

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2022/2023
Convocatoria: julio

EL ARRAIGO LABORAL DEL TRABAJADOR EXTRANJERO
THE LABOR ROOTS OF THE FOREIGN WORKER

Realizado por el alumno D. Samuel Vera Mendoza. 45.939.450-F.

Tutorizado por la Profesora D^a. Mónica Molina García.

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



ABSTRACT

A foreign worker may work in Spain as an employee or self-employed person, provided that he or she has one of the administrative authorisations provided for in Spanish law. However, there are many situations that do not fall under the general regime, in which workers find themselves in an irregular administrative situation, mainly due to lack of authorisation or its expiry. In these cases, regularisation depends on the so-called extraordinary regularisation processes, as well as on the application of employment roots, which can be social, family and employment-based. The latter is a fundamental instrument in the regularisation and integration of foreign workers in our country.

Key Words: labor roots, foreing worker, regularization processes, work permits.

RESUMEN

El trabajador extranjero puede realizar una actividad laboral, por cuenta propia o ajena, en España siempre que cuente con una de las autorizaciones administrativas previstas para ello en nuestra legislación. Sin embargo, son abundantes las situaciones que escapan del régimen general previsto, donde las personas trabajadoras se encuentran en una situación administrativa irregular, principalmente por la inexistencia de la debida autorización, o por la expiración de ésta. En estos casos, la regularización depende de los denominados procesos extraordinarios de regularización, así como de la vía extraordinaria del arraigo, donde debe diferenciarse el social, el familiar y el laboral. Siendo este último instrumento fundamental en la regularización e integración de los trabajadores extranjeros en nuestro país.

Palabras clave: arraigo laboral, trabajador extranjero, procesos de regularización, permisos de trabajo.

ABREVIATURAS

CE. Constitución Española.

LOEx. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

ROEx. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

RD 864/2001. Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

RD 2393/2004. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Instrucción SEM 1/2021. Instrucción de la Secretaría de Estado de Migraciones 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral.

T.S. Tribunal Supremo.

T.S.J. Tribunal Superior de Justicia.

A.P. Audiencia Provincial.

S.T.S. Sentencia del Tribunal Supremo.

I.T.S.S. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

O.E. Oficina de Extranjería.

N.I.E. Número de Identificación de Extranjero.

T.I.E. Tarjeta de Identificación de Extranjero.

ÍNDICE

1.- Introducción.	5
2.- El acceso del trabajador extranjero al trabajo en España.	7
2.1.- Sistemas ordinarios y extraordinarios. Clasificación.	7
3.- Situaciones de irregularidad y procedimientos de regularización.	10
3.1.- Los procesos de regularización extraordinaria.	12
4.- El arraigo. Concepto y clasificación.	15
4.1.- El arraigo laboral.	22
4.1.2.- Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 452/2021 de 25 de marzo.	29
4.1.3.- Especial referencia a las Sentencia del Tribunal Supremo 599/2021, de 29 de abril.	32
5.- Conclusiones.	34
6.- Bibliografía.	36

1.- Introducción.

Tradicionalmente en los países miembros de la Unión Europea, vista la necesidad de dar cobertura a determinados puestos de trabajo, las políticas de inmigración han estado dirigidas, fundamentalmente, en proporcionar y establecer vías legales de estancia y/o residencia, que lleven aparejada habilitación para trabajar. Para, en definitiva, cubrir determinados puestos de trabajo vacantes, para los que no existen trabajadores nacionales, con trabajadores extranjeros.

Así, los sistemas regulatorios imperantes en todos los países miembros es el de la autorización administrativa previa a la estancia y/o residencia del trabajador extranjero en el país. Es decir, la obtención de un visado que habilite a ejercer -o buscar-, por cuenta propia o por terceros, la actividad laboral.

En este sentido, en España, los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán para ejercer cualquier actividad lucrativa, profesional o laboral en España, de la correspondiente autorización administrativa previa para ejercer actividad laboral. Así, las autorizaciones de trabajo que pueden obtenerse será una de las que a continuación se enumeran: (1) residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, (2) residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE, (3) residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, (4) residencia temporal y trabajo por cuenta propia, (5) residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, (6) estancia/residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo, (7) residencia por reagrupación familiar con habilitación para trabajar, (8) residencia por circunstancias excepcionales por arraigo o protección

internacional con habilitación para trabajar, (9) autorización de trabajo a titulares de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público, (10) residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, (11) residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas, (12) residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de la trata de seres humanos, (13) autorización para trabajar a titulares de autorización de estancia por estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, (14) autorización de trabajo para trabajadores transfronterizos, (15) residencia de larga duración, (16) residencia de larga duración-UE, y (17) otros regímenes aplicables a casos muy concretos.

Observamos que la evolución de este tipo de autorizaciones administrativas se ha ido adaptando, en las numerosas modificaciones de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, a las diferentes casuísticas existentes en el panorama nacional e internacional y a sus consecuentes flujos migratorios.

Pese a ello, la realidad es que la elevada cifra de extranjeros en situación irregular que acceden al mercado laboral en nuestro país, y probablemente el fracaso de las políticas de inmigración, ha propiciado la aparición de sistemas paralelos, en ocasiones temporales y extraordinarios, que,

ponderando los intereses y necesidades individuales del trabajador extranjero así como los intereses generales, permitan la normalización *de iure* de la situación irregular de estos trabajadores. Garantizando como fin último la inserción social y laboral de los extranjeros en nuestro país.

2.- El acceso del trabajador extranjero al trabajo en España.

2.1. Sistemas ordinarios y extraordinarios. Clasificación.

Son dos los grandes bloques o sistemas que permiten la introducción de trabajadores extranjeros al mercado laboral. En primer lugar, el sistema normal u ordinario, que viene determinado por el régimen general y el contingente. Cuando nos referimos a este régimen ordinario, hablamos exclusivamente de la forma regular de entrada al territorio nacional, que es el visado, el cual debe tramitarse y concederse antes de la entrada a España, en el país de origen. Fuera de esos casos, el trabajador se encontraría en situación irregular, puesto que accede a España sin la correspondiente autorización administrativa.

