



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE MASTER
Master de Acceso a la Abogacía
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2022/2023
Convocatoria: marzo

**ANÁLISIS DE LOS ARRAIGOS COMO FORMA DE RESIDIR Y TRABAJAR
EN ESPAÑA: LA ECONOMÍA SUMERGIDA Y EL TRABAJO DEL
INMIGRANTE**

Analysis of roots as a way of living and working in Spain: the
underground economy and immigrant work

Realizado por la alumna Claudia Ortega Molina

Tutorizado por la Profesora D. Dulce María Cairós Barreto

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

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



ABSTRACT

This paper addresses an analysis of the legal tools offered by the Immigration Regulations for the regulation of non-EU immigrants in an irregular administrative situation.

In this sense, the consequences of the lack of regularization are studied, such as the underground economy through irregular work and the real possibilities that the immigrant in an irregular administrative situation opt for a work contract.

It starts from a conceptual analysis and examines each of the figures of rooting in accordance with the new reform of the Immigration Regulations, as well as the analysis of the figure of the Labor and Social Security Inspectorate in cases in which the immigrant person is working through the underground economy.

Key Words: immigration, work contract, underground economy

RESUMEN

Este trabajo aborda un análisis de las herramientas jurídicas que ofrece el Reglamento de Extranjería para la regularización del inmigrante extracomunitario en situación administrativa irregular.

En este sentido, se estudian las consecuencias de la falta de regularización, como lo es la economía sumergida a través del trabajo irregular y las posibilidades reales de que el inmigrante en situación administrativa irregular opte a un contrato de trabajo.

Se parte de un análisis conceptual y se examina cada una de las figuras de arraigo conforme a la nueva reforma del Reglamento de Extranjería, así como el análisis de la figura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los supuestos en los que la persona inmigrante se encuentra trabajando a través de la economía sumergida.

Palabras clave: inmigración, contrato de trabajo, economía sumergida



INDICE

1. Introducción.....	pág. 4
2. La economía sumergida y su prevención.....	pág.5
3. Los arraigos.....	pág.13
3.1 El arraigo social.....	pág.14
3.2 El arraigo familiar.....	pág.21
3.3 El arraigo para la formación.....	pág.23
4. Especial mención al arraigo laboral.....	pág.28
4.1 El incentivo de denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: art. 127.2 REX.....	pág. 37
4.2 La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ¿la policía de la inmigración?.....	pág. 39
6 Conclusiones.....	pág. 41
7 Bibliografía.....	pág. 45

1. INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad está marcada por el movimiento migratorio. El flujo migratorio ha ido construyendo las sociedades que hoy conocemos, pues todas han sido y son, sociedades emisoras o receptoras de migrantes. Esta realidad debe ser entendida como una verdad ineludible y, sobre todo, imparable.

Muchas de las sociedades receptoras de personas migrantes han mostrado empeño en adoptar medidas para tratar de paliar las consecuencias que la inmigración trae consigo y, sobre todo, ejercer un control sobre el flujo migratorio: un control que comienza en las fronteras y termina en las políticas y normativa interna que regulan el asentamiento del inmigrante. Las políticas migratorias de los países desarrollados se configuran bajo unos mecanismos legislativos estrictos y poco permisivos, con la intención intrínseca de impedir, en la medida de lo posible, que el inmigrante suponga una “carga” económica y social para el país de acogida.

Así, en España se ha materializado ese control a través de la protección de los perímetros fronterizos (las vallas de Ceuta y Melilla), la detención y expulsión de inmigrantes en situación administrativa irregular, los centros de internamiento de extranjeros, los acuerdos con instituciones y organismos de terceros países que pretenden la cooperación en la regulación y el control de la entrada de inmigrantes a España, etc.

No obstante, el control fronterizo ha demostrado no ser capaz de frenar el flujo migratorio, que cada vez es mayor como consecuencia de los diferentes factores y fenómenos que conviven entre nosotros (guerras, crisis

económicas, globalización) y las políticas y normativa en materia de extranjería han tenido que cambiar de perspectiva para tratar afrontar la inmigración desde el otro lado: la integración social y laboral de las personas inmigrantes.

Este trabajo tiene por objeto estudiar la normativa española en materia de extranjería, las posibilidades de regularización del inmigrante extracomunitario y las opciones de trabajo regular, analizando una de las consecuencias más graves de la imposibilidad del trabajo regular del inmigrante sin autorización de trabajo y residencia: la economía sumergida.

2. LA ECONOMÍA SUMERGIDA Y SU PREVENCIÓN

No resulta sencillo acotar los términos de la economía sumergida a situaciones o actividades individualizadas, es por ello, que, se debe buscar una definición general para proceder al estudio de cada una de las actividades que se enmarcan en la misma. Cuando nos referimos a la economía sumergida hablamos del conjunto de actividades económicas desarrolladas al margen del control estatal y tributario, en otras palabras y en términos negativos: la economía sumergida engloba toda actividad que se realiza al margen de la economía regulada.

Dentro de la amplitud del concepto de la economía sumergida centraremos nuestro interés principal en la actividad laboral irregular, aunque para referirnos ella se utilice el término general de economía sumergida.

Si se piensa en la actividad laboral que se desarrolla bajo la economía sumergida, es fácil imaginar la prevalencia de algunos sectores frente a otros. Destacan como sectores practicantes de la economía sumergida: la agricultura, la construcción, el comercio, la hostelería y la industria productora de bienes de consumo (alimentación, textil, confección, cuero y calzado)¹. No obstante, la actividad laboral irregular no se refiere exclusivamente a la contratación irregular, ni mucho menos a la contratación irregular de personas inmigrantes.

