino e irregular que al trabajador extranjero regular, concluyendo que este último también tiene derecho de acceder a la citada autorización siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos, con independencia de que la actividad laboral no haya sido desarrollada de forma clandestina.

Estos razonamientos fueron parcialmente acogidos por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Ciudad Real, en su Sentencia 43/2019, de 26 de febrero (JUR\2020\189302), cuando, en relación con la cuestión objeto de debate, recoge que:

*“3.5.II) En otro orden de cosas se debería de deslindar los requisitos de acceso a la autorización (primer párrafo del art. 124.1) de los requisitos de objetivación y constancia documental (art. 124.1, segundo párrafo), pues mientras que el derecho se perfecciona con el cumplimiento de los presupuestos para el acceso al mismo, la resolución o sentencia es un requisito de acreditación, cuyo incumplimiento no necesariamente debe llevar a la desestimación del mismo si para ello se dan los presupuestos necesarios por estar ya acreditados. Es decir, el primer inciso (A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración) exige una acreditación cuando ello es necesario, pero no exige la aportación para el otorgamiento de la autorización administrativa sino para la acreditación de la relación laboral que se erige en el presupuesto de la autorización, lo que es diferente. Sólo será objeto de acreditación a través de la prueba, sea libre o tasada como en este caso, aquella circunstancia que pueda ser objeto de la misma (en este caso la existencia de relación laboral y su duración) o sea de necesaria acreditación por no constar con anterioridad. Es decir cuando no esté acreditada en el expediente por la propia administración o se tenga por falsa, lo que no es ninguno de los casos. **El artículo 124.1 no prohíbe que se pueda otorgar sin necesidad de tal sentencia (sólo es a efectos de acreditar algo que puede estar previamente acreditado), ni tampoco exige la sentencia como un requisito sine qua non para el acceso a la autorización siempre que conste el presupuesto de otorgamiento, que ese sí que es de necesaria concurrencia y nadie discute en el presente caso.***

Tal y como se ha anticipado, esta Sentencia, si bien culmina con un fallo estimatorio, se separa de los razonamientos de la dictada por el TSJ de Andalucía, ya que no cuestiona el hecho de la restricción de los medios de prueba ni el principio de igualdad, sino que parte del hecho no controvertido de que dicha actividad laboral ya conste acreditada en un certificado de vida laboral y no exista la necesidad de posterior prueba. Cuestión distinta, según expone la citada Sentencia, sería que, si no constase previamente como cierta la actividad laboral, sea necesario aportar prueba de su existencia, siendo entonces, y solo en ese supuesto, cuando el segundo párrafo (su acreditación a través de Sentencia judicial o resolución administrativa) resultaría aplicable.

Adviértase que, en esencia, sin perjuicio de los diferentes razonamientos, la conclusión es la misma; esto es, las dos Sentencias habilitan el acceso a la citada autorización tanto a los ciudadanos extranjeros que hayan desarrollado actividad laboral de forma clandestina, como a los que la hayan desarrollado de forma legal.

Ciertamente se podría llegar a pensar que el cambio de corriente doctrinal puso paz en la controversia generada sobre la interpretación y alcance del citado artículo 124.1 RLOEX. Lejos de la paz aventurada, la controversia siguió presente, resultando extremadamente patente en la STSJ de Andalucía, Granada, núm. 417/2020 de 27 de febrero, (Rec. 582/2018; Roj: STSJ AND 417/2020), que en relación al tema que nos ocupa, recogió que:

*"...el recurrente parte de un presupuesto erróneo, cual es que la autorización prevista en el artículo 124.1 lo es para los extranjeros que habiendo acreditado una permanencia de dos años en territorio nacional hayan desarrollado una relación laboral, del tipo que sea, superior a seis meses. Tal consideración resulta, como hemos dicho, incorrecta, pues atendida la ubicación sistemática del precepto de la norma, debe entenderse que el arraigo laboral no está previsto para cualquier relación laboral previa sino, únicamente, para relaciones laborales irregulares. Se trata, en definitiva, de una norma que encuentra su finalidad en la lucha y prevención del trabajo clandestino y la economía sumergida, fomentando que tales relaciones irregulares salgan a la luz. Por tal razón, la cuestión no es qué medio de prueba puede utilizarse para acreditar una relación laboral, sino la naturaleza de esta última; siendo evidente que no tienen encaje en los supuestos de arraigo laboral aquéllos en los que un extranjero haya trabajado en España de forma legal; esto es, con autorización y en virtud de un contrato de trabajo. En este caso -que es en el que, en realidad, se encuentra el recurrente- cabrá obtener una prórroga de la autorización de residencia y de trabajo o, incluso, si ésta ha expirado y el extranjero se encuentra en situación*