Es en estos casos donde cobra relevancia el sistema especial o extraordinario, definido por los procesos de regularización y por el denominado *arraigo*. Que, por tratarse del eje principal de este T.F.G. serán tratados en un epígrafe independiente. Esta clasificación puede considerarse el criterio mayoritario, pero no es pacífica en la doctrina. Primordialmente, porque la LOEx, en su artículo 42 sólo caracteriza como *especial* al régimen donde se incardinan los trabajadores de temporada y guarda silencio sobre el resto de los regímenes. Y, a mayor abundancia, no tipifica directamente

como *general* al régimen determinado por las autorizaciones de residencia y trabajo¹.

Retomando el régimen general, es decir, las solicitudes individualizadas de autorización de residencia y trabajo, debe señalarse que estas suponen la existencia de una oferta concreta de trabajo dirigida a un trabajador extranjero concreto, previa constatación de que no hay demandantes de empleo en España para cubrir dicha oferta en el momento de la solicitud². Sirviéndose para ello de la situación nacional de empleo y/o debiendo probar que ha gestionado la oferta de empleo mediante el Servicio Público de Empleo, conforme al artículo 65 del ROEx. De manera que, si no es posible cubrir dicho puesto, el Servicio Público de Empleo, emite certificado de insuficiencia. Mediante el cual será posible tramitar la solicitud.

Por su parte, el régimen contingente, es un mecanismo según el cual los trabajadores extranjeros, que no se encuentren o no residan en España, acceden al mercado laboral. Estos trabajadores son seleccionados en sus países de origen en función de la situación nacional de empleo, motivo por el cual, la persona extranjera no puede optar a esta modalidad una vez se encuentre en España, sino que debe solicitar un visado antes de entrar a nuestro país, que será otorgado según la situación nacional de empleo, de acuerdo con el artículo 39.1 de la LOEx.

¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 63. pág. 139-140.

² AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 63. pág. 176.

A los efectos de determinar la situación nacional de empleo se tiene en cuenta el *Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura*, previsto en el artículo 65.1 del ROEx, que es elaborado trimestralmente por las provincias e islas conforme a las reglas establecidas en la Resolución de 14 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal. Este catálogo comprende aquellas ocupaciones en las que los Servicios Públicos de Empleo han encontrado dificultad para gestionar las ofertas de empleo que los empleadores presentan a dichos entes públicos, cuando tratan de cubrir puestos de trabajo vacantes. Por tanto, la presencia de una ocupación concreta en dicho catálogo implicaría la posibilidad de tramitar la autorización de residencia y trabajo. En este sentido, el régimen general, posibilita la tramitación de solicitudes de autorización individualizada para trabajar, por cuenta propia o ajena, de quienes se encuentran en su país de origen y soliciten un visado de residencia y trabajo conforme al artículo 25 bis LOEX. Las profesiones que habitualmente se incluyen en este catálogo se han venido repitiendo trimestralmente desde el año 2005, y son, principalmente, las relacionadas con las actividades marítimo-pesqueras. Destacando en el primer trimestre de 2023 los Mecánicos Navales, Jefes de Máquinas de la Marina Mercante, Oficiales Radioeléctricos, Bomberos de Buques, entre otros. Y las relacionadas con las actividades deportivas: Deportistas profesionales y Entrenadores deportivos.³

Volviéndonos a referir el sistema del contingente, por acuerdo del Consejo de Ministros, debe aprobarse una relación aproximada de las características de los puestos de trabajo a cubrir en el plazo de un año

³ Véase: Resolución de 17 de junio de 2022, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2022.

natural, así como el número provisional de ofertas o puestos a cubrir, preferentemente orientadas a los países que hayan firmado con España acuerdos sobre la regulación de flujos migratorios, de acuerdo con los artículos 39.3 de la LOEx y 167 del ROEx. En estos términos, parte de la doctrina entiende que el régimen contingente debe ser la vía de acceso normal al mercado de trabajo, toda vez que permite la planificación de la política laboral migratoria⁴. Sin embargo, no cabe duda de la complementariedad y coexistencia entre ambos regímenes, y es abundante la doctrina que habla de un verdadero régimen mixto⁵.

3.- Situaciones de irregularidad y procedimientos de regularización

Situado el sistema ordinario de acceso al mercado laboral de los extranjeros, es evidente que es elevado el número de trabajadores extranjeros que entran y permanecen en nuestro país de forma irregular, es decir, sin las autorizaciones administrativas necesarias de las que anteriormente se hacía referencia. La situación de irregularidad más común es la entrada con un visado válido, pero permaneciendo en el territorio nacional una vez pasado el plazo de este o modificando el propósito de la estancia. En este sentido, la casuística es muy amplia, pero todas las situaciones tienen en común la falta de autorización administrativa para residir y trabajar⁶:

⁴ SERRANO VILLAMANTA, José-Francisco. *El trabajo de los extranjeros: el derecho sustantivo*. Regulación legal de la extranjería e inmigración en España. Universidad Pontificia Comillas.

⁵ Entre otros: AGUELO NAVARRO, Pascual y CHARRO BAENA, Pilar. *El contingente de trabajadores extranjeros*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 2, pág. 70.

⁶ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 63, pág. 177.



- Los que realizan una actividad laboral, pero que carecen de la pertinente autorización de trabajo porque han entrado en el territorio nacional con una finalidad exclusiva de estancia o residencia (visado de tránsito o estancia o autorización de residencia temporal) sin realizar los trámites administrativos establecidos legalmente para el visado de residencia y trabajo en su país de origen.
- Los que obtienen una autorización de trabajo para un sector determinado geográfico o una actividad concreta y realizan servicios en un lugar o actividad distinto al autorizado.
- Los que no han obtenido la renovación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena que inicialmente se concedió.
- Los que tienen una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada y que finalizada la relación laboral no retornan al país de origen, sino que deciden realizar servicios para otro empleador, careciendo de la autorización correspondiente.
- Los que acceden al territorio español con un visado de búsqueda de empleo y que, transcurrido el plazo de estancia sin haber obtenido un contrato de trabajo, deciden permanecer en España.