En este sentido, podemos pensar en todas las actividades que se desarrollan al margen del control tributario y la exigencia de la legalidad laboral: trabajadores falsamente autónomos, empresas insolventes que siguen prestando actividad, bajas indebidas, superación de la jornada en contratos a tiempo parcial, las empresas radicadas en los denominados paraísos fiscales...

Es por ello por lo que, una vez acotado el término de economía sumergida a la “actividad laboral irregular”, se debe hacer una labor de acotamiento mayor para fijar el objeto de estudio: *la contratación irregular de las personas inmigrantes*.

Existen tres formas de trabajar a través de un contrato de trabajo regular en España:

¹ CARRASCO CARPIO, C., “Economía Sumergida y Trabajador Inmigrante”, *Revista del Instituto Universitario de Estudios Sobre Migraciones*, núm. 4, 1998, pág. 11

- siendo titular de la nacionalidad española, de un Estado miembro de la Unión Europea o de un país perteneciente al Espacio Económico Europeo,
- habiendo obtenido una autorización de residencia y trabajo,
- o, bien, a través del estatuto del “refugiado”.

No obstante, si existen vías legales para la obtención de un contrato de trabajo en España ¿por qué la presencia del inmigrante fomenta la economía sumergida a través del trabajo irregular?

Podemos clasificar a la población extranjera asentada en España en tres grandes grupos: ciudadanos de países miembros de la Unión Europea (jubilados, trabajadores con un nivel de cualificación medio o alto y estudiantes), nacionales de otros países desarrollados no pertenecientes a la Unión Europea (Estados Unidos, Noruega, Suiza...), y una tercera categoría que incluiría a los nacionales de países en vías de desarrollo residentes en España (latinoamericanos, norteafricanos, asiáticos, etc..)².

El modelo económico de desarrollo español se ha basado fundamentalmente en sectores de actividad intensivos que requieren abundante mano de obra (hostelería, actividades industriales, la construcción, el sector agrario...) y la llegada de inmigrantes de países en vías de desarrollo ha parecido responder a dicha demanda. No obstante, las políticas y la normativa en materia de extranjería no se han adaptado a esta

² MORENO FUENTES F.J., “Inmigración, sanidad, crisis económica y politización de la inmigración en España”, *Revista Interdisciplinar Da Mobilidade Humana*, vol. 20, 2013, pág. 30.

realidad con la misma rapidez que el flujo migratorio. Tampoco lo ha hecho el empleador español, que, bien como consecuencia de la imposibilidad de contratación a personas inmigrantes sin autorización de residencia y trabajo o, bien, por otros factores, ha contribuido a la contratación irregular de personas inmigrantes. Prueba de ello es el aumento de la población inmigrante en ciertos sectores y actividades profesionales, como es el caso de las mujeres inmigrantes en la prestación de servicios domésticos y asistenciales.

“La economía sumergida no ha sido creada por el trabajador inmigrante, aunque se ve reforzada por su presencia”³, motivo por el cual, la contratación irregular es la red de acogimiento de las personas inmigrantes sin permiso de trabajo.

La imposibilidad de contratación a personas inmigrantes en situación administrativa irregular la impone el artículo 64.2 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante Reglamento de Extranjería o REX) al establecer en su apartado a) que los extranjeros que se pretenda contratar *“no se encuentren irregularmente en territorio español”*.

Mientras para las personas residentes en España la economía sumergida es una alternativa al trabajo regular, el inmigrante en situación irregular se ve obligado a la participación en la misma, y esto es así porque, como se estudiará a lo largo del desarrollo de este trabajo, la autorización de

³ CARRASCO CARPIO, C., *op. cit.* Pág. 11



residencia y trabajo, en la mayoría de los casos, es exigente en lo que a requisitos de concesión se refiere.

Las medidas de prevención que establece el legislador para evitar la economía sumergida a través del trabajo prestado por el inmigrante en situación administrativa irregular están plasmadas en el régimen sancionador de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración (LOEX en adelante).

Es sabido que el trabajo irregular en España supone una infracción administrativa, no solo para la persona contratante, sino también para la persona contratada. El Título III de la LOEX clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves.

Las **infracciones leves**, se encuentran reguladas en el artículo 52 de la LOEX y son cinco:

- la omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.
- El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.

- Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal.
- Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que es titular.
- La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

Las **infracciones graves** se encuentran enumeradas en el art. 53 de la LOEX y tipifica como infracciones graves en el apartado a) y b), respectivamente, además de otros supuestos, las dos circunstancias objeto de estudio: encontrarse irregularmente en territorio español y encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar.

Las infracciones **muy graves** se encuentran recogidas en el art. 54 de la LOEX y se encuentra, entre otras, la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.

Por tanto, mientras para el inmigrante, trabajar sin la debida autorización de residencia y trabajo a través de la economía sumergida supone una infracción administrativa de carácter grave; para el empleador, la

contratación del extranjero que carece de la correspondiente autorización de residencia y trabajo, supone una infracción muy grave.

Siendo el trabajo irregular y la economía sumergida el objeto de este trabajo, nos interesa el estudio de las infracciones graves y muy graves ya mencionadas.