***irregular, acudir a los supuestos de arraigo familiar o social, pero no al supuesto del artículo 124.1 RD 557/2011 (RCL 2011, 811, 1154)."***

Tal y como se puede observar, el TSJ de Andalucía, en contradicción con lo previamente resuelto por ese mismo Tribunal con sede en Sevilla (STSJ 464/2018, de 11 de mayo, antes citada), concluye que las únicas relaciones laborales que resultan hábiles para colmar el acceso a la autorización por arraigo laboral es la que se ha desarrollado de forma irregular y clandestina, poniendo el foco en que no se trata del "cómo" acreditar la relación laboral – en cuanto a la prueba que debe utilizarse –, sino en la génesis o naturaleza de la relación laboral, ya que según razona, carecen de encaje en los supuestos de arraigo laboral aquellos en los que el ciudadano extranjero haya trabajado en España de forma legal.

Pero aún tenemos más, porque la STSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 391/2021, de 9 de abril (Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 1ª – JUR\2021\185585) – Ponente: Ilmo. D. Felipe Fresneda Plaza –, viene a concluir de manera tajante que:

***"En definitiva, la interpretación literal, teleológica y sistemática lleva a entender que solo a través de la estricta aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 124.1 de la Ley -existencia de resolución judicial o acta de infracción- se puede entender existente el supuesto de arraigo laboral previsto en dicho precepto."***

De lo expuesto se deduce que en el presente caso el Tribunal se suma a la tesis defendida por el TSJ de Canarias, en cuanto que integra la necesidad de existencia de Sentencia o Resolución administrativa dentro del supuesto de hecho. Ahora bien, esta Sentencia cuenta con un voto particular formulado por la Magistrada Ilma. Dª. Ana Martínez de Olalla, que, en contradicción con lo razonado y concluido por el Tribunal, recoge que:

***"Estos son los requisitos que se exigen para estar en esa situación y la cuestión, a mi entender, es si lo que establece el párrafo segundo de ese precepto, limita la documentación que puede presentar el extranjero para acreditar esa situación."***

***"...con arreglo al art. 128.1.c) del Reglamento de Extranjería y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 77.1 de la Ley 39/2015 y la doctrina constitucional citada, el extranjero que solicita la autorización de residencia temporal por arraigo laboral puede presentar cualquier documentación a través de la que acredite los requisitos exigidos en el art. 124.1, párrafo primero para apreciarlo, entre la que se puede encontrar, por supuesto, la mencionada en su párrafo segundo"***

Adviértase que el voto particular, se separa de la teoría del supuesto de hecho defendida por la Sentencia e introduce, con meridiana claridad, el problema de la restricción de medios de prueba del párrafo segundo del artículo 124.1 RLOEX como una limitación *contra Legem*, invocando para ello el artículo 128.1.c) RLOEX (c. *Documentación acreditativa de encontrarse en alguna de las situaciones a las que se refieren los artículos anteriores*), y el artículo 77.1 LPAC (1. *Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*).

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 124.1 RLOEX; FIJACIÓN DE DOCTRINA POR EL TRIBUNAL SUPREMO (STS 452/2021, de 25 de marzo; STS 599/2021, de 29 de abril; y STS 643/2021, de 6 de mayo)

Y con ello llegamos a la STS 452/2021, de 25 de marzo (RJ\2021\1375). En esta Sentencia la Sala tercera del Tribunal Supremo, tal y como acogió el Auto de 7 de octubre de 2020 (JUR\2020\290377), se enfrentaba al reto de concretar “*...si, para poder obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral, es imprescindible o no que la acreditación de la relación laboral y de su duración lo sea exclusivamente a través de los medios establecidos en el párrafo segundo del artículo 124.1 del Real Decreto 557/11, de 20 de abril (RCL 2011, 811, 1154) , 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 la Ley Orgánica 2/2009 (RCL 2009, 2428) , precisando si se trata de una enumeración tasada o no.*”