- Los que entran en territorio español, con el correspondiente visado de estudios y finalizado o no el curso para el cual se matricularon o el trabajo de investigación correspondiente, permanecen en España para prestar servicios a un empresario.

Se estima que a finales de 2019 había entre 390.000 y 470.000 personas en esta situación, entre 6 y 20 veces más que en 2014 (dependiendo de la metodología comparativa). La horquilla supone entre el 11% y el 13% del total de inmigrantes extra-comunitarios y alrededor del 0,8% de la población total que reside en España⁷. Ante estas situaciones surgen procesos normativos que permiten regularización de la situación de estos trabajadores: los procesos de regularización extraordinaria y la autorización de residencia -y trabajo- por arraigo.

3.1.- Los procesos de regularización extraordinaria.

El artículo 79.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, señala que la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.

⁷ GÁLVEZ INIESTA, Ismael y FANGUL, Gonzalo. Universidad Carlos III de Madrid y Fundación PorCausa.

Estos mecanismos consisten en la concesión de autorizaciones administrativas a aquellos extranjeros que cumplan los requisitos exigidos por la norma que apruebe el proceso de regularización concreto. Se denominan extraordinarios porque se alejan del sistema normal de acceso al trabajo que deben seguir los extranjeros, pero, sobre todo, porque vienen definidos por unos requisitos -principalmente temporales- muy concretos. Fuera de los cuales no es posible acceder a la regularización⁸.

Así, las regularizaciones extraordinarias han sido comunes en la política migratoria de la Unión, y habituales desde la década de los noventa, sobre todo en los países del sur, principalmente motivadas en aras de la lucha contra economía sumergida. Según datos de la última proposición de ley para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España de 24 de febrero de 2023, sólo en la UE, entre 1996 y 2008 se llevaron a cabo 43 programas de regularización en 17 Estados miembros. Las regularizaciones más recientes fueron las realizadas por Portugal e Italia durante la pandemia. Por su parte, en España se han implementado seis procesos de regularización, el último en el año 2005⁹. La mayoría de ellos coincidente con una reforma en la Ley de extranjería.

En este sentido, la disposición transitoria tercera de la citada norma permitía la regularización de estos trabajadores siempre que la solicitud, junto con la documentación necesaria, se aportara en el plazo máximo de tres meses de la entrada en vigor. La fijación y desarrollo de los requisitos

⁸ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 63. pág. 178.

⁹ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

necesarios para optar a la regularización, vino determinada por la Orden PRE 140/2005 de 2 de febrero. Entre ellos se requería que el trabajador figurase empadronado en un municipio español antes del 7 de agosto de 2004 y además se encontrase en España, aunque después se permitiese acreditar la permanencia en España por otras vías¹⁰. Que el empresario haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo de un mínimo de 6 meses, salvo que se trate del sector agrario, donde se rebajó a 3 meses. Que las empresas estuviesen inscritas en el régimen del Sistema de Seguridad social y al corriente de sus obligaciones fiscales y de las cuotas de la seguridad social. Que las condiciones del contrato se ajustarán a la legalidad vigente. Que el trabajador poseyera la correspondiente titulación o capacitación para el ejercicio de la profesión. Que el trabajador carezca de antecedentes penales y no tenga prohibida su entrada en España. Finalmente, presentadas las solicitudes por parte de los empleadores, si la solicitud era favorable, la concesión de la autorización quedaba sujeta al alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes. Se presentaron un total de casi 700.000 solicitudes, de las cuales la inmensa mayoría fueron resueltas favorablemente¹¹.

Como diferencia destacable con respecto de los procesos de regularización anteriores se encuentra el plazo de duración de la

¹⁰ Resolución de 15 de abril de 2005 de la Subsecretaría por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad.

¹¹ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 63. pág. 186.

autorización, el cual estaba limitado a un año, transcurrido el cual, el trabajador podría volver a la situación de irregularidad si no se renovaban sus autorizaciones. En definitiva, observamos como este tipo de procesos, viene caracterizados por su temporalidad y generalidad. Toda vez que se acuerdan cuando el número de trabajadores en situación irregular se considera alto, y van dirigidos a todos los trabajadores en situación irregular que cumplan los requisitos que, en la norma que acuerde el proceso de regularización, se establezcan. El pasado, 24 de febrero de este año se aprobó la *Proposición de Ley 120/000026, para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España*¹². La cual, mediante artículo único, prevé que: *el Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá, en el plazo de 6 meses, un procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de noviembre de 2021.*

4.- El arraigo. Concepto y clasificación.

La Constitución española, en su artículo 149.1. 2ª establece que el Estado tiene la competencia exclusiva en “*Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”. Por su parte, el artículo 38.8 de la LOEx establece que “*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*”. Una vez establecidas las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, se

¹²120/000026 Proposición de Ley para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España. Presentada por don Augustin Marie Ndour Ndong y otros.

centrará el estudio en un análisis breve de la evolución normativa del arraigo.

Así, la evolución normativa del arraigo en nuestra legislación es amplia, el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en su artículo 21.1.c), ya regulaba el término de arraigo, pero en dicho artículo no se recogía una definición de este. Posteriormente, el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, reguló más requisitos del arraigo, pero no fue hasta la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que modificó los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 29, añadiéndose dos nuevos apartados y pasando a ser el artículo 31, que se produjo una regulación expresa del término arraigo y se introdujo de forma explícita esta figura jurídica¹³. Estas regulaciones fueron ampliamente modificadas por diversos Reales Decretos posteriores¹⁴, pero esta figura adquiere relevancia cuando finalizan los procesos de regularización extraordinaria, especialmente el del año 2005. El cual vino determinado por vincular la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo a la existencia de una futura relación laboral. Se exigió que los empresarios fuesen los que presentaran la solicitud de autorización y el contrato de trabajo que les vinculaba con el extranjero al que se le pretendía

¹³ ROLDÁN SÁNCHEZ-ARÉVALO, Clara. *Las modificaciones en la regulación del arraigo (...)*. Revista de derecho migratorio y extranjería. nº 59/2022. Págs. 95-116.