Según el art. 55 b) de la Ley de Extranjería, las infracciones graves son sancionadas con multa de 501 hasta 10.000 euros o, atendiendo al principio de proporcionalidad, podrá aplicarse su lugar, la expulsión del territorio español previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción, según lo establecido en el art. 57.1 de la misma disposición.

Evitar que una persona inmigrante sin autorización de residencia y trabajo trabaje o haya trabajado alguna vez sin un contrato de trabajo es una concepción de la realidad imposible, debido a que, para sobrevivir, es necesaria una fuente de ingresos que proviene, en estos casos, del trabajo. Es por ello por lo que el criterio jurisprudencial ha puesto en valor el principio de proporcionalidad y ha reiterado el deber de valoración de otras circunstancias antes de proceder a la apertura de un expediente administrativo para la expulsión del territorio español.

En este sentido, destaca la sentencia del TJUE 2020/807 asunto C-568/19, que resuelve una cuestión prejudicial de conflicto entre la normativa nacional y la Directiva 2008/115 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los

nacionales de terceros países en situación irregular. La misma establece que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

Es este el sentido que han adoptado los tribunales españoles a la hora de ejercer las funciones de control sobre la potestad administrativa de tramitación de expedientes de expulsión. A título de ejemplo, la STS, Sala de lo Contencioso, 210/2022, núm. recurso 8384/2019 y los respectivos TSJ de las distintas CCAA (TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, 931/2022, núm. recurso 950/2022, o el TSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso, 609/2022, núm. recurso 338/2022) valoran, más allá de la mera estancia irregular, otros factores como los vínculos familiares, laborales o sociales frente a la posible orden de expulsión.

No obstante, la sanción administrativa no desaparece y el inmigrante irregular que trabaja a través de la economía sumergida, se ve expuesto a una multa, o en su caso, un expediente de expulsión.

Mientras que, las infracciones muy graves, según el art. 55 c) se sancionan con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros. Por tanto, el empleador que contrata al extranjero que carece de la debida autorización de residencia y trabajo se enfrenta a una multa de una elevada cuantía.



3. LOS ARRAIGOS

Las autorizaciones de residencia que destacan por excelencia, debido a su alto número de solicitudes y concesiones, son los arraigos.

La figura del arraigo se estableció para “*regularizar individualmente a los extranjeros que cumplieran unos requisitos de residencia y de integración y así de esta forma evitar los procesos extraordinarios de regularización de extranjeros*”⁴. Se encuentran regulados en el art. 124 del REX y son cuatro: arraigo social, arraigo familiar, arraigo para la formación y arraigo laboral. Antes de entrar en las singularidades de los supuestos de arraigos, debemos atender a las exigencias generales que establece el reglamento para la solicitud de cualquiera de estas figuras.

Así, se debe cumplir de forma acumulativa los siguientes requisitos:

- No ser ciudadano de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza: es decir, estas figuras se contemplan exclusivamente para inmigrantes extracomunitarios
- Carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años
- No tener prohibida la entrada a España ni figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido

⁴ CONTRERAS SOLER, J. “Las autorizaciones excepcionales iniciales (en particular, los supuestos de arraigos social, laboral y familiar) a la luz de la última jurisprudencia”. *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, núm. 9, 2021, pág. 15



- No encontrarse dentro del plazo de compromiso de no retorno a España
- Permanencia: para la solicitud del arraigo se exige una permanencia mínima en España que varía según el arraigo solicitado (dos o tres años). El arraigo familiar es el único que no exige un tiempo mínimo de permanencia.

3.1 El arraigo social

El arraigo social se regula en España por primera vez en el año 2005, tras el último proceso extraordinario de regularización de extranjeros y es *“el supuesto singular de nuestra legislación de extranjería, ya que no se encuentra en los países de nuestro entorno”*⁵

Está regulado en el art. 124. 2 del Reglamento de Extranjería y establece que “por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años”.

Se establece el primer de los requisitos en la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años: la forma más sencilla de acreditar los tres años de permanencia es a través de un certificado de empadronamiento. La realidad es que el inmigrante recién llegado a España tiene serios problemas de empadronamiento: para poder hacer efectiva el alta en el padrón municipal normalmente se exige un documento que acredite la ocupación de una vivienda, que, si no es a través de un título de propiedad, es a través de un contrato de arrendamiento. La realidad del

⁵ IBIDEM, pág. 2

mercado inmobiliario ha dejado constancia de que optar a un contrato de arrendamiento no es sencillo, pues, se exigen una serie de documentos que puedan acreditar solvencia económica, como puede ser el contrato de trabajo, las nóminas del trabajador o la declaración de IRPF, documentos de los que el inmigrante en situación irregular normalmente carece.

El certificado de empadronamiento es un medio de prueba de gran entidad, no obstante, el Reglamento de Extranjería exige la mera acreditación de los tres años de permanencia, por tanto, se puede presentar cualquier medio de prueba que acredite la permanencia continuada en España si el empadronamiento no fue inmediato: certificados médicos, facturas, envíos de dinero, apertura de cuenta bancaria.... Sin embargo, el empadronamiento es un requisito *sine qua non* para la solicitud de arraigo⁶, por tanto, aunque el empadronamiento no haya sido inicial, el inmigrante debe estar empadronado al momento de la solicitud.

Es importante señalar que, en el caso del arraigo social, entre un documento y otro, no deben existir ausencias superiores a 120 días⁷, por tanto, el certificado de empadronamiento sigue siendo el medio de prueba más sencillo a la hora de acreditar la permanencia continuada en España.