Pues bien, el Alto Tribunal, con acogimiento de la sugerencia planteada por el Defensor del Pueblo de 12 de junio de 2017, concluyó fijando como interpretación “*...que para poder obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral no es imprescindible que la acreditación de la relación laboral y de su duración lo sea exclusivamente a través de los medios establecidos en el párrafo segundo del art. 124.1 del Real Decreto 557/11, de 20 de abril (RCL 2011, 811, 1154) , 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 la Ley Orgánica 2/2009 (RCL 2009, 2428) , pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba válido, incluido el certificado de vida laboral que acredite una relación laboral derivada de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia.”*

Varios son los razonamientos que, por su interés, merecen detalle y mención. Así, respecto a la interpretación del párrafo segundo del artículo 124.1 RLOEX, viene a razonar que:

*“...la interpretación propuesta por el recurrente se aleja del citado canon, pues si bien se ajusta a la dicción literal del precepto, ni es la única posible ni es la que más se acomoda al art. 24 CE. En efecto, la interpretación del párrafo segundo del art. 124.1 del RD 557/2011, y la aparente imperatividad de su dicción literal debe ponerse en relación con el art. 128.1.c) de esa misma norma que no impone la aportación de ninguna documentación específica. Este precepto, al regular el procedimiento a seguir para obtener estas autorizaciones, indica que la solicitud deberá ir acompañada de la <<documentación acreditativa de encontrarse en alguna de las situaciones a las que se refieren los artículos anteriores>>, sin que efectúe restricción alguna de la documentación que pueda aportarse para acreditar encontrarse en la situación, en este caso, de arraigo laboral.”*

Tal y como se puede observar, el Tribunal, a través del presente razonamiento, se aleja de la rigidez del supuesto de hecho, en cuanto que rechaza que las únicas relaciones laborales que habiliten el acceso a la autorización por arraigo laboral sean las declaradas en Sentencia Judicial o Resolución Administrativa. Para ello se ampara, ex art. 24 CE mediante, en lo prevenido en el artículo 128.1.c) RLOEX respecto al procedimiento, en cuanto que, según recoge, dicho precepto no efectúa restricción alguna sobre la documentación que puede aportarse para probar la realidad de la relación laboral.

El Tribunal viene a motivar lo anteriormente expuesto a través de los siguientes argumentos:

*“...no es, ni puede ser, rectamente interpretado, la de restringir los medios de prueba del arraigo laboral, sino, por el contrario, la de facilitar la prueba del mismo cuando tenga sobre la base relaciones laborales clandestinas, precisamente, por la dificultad de prueba que de tal circunstancia deriva. El precepto pretende, pues, salir al paso de los problemas que pueden plantearse para acreditar situaciones en las que el arraigo provenga de relaciones laborales ilegales, ocultas o clandestinas, pero no tiene por objeto restringir el concepto mismo de arraigo laboral a un tipo específico de relación*

*laboral, la ilegal o clandestina, ni mucho menos imponer la obligación de denunciar la ilegalidad de la situación laboral a quien la padece. Nada de ello cabe colegir de la definición que del arraigo laboral se contiene en el apartado primero del precepto.*

*La interpretación que nos propone el recurrente, por la vía de una indebida restricción de los medios de prueba del arraigo laboral, a lo que realmente conduce es a una restricción del concepto mismo de arraigo laboral que quedaría circunscrito a las relaciones laborales clandestinas y, dentro de éstas, a las que hayan sido denunciadas ante la Inspección de Trabajo o ante los Tribunales, y la acotación en estos términos del concepto de arraigo laboral ni se desprende de la ley (art. 31.1 LOEx) ni cabe deducirlo de los términos en los que el reglamento se refiere al arraigo laboral que se limitan a aludir a "la existencia de relaciones laborales", sin más calificativo. El precepto sólo exige, además de carecer de antecedentes penales, demostrar, dentro de los márgenes temporales que indica, "la existencia de relaciones laborales" sin distinción alguna, y eso incluye cualesquiera relaciones laborales, las clandestinas, hayan aflorado o no ante la Inspección o los Tribunales, y las no clandestinas, como v.gr. -y éste es el caso de autos-, las que hayan podido concertarse al amparo de anteriores autorizaciones de residencia cuya vigencia hubiera expirado."*

Es decir, el TS viene a secundar la tesis doctrinal del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla – STSJ 464/2018, de 11 de mayo –, al entender que en el precepto tienen cabida tanto las relaciones clandestinas como las ejercidas al amparo de autorizaciones previas.