¹⁴ Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre⁴⁴ (RD 864/2001), determinando qué debía entenderse por arraigo, regulación que no se vio exenta de modificaciones por el RD 2393/2004. Posteriormente, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre reformó nuevamente la normativa establecida en la regulación del arraigo, produciéndose su desarrollo reglamentario mediante el RD 2393/2004 en su artículo 45, siendo los RD de 2001 y 2004 los que establecieron procedimientos y modalidades de arraigo.

aplicar la regularización. De este modo, si la resolución era favorable, la vigencia de la autorización, que salvo prórrogas tendría una duración de 1 año, quedaba condicionada al alta efectiva del trabajador en la Seguridad Social. Por lo que, ya fuese por la expiración del año de vigencia, o por no producirse la afiliación en la Seguridad Social, existía la posibilidad de que el trabajador volviese a entrar en una situación administrativa irregular. Así el arraigo se convierte en un instrumento jurídico extendido en el derecho del trabajo y de extranjería, el cual permite regularizar esas situaciones que escapan de las vías normales de acceso al trabajo, y de los mecanismos de regularización extraordinaria.

Hoy, la LOEx y el ROEx, establecen dos criterios que clasifican las situaciones administrativas en la que los extranjeros pueden encontrarse en España. En primer lugar, el criterio temporal que distingue entre estancia, la cual no puede exceder de un periodo de más de 90 días de permanencia en el territorio nacional; la residencia temporal, la cual se refiere a la permanencia por un periodo superior a 90 días pero inferior a 5 años, siendo necesaria cualquiera de las autorizaciones administrativas o visados vigentes; y finalmente, la residencia de larga duración, la cual se refiere a aquellas autorizaciones de residencia y trabajo por tiempo indefinido, equiparable a la condiciones de los trabajadores nacionales. En segundo lugar, el criterio causal, caracterizado, ahora sí, por las autorizaciones de residencia y trabajo temporales por situaciones de arraigo o humanitarias, en cuyo caso no es exigible el visado. Cuya regulación se encuentra en el artículo 31.3 de la LOEX: *“La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras*

circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado”. Igualmente, el artículo 123.1 del ROEx establece que “De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes”.

Por su parte, la jurisprudencia entiende al arraigo como un concepto jurídico indeterminado, que se ha venido perfilando conforme a las interpretaciones de las normas de rango legal¹⁵. El Tribunal Supremo, realiza una interpretación extensiva¹⁶ al establecer que, es aquel vínculo que une a la persona extranjera con el lugar en el que reside, señalando que dicho vínculo puede ser de distinta naturaleza (económico, laboral, social, familiar, académico u otro), siendo este necesario para apreciar el interés del solicitante el residir en el país (pudiéndose demostrar de diferentes maneras, como se verá posteriormente). Se destaca que no se exige que la vinculación laboral y familiar se produzca de forma acumulativa porque sería una discriminación injustificada, por lo que veremos diferentes tipos de arraigo (social, familiar y laboral) en consonancia con lo establecido en el artículo 124 del ROEx.

¹⁵ NICOLÁS LIZAMA, Mercedes. *Migración, arraigo y apropiación del espacio en la recomposición de identidades socioterritoriales*. Pág. 43.

¹⁶ CARBAJAL GARCÍA, Pedro. *El concepto jurídico de arraigo en la doctrina judicial*. Pág. 2.

Asimismo, la jurisprudencia he venido delimitando situaciones concretas que deben ser interpretadas como situaciones de arraigo, y aquellas que no lo son de acuerdo con los requisitos del apartado cinco del citado artículo 31 LOEx. Entre las primeras identificamos la mera entrada en España en una determinada fecha, la oferta de trabajo que se aporta una vez iniciada la solicitud, mantener una relación afectiva salvo que se demuestre una relación estable y consolidada en el tiempo, ser titular de un N.I.E., entre otras¹⁷. Al contrario, se consideran situaciones de arraigo el hecho de seguir estudios reglados con aprovechamiento, la reagrupación familiar, haber sido titular con anterioridad de permisos de trabajo, o la demostrable y continuada permanencia en España.

Retomando el artículo 124 del ROEx, su apartado 2 delimita los requisitos que deben acreditarse para considerar que existe **arraigo social**.

En primer lugar, debe darse una situación de permanencia continuada en España de un periodo mínimo de tres años: debemos entender por permanencia continuada como aquella en la que no existen ausencias mayores de 120 días computables en los tres años señalados.

En segundo, lugar se requiere la inexistencia de antecedentes penales, tanto en España, en el país de origen, o en aquel que haya tenido residencia el solicitante.

¹⁷ CARBAJAL GARCÍA, Pedro. Op. Cit. Págs. 3-4.

En tercer lugar, es necesario contar con un contrato de trabajo, cuya duración no puede ser inferior a un año¹⁸. Aunque este requisito puede sustituirse siempre que se acrediten recursos económicos suficientes o la realización de una actividad laboral por cuenta propia, conforme a lo establecido en el artículo 105.3 del mismo cuerpo legal.

En cuarto lugar, se prevé la existencia de vínculos familiares con otros extranjeros residentes, o la emisión de informe por parte de la Comunidad autónoma, o la Corporación local en los casos de delegación, que acredite su integración social en el lugar de residencia. Este informe deberá hacer referencia a los distintos tipos de factores de arraigo: tiempo de permanencia en su domicilio habitual, medios económicos con los que cuente, vínculos con familiares residentes, esfuerzos de integración tales como la realización de cursos formativos, el grado de conocimiento de la lengua, entre otros. A estos efectos, los vínculos familiares que deben considerarse son, exclusivamente, los referidos a los cónyuges y a los ascendientes y descendientes de primer grado y en línea recta.

El informe ha de ser emitido y notificando al interesado en el plazo de 30 días desde que se recibe la solicitud. Que deberá ser remitido simultáneamente a la Oficina de Extranjería. En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente

¹⁸ En el sector agrario es posible la concurrencia de más de un contrato para el mismo período de duración en el que se puede concatenar dos contratos con distintos empleadores, con una mínima duración de 6 meses cada uno de ellos, o en el caso que se realice una jornada a tiempo parcial y se trabaje de forma simultánea para más de un empleador en la misma ocupación, si todos los contratos tienen una duración mínima de 1 año y cuya suma represente una jornada semanal no inferior a 30 horas en el cómputo global.

acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba¹⁹.