⁶ FRANCH, X. & DOMINGO, A. & SABATER A., Perspectiva municipal del arraigo en la provincia de Barcelona, 2006-2009 Documento de Análisis Geográfica, 57/3, 2011, pág. 521

⁷ Instrucciones SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el artículo 124 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 557/2011 de 20 de abril.

Analizado el primer requisito de permanencia, el arraigo social exige además “contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global”.

Vemos, por tanto, la exigencia de contar con una oferta de trabajo que, además, debe ser real y efectiva: debe ser un contrato de trabajo firmado y cumplimentado por el empleador. Aunque la norma no se pronuncia al respecto, por cuestiones evidentes, los efectos del contrato de trabajo quedan suspendidos a la resolución favorable que otorga el arraigo social, por lo que, el contrato tendrá carácter suspensivo. En la práctica recibe el nombre de “precontrato de trabajo”.

Cabe mencionar que el Reglamento de Extranjería sufre una importante reforma el 16 de agosto de 2022. Antes de la mencionada reforma se exigía un tiempo de duración del contrato mínimo de un año. La nueva regulación del precepto elimina este requisito atendiendo al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que configura actualmente, como norma general, el carácter de los contratos de trabajo como indefinidos.

En relación con la duración de la jornada mínima establecida, la misma ha de ser de 30 horas, no obstante, se contempla una excepción: “el contrato podrá tener una duración de mínimo 20 horas en los casos que se

acredite tener a cargo menores o personas que precisen medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Sobre la posibilidad de acumular contratos de trabajo, también se pronuncia el Reglamento de Extranjería, que establece que podrá presentarse más de un contrato de trabajo en los siguientes supuestos:

- en el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos o más contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos.

-en el caso de desarrollo de actividades en una misma o distinta ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos.

Los requisitos que va a examinar la Oficina de Extranjería a la hora de conceder esta autorización no son sólo los exigidos al inmigrante en situación irregular, sino que se examinarán también los medios económicos, materiales y personales del empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. Esto es así para evitar las situaciones de fraude que puedan derivarse de esta exigencia, como, por ejemplo: falsificaciones de asesorías jurídicas utilizando los datos de antiguos clientes para confeccionar contratos y altas a la seguridad social a cambio de un montante económico pactado con el extranjero, la creación de empresas y contratos fantasmas o la venta de puestos de trabajo a los inmigrantes por parte de las empresas⁸.

⁸ CONTRERAS SOLER, J., *op. cit.* pág. 12

Así, establece el art. 66 del Reglamento de Extranjería que “el empleador deberá acreditar que cuenta con medios en cuantía suficiente para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero. Dicha cuantía deberá incluir el pago del salario reflejado en el contrato que obre en el procedimiento.

Cuando el empleador requerido sea una persona física, deberá además acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para atender sus necesidades y las de su familia. La cuantía mínima exigible se basará en porcentajes del IPREM según el número de personas a su cargo, descontado el pago del salario reflejado en el contrato de trabajo que obre en el procedimiento:

1. En caso de no existir familiares a cargo del empleador: una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.
2. En caso de unidades familiares que incluyan dos miembros, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 200% del IPREM.
3. En caso de unidades familiares que incluyan más de dos personas, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional.

En los casos de unidades familiares que incluyan dos o más miembros, los medios económicos a acreditar resultarán de la suma de aquéllos con los que cuente cada una de las personas que integren la unidad familiar”.

Cabe la posibilidad de requerimiento al empresario o empleador para que acredite los medios económicos, materiales o personales para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. Según el tipo de empleador, podrá aportar la declaración del IPRF; el resumen anual del IVA; la certificación catastral; una memoria explicativa de la actividad a desarrollar; la vida laboral del código de cuenta de cotización, etc.⁹

No hay que olvidar que la oferta de trabajo y los efectos del contrato deben esperar a la concesión de la autorización por arraigo social; trámite que según el art. 149.4 del Reglamento de Extranjería tiene un plazo de resolución de tres meses desde el momento de la solicitud. Partiendo de esta base, la realidad es que la oferta de trabajo pudo haberse presentado incluso antes y seguirá pasando el tiempo hasta que la persona inmigrante reúna los documentos necesarios para hacer efectiva la solicitud (certificado negativo de antecedentes penales, documentos que acrediten la permanencia mínima de tres años en España...). Por tanto, si existiera una vacante y una oferta de trabajo que requiriera una incorporación inmediata al puesto de trabajo, el empleador vería truncadas sus expectativas de contratación al inmigrante.

Por último, el arraigo social requiere para su concesión un “informe social” emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su

⁹ TRINIDAD GARCIA M.L & MARTIN MARTIN J., “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” *Estudios Revista Internacional de Estudios Migratorios*, Volumen 2, 2012, pág. 132

domicilio habitual o, por el contrario, acreditar la existencia de vínculos familiares con otros extranjeros residentes (art. 124.2 c) del Reglamento de Extranjería).

El informe de arraigo social pretende acreditar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, los medios económicos con los que cuenta, los vínculos familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. En las Islas Canarias, el organismo competente para la emisión del informe es la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud.

La emisión de esta informe cobra bastante importancia pues, a pesar de no ser vinculante para la concesión del arraigo social, una evaluación negativa suele ser disuasoria de seguir el proceso¹⁰. Además, permite la posibilidad de eximir al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes que supongan, al menos, el 100% de la cuantía de la renta garantizada del Ingreso Mínimo Vital con carácter anual.