Especial trascendencia tiene el pronunciamiento del Tribunal sobre las alegaciones realizadas por la parte recurrente (Abogacía del Estado):

***“Considera la Abogacía del Estado que esta interpretación convierte en superflua la existencia misma de la renovación de las autorizaciones de residencia cuyos requisitos, establecidos en el art. 71 ROEx, ya no sería necesario cumplir nunca, pues bastaría -dice- haber trabajado los primeros seis meses de la estancia en España para obtener <<una suerte de arraigos laborales perpetuos e indefinidos hasta llegar a la autorización de larga duración>>. Ahora bien, esta situación, no sólo supondría una clara actuación en fraude de ley, sino que se trata, realmente, de un supuesto en el que lo que falta es el arraigo laboral mismo que, por su propio concepto, alude siempre a una relación laboral que debe ser cercana en el tiempo al momento de pretenderse la autorización que en él se base.”***

Adviértase que el Tribunal, a través del reproducido extracto, abre la posibilidad a que la Administración no se quede en la mera formalidad del documento aportado, sino que entre al fondo de la relación laboral a los efectos de comprobar y verificar su real desempeño y que, aquella, es compatible con la situación de arraigo laboral prevista en el Reglamento.

Este pronunciamiento se vio completado a través del STS 599/2021, de 29 de abril, dictado igualmente por la Secc. 5ª de la Sala Tercera (RJ\2021\2318), que remitiéndose a los razonamientos de la STS 452/2021, de 25 de marzo, viene a cerrar el marco interpretativo del precepto al concretar, respecto al ámbito temporal, que:

*“...que, para poder obtener la autorización de residencia por razones de arraigo laboral a la que se refiere el artículo 124.1 del Reglamento de Extranjería, el solicitante deberá acreditar que, dentro de los dos años anteriores a la solicitud, ha tenido relaciones laborales en España con una duración no inferior a seis meses.”*

El Tribunal, a los efectos de motivar la conclusión alcanzada establece como *iter argumental* que:

*“...Si dicha norma permite que, de manera excepcional, puedan obtener la autorización de residencia temporal en España quienes tengan una especial vinculación con nuestro país por razones de arraigo laboral, social o familiar, carecería de sentido permitir que esa autorización -que, enfatizamos, es excepcional- pudiera ser obtenida también por otras personas que no tuvieran esa vinculación especial con nuestro país, ya sea porque nunca la tuvieron o porque, aun habiéndola tenido en el pasado, aquélla desapareció por razón de su lejanía temporal -superior a dos años, en nuestro caso- respecto del momento de la solicitud.”*

Cabe apuntar que los pronunciamientos expuestos, han sido confirmados en su integridad por, entre otras, la STS 643/2021, de 6 de mayo (RJ\2021\2340).

ADAPTACIÓN DE LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA A LA STS 452/2021, de 25 de marzo; INSTRUCCIÓN SEM 1/2021 SOBRE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL POR RAZONES DE ARRAIGO LABORAL

En respuesta a la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la Secretaría de Estado de Migraciones dictó en fecha 8 de junio de 2021, la Instrucción SEM 1/2021, sobre el procedimiento relativo a las Autorizaciones de Residencia Temporal por razones de Arraigo Laboral, con el fin de adaptar la actuación administrativa a la interpretación que, del artículo 124.1 RLOEX, fijó el Alto Tribunal, de la que cabe destacar las siguientes premisas:



“1.3.2.3. Número de empleadores.

*Será irrelevante a los efectos de entender que la relación laboral tiene entidad suficiente para permitir el acceso al arraigo laboral (1.3.2.4.) que haya habido uno o varios empleadores. Ahora bien, cuando existan varios empleadores cuya actividad se desarrolle coetáneamente en el tiempo no computarán como actividades separadas que permitan la obtención del arraigo más de una vez.”*

“1.3.2.4. Exclusión de las relaciones laborales sin entidad suficiente para permitir el acceso al arraigo laboral.