Cabe destacar, que, de acuerdo con el artículo 124.4, por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior, de Inclusión Seguridad Social y Migraciones, y de Trabajo y Economía Social y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social, lo que ha sido considerado por parte de la doctrina como una limitación en la aplicación del arraigo social²⁰.

En cuanto al **arraigo familiar**, siguiendo el mismo esquema que con el arraigo social, el apartado 3 del artículo 124 del ROEx establece los requisitos que deben acreditar los extranjeros que soliciten la autorización de residencia temporal por razones de arraigo familiar.²¹ En este caso los requisitos funcionan de manera independiente, es decir, no se requiere la concurrencia de todos al mismo tiempo, al contrario que en el arraigo social.

En primer lugar, se entiende la concurrencia de arraigo familiar cuando se trate de padre, madre, o tutor de un menor de edad de

¹⁹ Instrucción DGI/SGRJ/3/2011, sobre aplicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en materia de informe de arraigo.

²⁰ GARCÍA VITORIA, Ignacio. *La nueva regulación de la inmigración*. Pag. 291.

²¹ Complementado con el contenido de la Instrucciones DGM 8/2000 sobre la residencia en España de los progenitores, nacionales de terceros países, de menores ciudadanos de la Unión, incluidos españoles.

nacionalidad española, siempre que se conviva con este o se esté al corriente de las obligaciones paternofiliales.

En segundo lugar, cuando se trate de una persona que preste apoyo a otra de nacionalidad española en el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que se conviva con ella.

En tercer lugar, cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española. También cuando se trate de ascendientes mayores de 65 años, o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años, o mayores de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho.

Y, por último, cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. En todos estos casos, la autorización a conceder habilita al trabajo por cuenta propia o ajena, por un plazo de cinco años. En este sentido, el Defensor del Pueblo viene entendiendo que la duración de este tipo de autorizaciones debe extenderse por razón del vínculo, siempre que se cumplan con los deberes arriba señalados.²²

4.1.- El arraigo laboral.

²² Recomendación del Defensor del Pueblo. Queja número 18004805. Tarjeta por arraigo familiar Modificación del Reglamento de extranjería para regular la obtención de nueva tarjeta por arraigo familiar

Este concepto se introdujo tras el mencionado proceso de regularización de 2005²³. En concreto, la primera regulación que introduce este concepto fue el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, hoy derogado. En su artículo 45 se estableció la posibilidad de que, por arraigo laboral, los extranjeros podían obtener una autorización de residencia temporal y de trabajo, siempre que llevasen en España un periodo mínimo de dos años, carezcan de antecedentes penales y demuestran una relación laboral de al menos un año. Para lo cual solo se preveían dos medios de prueba: resolución judicial que reconociese la relación laboral, o acta de infracción de la ITSS²⁴.

Hoy, el arraigo laboral, se encuentra regulado en el artículo 31.3 de la LOEx, cuyo desarrollo corresponde al artículo 124.1 del ROEx, siguiendo el mismo esquema que el arraigo social y familiar. En este sentido, puede obtenerse autorización de residencia cuando, en primer lugar, se acredite la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años. Siendo que, a diferencia que en el caso del arraigo social, se considera permanencia continuada como aquella en la que no existen ausencias mayores de 90 días (y no 120) computables en el periodo mínimo de dos años (y no tres) que se señalaba. De acuerdo con la Instrucción SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia

²³ ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. *Análisis de los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales*. Pág. 182.

²⁴ TRINIDAD GARCÍA, María-Luisa y MARTÍN MARTÍN, Jaime. *Novedades en la residencia temporal, el arraigo y otras circunstancias excepcionales para residir legalmente en España tras las reformas en la Ley y el Reglamento de Extranjería*. Revista Internacional de Estudios Migratorios, 2012, núm. 007, pág. 127.

temporal por razones de arraigo laboral, se admiten documentos emitidos o registrados por la Administración, siendo la aportación de Certificado de empadronamiento requisito indispensable, aunque no único, en toda solicitud.

Por su parte, de acuerdo con la misma Instrucción, las Oficinas de Extranjería pueden solicitar los medios de prueba que considere necesarios, en cualquier momento, si la permanencia no se acredita de manera suficiente. Toda vez que la carga de probar la estancia continuada recae sobre el propio solicitante, siendo insuficiente la aportación del Certificado de Empadronamiento, al que antes se hacía referencia. En el sentido de que, debe ser complementado con otras fuentes de prueba, siendo válida cualquiera admisible en Derecho.

En segundo lugar, los solicitantes deben carecer 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. En cuyo caso se exige el certificado esté debidamente legalizado o apostillado²⁵ y traducido al español. Aunque como se verá, es doctrina jurisprudencial la exigencia de un análisis que lleve a la conclusión que, en caso de existir antecedentes penales, ellos representan un peligro para el orden público.

En tercer lugar, se requiere que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. Además,

²⁵ Para los casos de documentos exentos del trámite de legalización de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre la eliminación del requisito de la legalización de documentos públicos extranjeros.

esta relación laboral debe suponer un mínimo de 30 horas semanales en un periodo de seis meses, o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses.

Finalmente, se requiere que el solicitante se encuentre en situación de irregularidad en el momento de iniciar la solicitud. Así lo aclara la Instrucción SEM 1/2021, al señalar que, cuando la relación laboral se realice en virtud de una autorización de residencia, su vigencia deberá haber sido expirada en el momento en que se solicita la autorización de residencia temporal por razón de arraigo laboral. Esto ha sido criticado por parte de la doctrina, ya que excluye de la solicitud aquellos trabajadores que se tengan en vigor una autorización temporal y cumplen con el resto de requisitos²⁶. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia.