La figura del arraigo social se plantea con el objeto de regularizar de forma individual y personalizada a aquel extranjero que acredite, en primer lugar, la permanencia continuada en territorio español por tres años, asegurando de esta forma la fijación en el territorio y la voluntad de permanencia, en segundo lugar, la acreditación de medios económicos para no suponer “una carga” para el Estado, bien a través de una oferta de trabajo

¹⁰ FRANCH, X. & DOMINGO, A. & SABATER A., *op. cit.*, pág. 520

o medio económicos propios y suficientes, y, por último, una vinculación a la red social del municipio en el que residen a través del informe social o la acreditación de los lazos familiares que tenga en España.

No obstante, si la intención principal que se esconde detrás de la regulación del arraigo social es procurar que la persona inmigrante no suponga una “carga” para el Estado después de la concesión de la autorización de residencia ¿qué ocurre hasta que se concede la misma? La realidad es que los inmigrantes se ven obligados a acudir a los servicios sociales y a las entidades sin ánimo de lucro buscando recursos que permitan la supervivencia o bien, se ven impulsados a participar en la economía sumergida a través del trabajo irregular.

3.2 El arraigo familiar

El arraigo familiar tiene un nivel superior de concesiones que cualquiera de los arraigos y esto es porque, sus requisitos son mucho más sencillos. Está regulado en el art. 124.3 del reglamento de extranjería.

No exige tiempo mínimo de permanencia y se pueden diferenciar los distintos supuestos:

- Ser padre o madre o tutor de un menor de nacionalidad español, siempre que la persona progenitora o tutora tenga *a cargo* a menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.
- Ser una persona que presta apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica a otra persona con discapacidad y nacionalidad española.

- Ser cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano/a de nacionalidad española.
- Ser ascendiente mayor de 65 años o menor de 65 años *a cargo* de un ciudadano/a de nacionalidad española.
- Ser descendiente menor de 21 años o mayor de 21 años *a cargo* de ciudadano/a de nacionalidad española o de su cónyuge o pareja de hecho.
- Ser hijo de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Es importante hacer mención al termino “estar a cargo”, pues, la norma no va más allá y parece un concepto jurídico indeterminado. No obstante, el desarrollo de la jurisprudencia nacional y del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado el concepto de “estar a cargo” como aquel supuesto en el que existen razones que justifiquen la concesión del arraigo familiar, ya sean materiales o económicos (STS 20 de octubre de 2011, Rec. 1470/2009)

Aun así, acreditar esta circunstancia es complicado y dependerá del caso concreto, que la Oficina de Extranjería examinará y valorará basándose en las pruebas presentadas.

Es importante hacer mención a que, después de la reforma del Reglamento de Extranjería del 16 de agosto de 2022, se elimina la exigencia de “estar a cargo” para muchos de los supuestos (ascendentes mayores de 65 y descendentes menores de 21) y, además, introduce la posibilidad de “arraigar” al cónyuge o pareja de hecho del ciudadano/a nacional español.

3.3 El arraigo para la formación

A lo largo de este trabajo, se ha hecho mención a la reforma del Reglamento de Extranjería, y si hay algo especialmente novedoso que ha traído la reforma es la figura del arraigo para la formación.

El arraigo para la formación se encuentra regulado en el artículo 124. 4 del Reglamento de Extranjería; y establece que, podrán obtener una autorización de residencia por un periodo de doce meses, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años y que cumplan acumulativamente los siguientes requisitos:

- Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen: requisito genérico para la solicitud de cualquiera de las modalidades de arraigo.
- Comprometerse a realizar una formación: este requisito recoge el fundamento y el objetivo principal de la regulación del arraigo para la formación.

Ahora bien, ¿qué tipo de formación es compatible con esta modalidad de arraigo? El Reglamento de Extranjería recoge cuatro categorías, no obstante, lo hace de una forma genérica y sin especificar, dejando lugar a diferentes interpretaciones. La Secretaría de Estado y Migraciones se ha visto en la obligación de dictar la Instrucción SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el artículo 124 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril, con el objetivo de proteger la aplicación uniforme del precepto y la seguridad jurídica de los solicitantes. De esta forma, el requisito de compromiso de realización de

una formación podrá ser satisfecho a través de los siguientes tipos de formación:

1. Una formación reglada para el empleo: *“a estos efectos se entiende por formación reglada los Títulos de Formación Profesional, los Cursos de Especialización, los Certificados de Profesionalidad y los Certificados de Competencia”*.
2. Una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica: *“a estos efectos, el centro que imparta dicha formación deberá estar acreditado y reconocido por el departamento competente en la materia. A título de ejemplo, la formación para la obtención del Certificado de Aptitud Profesional para la conducción de vehículos de transporte terrestre deberá ser impartida por centros habilitados por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana”*.
3. Una formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo y orientada al desempeño de ocupaciones incluidas en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura: *“esta formación deberá estar incluida en el Catálogo de Especialidades Formativas regulado en la orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, como especialidades formativas o especialidades de itinerario, tener identificadas las ocupaciones y puestos de trabajo relacionados con el contenido formativo de las mismas y tener una duración igual o superior a 200 horas”*.
4. En el ámbito de la formación permanente de las universidades, comprometerse a la realización de cursos de ampliación o

actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales, así como de otras enseñanzas propias de formación permanente.