*No se entenderán cumplidos los requisitos del artículo 124.1 del ROEx cuando se acrediten relaciones laborales que no tengan la entidad suficiente como para entender que no se desvirtúa el sentido del precepto y se actúa en fraude de Ley.*

*El salario percibido por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena de cada una de las relaciones laborales que se acrediten, deberá ser una cuantía igual o superior al salario mínimo interprofesional que corresponda en base al real decreto al que se refiere el artículo 27 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre o el que proporcionalmente corresponda cuando se trate de contratos a tiempo parcial.*

*La relación laboral o en su caso las relaciones laborales que acontecen de forma coetánea deberán representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.”*

“1.3.5. Observación de fraude de ley, mala fe o abuso de derecho.

*Cuando el extranjero hubiera obrado de mala fe abusando de su derecho o en fraude de ley, con el único fin de obtener la autorización de arraigo laboral no procederá su concesión. En estos casos se estará a las reglas generales establecidas en los artículos 6 y 7 del Código Civil.”*

“2. Procedimiento para solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral.

(...)

*Solamente se podrá solicitar autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral cuando el extranjero se encuentre en situación irregular en España. Ello implica que en todos los casos cuando la relación laboral se haya realizado al amparo de una autorización de residencia su vigencia deberá haber expirado en el momento de solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral.*

*En ningún caso una misma relación laboral podrá dar lugar a la generación de varias autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral. En aquellos casos en los que varias relaciones laborales con distintos empleadores se hayan dado*

*de forma coetánea en el tiempo, estas serán consideradas como una sola a los efectos de solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral.*

(...)"

Como puede apreciarse, la Instrucción dictada por la Secretaría de Estado viene a limitar de manera evidente los efectos de la interpretación fijada por el Tribunal Supremo, en cuanto que, con independencia del marco temporal en el que se hayan desarrollado la actividad laboral, siempre que sea con el mismo empleador – da igual que se haya extendido durante un ámbito temporal que abarque dos anualidades –, tan solo podrá ser invocada un sola vez, Así, como expone en su punto 2, en ningún caso una misma relación laboral podrá dar lugar a la generación de varias autorizaciones de residencia.

A ello tenemos que sumar que incluso aquellas actividades laborales que se hayan desarrollado de manera coetánea en el tiempo con varios empleadores-, computarán como una sola a los efectos de habilitar el acceso a la autorización por arraigo laboral.

De igual manera hace constar la competencia y capacidad para entrar a controlar la “entidad” de la relación laboral invocada como vía de acceso. Es decir, abre la posibilidad de que la Administración fiscalice la relación laboral más allá de su mera formalidad documental, máxime si tenemos en cuenta que conecta el fraude de ley con los a tal efecto dispuesto en los artículos 6 y 7 del código civil respecto al abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

Por otro lado, traslada la necesidad, ya acogida en el art. 124.2 RLOEX, de que el salario de la relación laboral habilitante sea igual o superior a la SMI, añadiendo, respecto a los contratos a tiempo parcial y su posible concatenación, que deberán representar una jornada laboral no inferior a 30 horas en cómputo semanal.

Por último, cabe destacar también el hecho de que el acceso a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral tan sólo será viable desde una situación de irregularidad. Esto implica que, aun viniendo de una situación de regularidad previa, dicha autorización tan solo podrá ser instada una vez decaída la autorización previa.

Es evidente que, a la vista de lo establecido en la citada Instrucción, deberemos esperar a que lo Tribunales determinen, a través de su práctica diaria, el encaje legal y proyección de las limitaciones establecidas.

## CONCLUSIONES

1ª.- El Tribunal Supremo a través de las Sentencias citadas (SSTS 452/2021, de 25 de marzo; 599/2021, de 29 de abril; y 643/2021, de 6 de mayo) ha venido a clarificar, cerrando con ello la controversia doctrinal generada y procurando la necesaria seguridad jurídica, la interpretación y consecuente aplicación del artículo 124.1 RLOEX.