En cuanto al procedimiento, que se encuentra regulado en el artículo 128 del ROEx, diferenciamos, inicio, instrucción y resolución del procedimiento. Cabe señalar que es un procedimiento compartido para el resto de las solicitudes que se inician para la concesión de las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

El inicio del procedimiento debe producirse por el propio interesado, que debe personarse ante el órgano competente en función de su lugar de empadronamiento, salvo que se trate de un menor o una persona necesitada de apoyo especial para el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuyo caso

²⁶ PEY GONZÁLEZ José María. *De nuevo sobre el arraigo laboral, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril y 6 de mayo de 2021, así como la Instrucción 1/2021 de la Secretaría General de Estado de Migraciones*. Pág 5.

podrá hacerlo su representante legal. Entre la documentación a aportar al proceso resulta una copia del pasaporte o título de viaje reconocido en España, previa exhibición del original. También se precisará el contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario. Asimismo, deberá presentarse certificado de antecedentes penales o equivalente, en los términos ya analizados, donde no podrán constar hechos que pudiesen resultar delictivos conforme a nuestro Código Penal. Además, en su redacción actual, el artículo 124 señala que deberá aportarse cualquier medio de prueba que acredite la correspondiente relación laboral previa. No así en su redacción anterior que señalaba que *“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”*. Como se verá, esta reforma²⁷ es fruto de la STS 452/2021 de 25 de marzo de 2021, que unifica doctrina, y se pronuncia sobre los medios de prueba en estos procedimientos, admitiéndose no solo resolución judicial o acta de infracción de la ITSS, sino cualquier medio de prueba válido en derecho que pudiese acreditar la relación laboral. Por su parte, si en la misma solicitud se alega, además, arraigo familiar o social, deberá aportarse la documentación que acredite la filiación e informe de arraigo, respectivamente. Se prevé que se inadmitan aquellas solicitudes que ya han sido reiteradas y denegadas o de las que carecen de fundamento.²⁸

²⁷ Se modifica por el artículo único del Real Decreto 629/2022 de 26 de julio. Véase: Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril

²⁸ Véase: Disposición Adicional cuarta de la LOEx.

En la fase de instrucción, la propia Oficina de Extranjería, comprobará si la solicitud se acompaña con toda la documentación exigida. En el supuesto que sea necesario, se deberá requerir al solicitante que subsane aquellos defectos observados en el periodo inferior a un mes desde que se establece la correspondiente notificación de requerimiento. Si esto no se lleva a cabo, se archivará por desistimiento de la solicitud y se dictará la correspondiente resolución.

Dentro de la fase de instrucción se prevé la posibilidad de abrir un periodo de prueba de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 de la LPAC. La instrucción puede extenderse un máximo de tres meses desde que se inicial el procedimiento por parte del interesado, pues alcanzado dicho plazo el órgano competente, esto es, el Delegado del Gobierno o Subdelegado del Gobierno de la provincia del domicilio habitual del interesado, tal como dispone la disposición adicional primera del ROEx, deberá resolver y notificar al interesado. De manera que, si transcurre dicho periodo sin que se haya notificado resolución, esta debe entenderse desestimada por silencio administrativo²⁹.

La resolución emitida pondrá fin a la vía administrativa y se podrá interponer contra la misma un recurso potestativo de reposición o bien, acudir a la vía jurisdiccional mediante el recurso contencioso-administrativo ante los juzgados de lo contencioso administrativo, tal como establece la disposición adicional decimocuarta del ROEx y los artículos 123 y 124 de la LPAC. En caso de que la resolución fuera positiva, le notifica al extranjero la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias

²⁹ Véase: Disposición Adicional primera, duodécima y decimotercera del ROEx.

excepcionales de arraigo laboral, y tendrá un mes para solicitar la T.I.E., a cuyo efecto deberá acudir a su O.E. o Comisaría de Policía correspondiente a su domicilio. Por su parte, la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo llevará aparejada intrínsecamente una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla, con excepción de la que se conceda a los menores de edad laboral, o en casos de exención del requisito de contar con contrato por contar con medios económicos que no deriven de la realización de una actividad por cuenta propia.

En cuanto a la duración de la autorización, según el propio artículo 130 del ROEx, la autorización de residencia, y por tanto, de trabajo, como ya se ha señalado, tendrá una vigencia de un año, dada la excepcionalidad de la misma. La cual se prevé que pueda prorrogarse por periodos del mismo plazo siempre que se aprecie la persistencia de las razones que motivaron su concesión. Solo cuando estas razones no persistan y, por tanto, no sea posible una prórroga, puede acudir al procedimiento establecido en el artículo 202 del mismo cuerpo legal, el cual permite pasar de la actual situación de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, a la situación de residencia y trabajo “general”, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 71, esto es, que se acredite la continuidad de la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización.

De manera que la vigencia de dicha autorización será de dos años, igual que las renovaciones y no será de un año como las concesiones “excepcionales” iniciales. Además, tomando en consideración los plazos de la resolución y los efectos del propio silencio administrativo, cabe destacar

que este será negativo para la concesión inicial, al igual que el caso anterior con la concesión inicial referida a la autorización excepcional por arraigo laboral, pero positivo para las renovaciones, todo ello de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la LOEx, ya referenciada.

4.1.2.- Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 452/2021 de 25 de marzo.

Tal y como se adelantaba en el apartado de los requisitos que deben concurrir para determinar la existencia de arraigo laboral, la STS 452/2021 de 25 de marzo resulta fundamental, en primer lugar, por la actualidad de la misma, y en segundo lugar, porque unifica doctrina sobre los medios de prueba válidos para acreditar el vínculo laboral, requisito *sine que non* para obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral.

En esta Sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo resuelve el recurso planteado por la Abogacía del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 4328/2019, de 11 de abril de 2019, que acordaba conceder autorización temporal por arraigo laboral aportando certificado de vida laboral, y no resolución judicial o acta de infracción de la ITSS, tal y como desprendía el tenor literal del artículo 124 del ROEx. Entiende la Abogacía del Estado que la norma es clara al utilizar el imperativo “deberá presentar”, para referirse a los medios de prueba, por lo que no cabe la posibilidad de admitir otros elementos diferentes a los establecidos en el Reglamento, que hasta ese momento eran únicamente los dos: la resolución judicial o el acta de infracción de la ITSS que confirme la

relación laboral. Se señalaba, además, que tratándose de una autorización por razones excepcionales, la interpretación de sus preceptos debe ser restrictiva, criterios que siguió la Administración al denegar la autorización, al haberse presentado un Certificado de Vida Laboral, y no resolución judicial o acta de infracción.