Con la solicitud del arraigo el solicitante debe presentar una declaración responsable en la que se debe especificar el tipo de formación, la denominación completa del programa formativo, la entidad que imparte la formación, la duración de la misma, etc.¹¹

El legislador ha tenido en consideración la imposibilidad de matriculación del inmigrante en situación administrativa irregular en muchas de las formaciones: por ejemplo, para acceder a las formaciones promovidas por los Servicios Públicos de Empleo, la persona solicitante debe estar dada de alta como demandante de empleo y para ello debe estar en posesión de un NIE o DNI.

Es por ello que el propio artículo ha planteado una solución para estos supuestos, y es que, la matriculación deberá hacerse efectiva en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia; en otras palabras, primero se concede la autorización de residencia y desde ese momento la persona inmigrante tiene un plazo de tres meses para hacer efectiva la matriculación y una vez realizada la misma, aportar acreditación de dicha matriculación en la

¹¹ Se puede encontrar el modelo oficial del compromiso de matriculación a efectos del arraigo para la formación en la página del Portal de inmigración del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://extranjeros.inclusion.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja111/index.html>

Oficina de Extranjería correspondiente. En caso contrario, la Oficina de Extranjería podrá extinguir dicha autorización. En los casos en los que la matriculación esté supeditada a periodos de matriculación, deberá remitir a la Oficina de Extranjería prueba de la matrícula en un periodo máximo de tres meses desde la finalización de dicho plazo: es decir, si el plazo de matrícula comienza en septiembre y la concesión de la autorización por arraigo para la formación se otorgó en mayo, podrá acreditarse dicha circunstancia.

Es importante mencionar que se trata en todo caso de autorización para residir, pero no para trabajar; por lo menos hasta que haya finalizado la formación: *“la atención a la situación de excepcionalidad a la que atiende la figura de arraigo para la formación comprende dos fases: una primera de residencia y una segunda de residencia y trabajo”*¹².

Para poder modificar las circunstancias y optar a la posibilidad de trabajo, deben acreditarse, según la Secretaría de Estado y Migraciones, los siguientes extremos:

- Presentación de un contrato de trabajo que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el establecido por el convenio colectivo aplicable. El contrato que se presente a estos efectos deberá estar relacionado con la formación recibida y acreditada en el arraigo.

¹² Instrucciones SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el artículo 124 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril

- Prueba de haber superado con aprovechamiento la formación prevista en la resolución de residencia. A estos efectos se entenderá por superación con aprovechamiento haber finalizado en su totalidad la formación de acuerdo con el programa lectivo o formativo y poder presentar un certificado de la entidad que imparte la formación que acredite este hecho.

Con estas directrices, la Dirección General de Migraciones ha resuelto una de las preguntas más formulada relacionada con esta nueva figura: ¿qué ocurre si la autorización se otorga por 12 meses y la formación dura 9 meses? Podemos entender que una vez finalizada la formación puede solicitarse la autorización de trabajo, siempre que se cuente con un contrato de trabajo que cumpla con los requisitos ya mencionados.

Es necesario hacer mención a que para acceder a muchas de las formaciones que ofrece esta nueva figura de arraigo, se ha de contar con estudios previos homologados en España. El proceso de homologación es largo y muy burocrático, por tanto, la mayoría de inmigrantes que pretendan acceder a esta modalidad de arraigo, deberán estudiar una formación que no exija titulación académica previa. No obstante, la regulación de esta nueva figura tendrá como consecuencia un gran número de concesiones de autorización de residencia, pues, abre las puertas a una nueva posibilidad para aquellos supuestos en los que no sea posible la consecución de un contrato de trabajo para acceder al arraigo social. Parece incluso que la intención de la regulación de esta figura es esa: exige dos años de permanencia y otorga una autorización de residencia que puede transformarse en una autorización de residencia y trabajo una vez se haya

terminado la formación, es decir, alrededor de los tres años, como en el caso del arraigo social. Por tanto, se puede concluir con que el legislador ha entendido que tres años de permanencia es el tiempo idóneo para poder trabajar en España de forma legal.

Por último, cabe reflexionar sobre aquellos supuestos en los que el extranjero ya haya obtenido una matrícula o esté cursando alguna formación y haga la solicitud de arraigo posteriormente. En este supuesto el Reglamento de Extranjería no se ha pronunciado, tampoco lo ha hecho la Instrucción 1/2022, por tanto, hay que atender a una interpretación sistemática, teleológica y lógica de la norma: si en el momento de la solicitud el interesado cumple con los requisitos en cuestión, está matriculado, haciendo uno de los cursos que ofrece el art. 124. 4 del Reglamento de Extranjería y forma el cumplimiento del resto de los requisitos: permanencia y antecedentes penales, no debería haber ningún problema de concesión¹³.

4. ESPECIAL MENCIÓN AL ARRAIGO LABORAL

Siendo el objeto de este trabajo la economía sumergida y el trabajo del inmigrante en España cabe la dedicación de un epígrafe a la figura que reconoce el trabajo del inmigrante en España: el arraigo laboral.

Establece el art. 124.1 del Reglamento de Extranjería lo siguiente: “Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que

¹³ NUÑEZ HERRERA, V. E., *Modificación del Reglamento de Extranjería de la Ley de Extranjería: Claves, expectativas y realidades* (RR. DD. 629/2022 y 557/2011), Sepín, Madrid, 2022, pág. 109

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, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud.”

Vemos, como en el supuesto del arraigo social, la necesidad de acreditar la permanencia continuada en España, pero en este supuesto, por un periodo mínimo de dos años y no de tres años. A pesar de permitirse la acreditación de la permanencia a través de cualquier medio de prueba, como en el arraigo social, el inmigrante también debe estar empadronado en el momento de la solicitud. Y, en este caso, las ausencias entre los periodos de permanencia, no deben ser superiores a 90 días¹⁴.