2ª.- En cuanto al tenor de los pronunciamientos, el Alto Tribunal no hace crítica o reproche del desarrollo reglamentario que, del artículo 31,3 LOEX, ha realizado por el ejecutivo.

Cabría haber esperado una mayor contundencia en la Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 452/2021, de 25 de marzo y 599/2021, de 29 de abril), ya que la conclusión interpretativa alcanzada en aquellas no concilia con el literal de lo recogido en el párrafo segundo del supuesto de hecho del artículo 124.1 RLOEX. Al final, como ya se ha expuesto a lo largo de esta ponencia, dicho precepto determina que tan solo tendrán trascendencia habilitante, a los efectos de colmar el acceso a la autorización por arraigo laboral, aquellas actividades que hayan sido declaradas por Sentencia Judicial o Resolución Administrativa, exigencia, la anterior, que no puede ser salvada por una interpretación extensiva del artículo 128.1.c) RLOEX, circunstancia por la cual hubiera debido concluir, a la vista de lo razonado, en la nulidad del párrafo segundo del artículo 124.1 RLOEX.

3ª.- Sin perjuicio de lo anterior, la interpretación fijada por el Tribunal Supremo no se va a convertir en una vía paralela, por analogía, a la renovación.

El hecho de que tan sólo se pueda acceder a la autorización por arraigo laboral desde una situación de irregularidad, conlleva la interrupción del *iter* de regularidad necesario para poder acceder al estatuto de residente larga duración. Así, por ejemplo, un ciudadano extranjero que, habiendo residido bajo el amparo de una autorización durante un periodo de tres años, no hubiere conseguido renovar su autorización, podrá, si acredita el desarrollo de actividad laboral durante un periodo de seis meses en los dos

último años desde el momento de la solicitud, acceder a la autorización por arraigo laboral, pero ello implicaría iniciar *ex novo* el periodo de regularidad continuada – cinco años – para poder acceder al título de residente de larga duración.

4ª.- El TS faculta a la Administración para fiscalizar la entidad de la relación laboral invocada, en cuanto a su realidad, más allá de su presencia en el expediente administrativo, a través de la comprobación de su ejecución y desarrollo en tiempo y forma. Es decir, no bastará con la mera acreditación documental.

5ª.- Habrá que esperar a la fiscalización y control que los Tribunales realicen de las instrucciones dictadas por la Secretaría de Estado de Migraciones, ya que, a día de hoy, no existe bagaje doctrinal suficiente para determinar su encaje en la norma y, por ende, su legalidad.

#### BIBLIOGRAFIA: Normativa estudiada y Jurisprudencia

##### 1.- Normativa estudiada:

.- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

.- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de Extranjería, derogado en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

.- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el vigente reglamento de Extranjería.

.- Instrucción de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 3 de agosto de 2005, sobre Arraigo Laboral

.- Instrucción SEM 1/2021, sobre el procedimiento relativo a las Autorizaciones de Residencia Temporal por razones de Arraigo Laboral dictada por la Secretaría de Estado de Migraciones en fecha 8 de junio de 2021.

## 2.- Jurisprudencia:

- .- STS de 10 de enero de 2007 (Rec. 39/2005).
- .- STSJ de Galicia (Secc. 1ª) 336/2017, de 20 de junio (JUR\2017\188984).
- .- STSJ de Canarias 239/2017 de 30 de junio (Roj: STSJ ICAN 1622/2017).
- .- STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 464/2018, de 11 de mayo (JUR\2018\254146).
- .- Sentencia 43/2019, de 26 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Ciudad Real (JUR\2020\189302).
- .- STSJ de Andalucía, Granada, núm. 417/2020 de 27 de febrero, (Roj: STSJ AND 417/2020).
- .- STSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 391/2021, de 9 de abril (JUR\2021\185585).
- .- ATS de 7 de octubre de 2020 (JUR\2020\290377).
- .- STS 452/2021, de 25 de marzo (RJ\2021\1375).
- .- STS 599/2021, de 29 de abril (RJ\2021\2318).
- .- STS 643/2021, de 6 de mayo (RJ\2021\2340).

## 3.- Otros:

- .- Sugerencia planteada por el Defensor del Pueblo de 12 de junio de 2017

Vitoria – Gasteiz a 25 de noviembre de 2021.