Así las cosas, el alto tribunal aprecia interés casacional en determinar si, para poder obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral es imprescindible que la acreditación de la relación laboral y de su duración se efectúe exclusivamente a través de los medios establecidos en la entonces redacción dada al artículo 124 párrafo segundo del ROEx. Es decir, si la Administración y los Tribunales deben aceptar únicamente los dos supuestos que la norma preveía, excluyendo cualquier otro medio de prueba.

El Tribunal resuelve esta cuestión en los fundamentos de derecho cuarto y quinto, y se remite a su Sentencia de 16 de julio de 2020, donde ya se aplicó una interpretación extensiva del REOx. En esta ocasión, entiende el Tribunal Supremo que, la interpretación exclusivamente formal de las resoluciones administrativas que deniegan la autorización de residencia temporal por arraigo laboral, al no presentarse los dos medios de prueba mencionados en el artículo en cuestión, conduce a entender *sensu contrario*, que si la persona solicitante, en lugar de trabajar más de seis meses de manera legal, lo que acredita mediante el correspondiente certificado de vida laboral, hubiera trabajado de manera irregular, acreditándolo mediante la ITSS o resolución judicial, se le hubiera considerado favorablemente su arraigo laboral, obteniendo la correspondiente autorización de residencia

temporal, lo que comportaría una desvalorización de la relación laboral regular. En este sentido, considera el Tribunal que *“no parece que esta conclusión tenga cabida en el concepto de arraigo laboral que se contiene en el Reglamento”*.

Siguiendo los argumentos de la Abogacía del Estado, el arraigo laboral quedaría reducido a aquellas situaciones de trabajo clandestino e ilegal, y dentro de ellas, aquellas que han sido denunciadas ante la ITSS y los Tribunales, interpretación que no se desprende de la LOEx ni del propio concepto de arraigo laboral, el cual solo exige la existencia de relaciones laborales, sean que hayan sido conocidas por la ITSS y/o los Tribunales, o no. Así, señala el Tribunal que ninguna justificación puede hallarse que permita atribuir dicho arraigo a quien, permaneciendo en España al menos durante dos años, ha estado trabajando durante seis meses en forma ilegal o clandestina, y negárselo a quien, concurriendo las mismas circunstancias en cuanto a los requisitos temporales, haya trabajado de forma legal al amparo de una autorización de residencia anterior que haya perdido vigencia, o cuyo caso no haya sido conocido por la ITSS y/o los Tribunales.

En definitiva, concluye el Tribunal que, las exigencias derivadas del propio derecho de prueba, y a mayor especificación, del concepto de arraigo laboral contenido el Reglamento, demandan que dicho arraigo laboral pueda ser acreditado por cualquier medio de prueba válido en derecho. de manera que no pueden ser admitida una interpretación restrictiva de la norma, limitando los medios de prueba únicamente a los citados, en base al derecho fundamental a la prueba previsto en el artículo 24 de la CE y al propio

concepto de arraigo laboral, que quedaría restringido sin justificación alguna.

Todo ello, junto a la valoración que hace el Tribunal acerca del principio de jerarquía normativa y de legalidad, en el sentido de el Reglamento no deba contradecir una norma de rango legal, como lo previsto en el artículo 28.1 y 2 de la LPAC, en lo relativo a que los interesados deben aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos de acuerdo a la normativa, pudiendo aportar cualquier otro documento que consideren oportuno, resultó motivo suficiente para la posterior reforma del señalado párrafo segundo del artículo 124 del ROEx, mediante el del Real Decreto 629/2022 de 26 de julio ya señalado, y cuya redacción resultó en la siguiente: *“A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral (...)”*.

4.1.3.- Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 599/2021, de 29 de abril.

Como ya se adelantaba, es relevante la doctrina asentada tras la STS 599/2021 de 29 de abril, pues entra de lleno en la implicación que pueden tener los antecedentes penales del solicitante en la resolución de su solicitud. En este caso se resuelve recurso de casación interpuesto por el interesado, que ha visto desestimada su solicitud por arraigo laboral por contar con antecedentes penales vigentes. Así, Subdelegación del Gobierno en Barcelona acordó denegar una autorización de residencia temporal por circunstancias de arraigo laboral, tras los oportunos recursos ante el Juzgado

de lo Contencioso-Administrativo, y posteriormente ante el TSJ de Cataluña, que declararon ajustada a derecho la denegación de la solicitud, el interesado interpuso oportuno recurso ante el Tribunal Supremo. En este sentido, el Alt Tribunal consideró que existía interés casacional para “precisa y complementar” su jurisprudencia en lo relativo a las autorizaciones excepcionales por arraigo laboral. Y, en concreto, para determinar, en primer lugar, si la sola existencia de antecedentes policiales desfavorables puede ser causa de la denegación de dicha solicitud. Y en segundo lugar, existiendo antecedentes penales, como deben incidir estos en la concesión o no de la solicitud en caso de que sean antiguos, cumplidos, cancelados o cancelables.

Ambas cuestiones son resueltas en el fundamento de derecho cuarto. En cuanto a los antecedentes policiales, señala el Tribunal que la mera existencia de antecedentes policiales, sin conocer el devenir judicial de los mismo, no puede ser causa de denegación de la solicitud. Salvo que aquéllos, por su reiteración y/o gravedad, evidencien que el comportamiento personal del solicitante representa un peligro para el "orden público" o la "seguridad pública".