El segundo de los requisitos es la acreditación de relaciones laborales superiores a seis meses, pues bien, la pregunta que debemos hacernos en este punto es la siguiente ¿cómo se acredita la relación laboral?

Como se ha estudiado a lo largo de este trabajo, el Reglamento de Extranjería sufre una importante reforma el 16 de agosto de 2022. Antes de mencionada reforma, el párrafo segundo del art. 124 se expresaba en los siguientes términos: “a los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la

¹⁴ Instrucciones SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el artículo 124 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 557/2011 de 20 de abril.

reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite”.

A pesar de la claridad del reglamento a la hora de establecer los medios de prueba admitidos para evidenciar la relación laboral, el Tribunal Supremo ya había interpretado de forma amplia las posibilidades probatorias de la misma. Así, las SSTS núm. 1184/2021, de 25 de marzo y núm. 599/2021 de 29 de abril, establecieron que: “para 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 de prueba establecidos en el art. 124.1 del Reglamento de Extranjería, pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba válido, incluido el certificado de vida laboral derivado de una autorización de residencia que hubiera perdido vigencia”.

Este es el sentido que ha adoptado la nueva regulación del precepto con la entrada en vigor de la reforma del Reglamento de Extranjería el 16 de agosto de 2022, quedando la redacción del segundo párrafo del art. 124.1 de la siguiente forma: “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. A estos efectos se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, en el caso de actividad por cuenta ajena, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo



de 12 meses, y en el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, seis meses.”

Se puede observar que el legislador ha sido generoso a la hora de adoptar el criterio jurisprudencial sobre la admisión de medios de prueba que vayan dirigidos a la acreditación de la relación laboral, no obstante, ahora regula unos requisitos circunstanciales que no se encontraban en la norma anterior. Estos son:

- En el caso de actividad por cuenta ajena como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses
- En el caso del trabajo por cuenta propia una actividad continuada de al menos seis meses.

Antes de la regulación legal, ya se había pronunciado en este sentido la Instrucción 1/2021 de la Secretaría de Estado de Migraciones sobre el Procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral, que, mientras aceptaba el criterio jurisprudencial sobre los medios de prueba, establecía que: “no es posible entender que cualquier tipo de relación laboral con la entidad que fuere pueda derivar en la obtención de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo laboral ya que **ello convertía en superflua la regulación del régimen general de extranjería y desvirtuaría el propio concepto de arraigo** que exige, en palabras de Supremo, una vinculación especial con nuestro país” Por ello, “en cuanto al número de horas, **para entender que la relación laboral tiene entidad suficiente como para dar lugar al arraigo** se aplica analógicamente lo previsto en el art. 124.2 que regula el arraigo social, es

decir, en los contratos a tiempo parcial, al menos 30 horas semanales. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, **es posible cualificar aquellas relaciones laborales irregulares en las que la situación ha derivado en la existencia de una resolución judicial o un acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y entender que estas quedan así por sí mismas configuradas como relaciones laborales con entidad suficiente para permitir el acceso al arraigo laboral**".

En relación con esta última interpretación, la regulación legal actual no se pronuncia, pero se vislumbra una percepción de la figura del Inspector de Trabajo como la "policía de la inmigración", entendiendo la Secretaría de Estado de Migraciones que las relaciones laborales derivadas de la existencia de una resolución judicial o un acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sí tienen entidad suficiente para dar lugar al arraigo independientemente de las horas semanales trabajadas, siempre y cuando se cumplan los dos años de permanencia continuada en España y seis meses de relación laboral comprobables.

En este aspecto, también se pronunciaba el Tribunal Supremo, en la STS 1184/2021 de 25 de marzo, FJ 4º "Ninguna justificación, ni apoyo en la definición de arraigo laboral contenida en el reglamento, tiene 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, en cambio, a quien, concurriendo las mismas circunstancias temporales, haya trabajado de forma legal al amparo de una autorización de residencia anterior que hubiera perdido vigencia".

Sin embargo, puede concluirse, a pesar del empeño jurisprudencial, que no queda claro si con la nueva regulación legal se dará un tratamiento legal distinto a las relaciones laborales clandestinas y no se les exigirá un tiempo mínimo de horas trabajadas semanalmente en relación con las relaciones laborales que puedan probarse a través de un certificado de vida laboral derivadas de un permiso de residencia anterior que hubiera perdido vigencia. Lo que sí queda claro es que, a través de las actas de la Inspección de Trabajo que prueban una relación laboral clandestina es altamente complicado que, las actas de infracción acrediten la duración de la relación laboral, por lo que se fuerza a recurrir a la vía litigiosa (Juzgado de lo Social) para que, en los hechos probados de la sentencia, se fije la antigüedad¹⁵.

Es necesario, dejando atrás las cuestiones de temporalidad, mencionar el reconocimiento legal que hace la nueva reforma del Reglamento Extranjería al trabajador por cuenta propia, mientras la Instrucción 1/2021 de la Secretaría de Estado de Migraciones sobre el Procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral, excluía a los trabajadores por cuenta propia de la posibilidad de solicitar este tipo de arraigo, estableciendo que *“respecto del tipo de relación de trabajo es preciso recordar que la Organización Internacional de Trabajo define la relación laboral como un nexo jurídico entre empleadores y trabajadores. Existe cuando una persona proporciona su trabajo o presta servicios bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. A través de la relación de trabajo, como quiera que se la*

¹⁵ TRINIDAD GARCIA M.L. & MARTIN MARTIN, J., *op. cit.* pp. 117-142.