Para resolver la segunda cuestión, el Tribunal se remite a su Sentencia 303/2020, de 2 de marzo. En la cual ya se apuntaba que, la existencia de antecedentes penales, que conforme a nuestro Código Penal fuesen cancelables³⁰, es equivalente a la inexistencia de los mismos. Al contrario, la existencia y vigencia de antecedentes penales del solicitante durante los cinco años anteriores a la solicitud, sea en España, en su país de

³⁰ Véase: artículo 136 del Código Penal.

origen, o en el lugar o lugares donde hubiere residido durante ese plazo, permitirán denegar fundadamente la mencionada solicitud. Señala el Tribunal que: “*el hecho de que los antecedentes penales sean "antiguos" no será obstáculo para la denegación de la solicitud mientras estén vigentes, pero sí lo será cuando aquéllos hubieran sido cancelados o debieran haberlo sido conforme a lo expuesto en el apartado anterior*”. Finalmente, el recurso es rechazado, toda vez que al actor le constaban hasta cinco detenciones por los delitos de robo con fuerza y allanamiento de morada, y al menos una de esas detenciones dio lugar a una condena penal. De modo que, ante la concurrencia de antecedentes policiales, que se concretaron un peligro para el orden social, posteriores antecedentes penales, así como el incumplimiento de otros requisitos establecidos³¹, dieron lugar a la desestimación del recurso, considerándose por tanto la denegación de la solicitud ajustada a derecho.

5.- CONCLUSIONES

1. Las vías de acceso al mercado laboral de los extranjeros pueden agruparse en dos grandes bloques o sistemas. En primer lugar, el sistema normal u ordinario, que viene determinado por el régimen general (autorizaciones de residencia y trabajo) y el contingente (elaborado por el Gobierno atendiendo a la *situación nacional de empleo*). Y, en segundo lugar, el sistema especial o extraordinario, definido por los procesos de regularización y las

³¹ Véase: STS 599/2021, de 29 de abril. FJ 5. La relación laboral se produjo cinco años antes de la solicitud, por lo que era extemporánea. No apreciándose la vigencia del especial vínculo laboral del solicitante con nuestro país que la autorización por razones de arraigo laboral exige.

autorizaciones excepcionales, donde se incluye el denominado arraigo laboral.

2. El arraigo laboral, se aplicará en aquellas personas que se encuentran en situación irregular, es decir aquellas que no tienen visado o autorización de trabajo.
3. Se requiere de un periodo mínimo de dos años de permanencia continuada en el territorio nacional. Se prevén ausencias que no pueden exceder de 90 días computables en estos dos años.
4. Es fundamental la inexistencia de antecedentes penales tanto en el país de origen o residencia, como en España. Se tendrán en cuenta tanto para la solicitud inicial, como para las posibles prórrogas.
5. Se exige la existencia de relación laboral de al menos seis meses en un periodo de dos años, con una jornada mínima de 30 horas computables en seis meses, o 15 horas computables en 12 meses.
6. Tras la STS 452/2021 de 25 de marzo de 2021, y posterior reforma del ROEx, para acreditar dicha relación laboral puede invocarse cualquier medio de prueba válido en derecho, y no sólo resolución judicial o acta de la ITSS.
7. La existencia de antecedentes policiales por sí solos no son fundamento único para denegar la solicitud por arraigo.
8. La existencia de antecedentes penales sí pueden determinar la denegación de la solicitud por sí mismos. Salvo que, conforme a nuestro Código Penal, sean cancelables.
9. La duración de esta autorización de residencia y trabajo es de un año. Pero se prevén prórrogas por el mismo periodo de tiempo.

Las cuales quedan condicionadas a la vigencia de las circunstancias que motivaron su concesión.

10. Agotado el plazo y siendo imposible su prórroga cobra relevancia el artículo 202 del ROEx, que permite, bajo la concurrencia de determinados requisitos, el tránsito a una autorización “general” de residencia y trabajo.

6.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGUELO NAVARRO, Pascual y **CHARRO BAENA**, Pilar. *El contingente de trabajadores extranjeros*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 2.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 63

CARBAJAL GARCÍA, Pedro. *El concepto jurídico de arraigo en la doctrina judicial*, Lex Nova, 2012, núm. 29.

GÁLVEZ INIESTA, Ismael y **FANGUL**, Gonzalo. *Extranjeros sin papeles e imprescindibles*. Universidad Carlos III de Madrid y Fundación PorCausa.

GARCÍA VITORIA, Ignacio. *La nueva regulación de la inmigración*.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. *La protección social de los trabajadores extranjeros*. Universidad de Pablo de Olavide. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

NICOLÁS LIZAMA, Mercedes. *Migración, arraigo y apropiación del espacio en la recomposición de identidades socioterritoriales*.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. *Análisis de los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales*. Revista de Sociales y Jurídicas, núm. 1.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. *El derecho a la tutela judicial efectiva y la alegación y prueba del Derecho extranjero en España*. El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 107, 2023

PAJARES ALONSO, Miguel. *El proceso de regularización de 2005*. Anuario de inmigración y políticas de inmigración en España. 2007.

PEY GONZÁLEZ, José-María. *De nuevo sobre el arraigo laboral, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril y 6 de mayo de 2021, así como la Instrucción 1/2021 de la Secretaría General de Estado de Migraciones*.

ROJO, Eduardo. *El impacto de la jurisprudencia del TS (C-A) sobre la regulación del arraigo laboral. Notas a la Instrucción 1/2021 de 8 de junio de la Secretaría de Estado de Migraciones, y apuntes previos sobre los debates y propuestas de potenciación de la migración regular en el Parlamento Europeo*. Torrecilla, 2021.

ROLDÁN SÁNCHEZ-ARÉVALO, Clara. *Las modificaciones en la regulación del arraigo (...)*. Revista de derecho migratorio y extranjería, núm. 59/2022.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 63.

SERRANO VILLAMANTA, José-Francisco. *El trabajo de los extranjeros: el derecho sustantivo*. Regulación legal de la extranjería e inmigración en España. Universidad Pontificia Comillas.

TRINIDAD GARCÍA, María-Luisa y **MARTÍN MARTÍN**, Jaime.
Novedades en la residencia temporal, el arraigo y otras circunstancias excepcionales para residir legalmente en España tras las reformas en la Ley y el Reglamento de Extranjería. Revista Internacional de Estudios Migratorios, 2012, núm. 7.