*defina, se establecen derechos y obligaciones entre el empleado y el empleador, por tanto, **excluyéndose a los trabajadores por cuenta propia**”.*

El legislador, a pesar de referirse en el precepto a “relaciones laborales”, ha abierto la posibilidad de acogerse al arraigo laboral a los trabajadores por cuenta propia que demuestren una actividad continuada de al menos, seis meses. Cabe en este punto, reflexionar sobre la posibilidad del trabajador por cuenta propia que realiza una actividad profesional no declarada durante seis meses y con una permanencia continuada de dos años de acogerse al arraigo laboral, ¿cabría una sanción por parte de la Inspección de Trabajo para el propio trabajador a cambio de la obtención de un permiso de trabajo y residencia?

A pesar de constituir una infracción grave trabajar en España sin permiso de trabajo y residencia, la denuncia de un trabajador que, siendo parte de una relación laboral a través de la economía sumergida, comunica a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se encuentra en esta situación y que cumple los requisitos circunstanciales de permanencia, no supondría una sanción por parte de la propia Inspección para el trabajador, pero sí para el empresario que lo contrata de forma irregular. Sin embargo, no queda claro qué ocurrirá cuando se trate de una actividad profesional realizada por cuenta propia sin declarar y se comunique a la Inspección de Trabajo esta circunstancia a efectos de la obtención del permiso de residencia y trabajo.

Según la literalidad del precepto, no debería quedar excluida la posibilidad de “autodenunciar” una actividad laboral realizada por cuenta

propia no declarada, durante al menos 6 meses y con una permanencia continuada en España de, como mínimo, 2 años con la finalidad de obtener un permiso de residencia y trabajo a través del arraigo laboral.

Por último, cabe mencionar la exigencia jurisprudencial derivada del arraigo laboral de que “se trate de una relación laboral que debe ser cercana en el tiempo al momento de pretenderse la autorización que en él se base” (STS de 25 de marzo 1184/2021 FJ 4º). Esta interpretación que da el Supremo en la sentencia, nace como consecuencia del criterio de la Abogacía del Estado, que defendía que la interpretación del Supremo sobre la admisión de cualquier medio de prueba para la obtención del arraigo laboral, convierte en superflua la existencia misma de la renovación de las autorizaciones de residencia cuyos requisitos, establecidos en el art. 71 REX, ya no sería necesario cumplir nunca, pues bastaría 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, establece el Supremo que “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”.

En este sentido, la STS 480/2021, de 7 de abril, que desestima un recurso porque las relaciones laborales regulares que acreditaba la parte recurrente eran anteriores al 20 de mayo de 2010 y la solicitud de arraigo laboral se solicita el 4 de diciembre de 2015, establece en su FJ 5º como

motivo a la exigencia de que la relación laboral fuera cercana en el tiempo al momento de la solicitud del arraigo lo siguiente *“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 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 respecto del momento de la solicitud”*.

Son muchas las críticas doctrinales a este criterio que exige cercanía entre la relación laboral y la solicitud de arraigo laboral, así, ROJO TORRECILLA, E. se cuestiona si “dos años es un periodo suficiente desde el momento de la solicitud para haber perdido la relación o vinculación especial con nuestro país.... Nuevamente estamos en presencia de conceptos indeterminados que sin duda podrían generar resoluciones administrativas y judiciales contradictorias”¹⁶.

Se puede concluir con que el legislador no ha renunciado a su objetivo, que es facilitar las labores de investigación del Inspector de Trabajo, pues, cuando el criterio jurisprudencial ha obligado a una reforma del arraigo laboral para la admisión de otros medios de prueba, como el certificado de vida laboral, el legislador ha configurado una nueva vía de

¹⁶ ROJO TORRECILLA, E., “Ampliación de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por arraigo laboral”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021, pp. 1-7.

regularización para fomentar la denuncia a la Inspección del Trabajo a través de la nueva figura del art. 127.2 del reglamento de extranjería.

4.1 El incentivo de denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: art. 127.2 REX

A pesar de las medidas de prevención que adopta el legislador para prevenir o castigar la contratación irregular de personas inmigrantes, la realidad es que esta circunstancia es difícil de identificar, pues, normalmente requiere la investigación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que efectivamente acredite la existencia de una relación laboral o, una denuncia del propio inmigrante que, difícilmente, va a reconocer que se encuentra trabajando sin la debida autorización para trabajar.

Es por ello, que, el legislador, siendo consciente de esta circunstancia introduce una nueva vía de regularización que pretende incentivar al inmigrante para que colabore con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Las vías para la obtención de una autorización de residencia y trabajo están reguladas en 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 (en adelante Reglamento de Extranjería) y son: a) la residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo,

b) la protección internacional, c) las razones humanitarias, d) la colaboración con autoridades, la seguridad nacional o interés público.

Antes de la reforma del Reglamento de Extranjería, la única figura legal que reconocía el trabajo del extranjero extracomunitario en España para la obtención de un permiso de residencia y trabajo era el “arraigo laboral”.

Con la reforma del Reglamento de Extranjería, se configura junto con la preexistente autorización de residencia temporal, que prevé una autorización de residencia a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional, un apartado segundo en el artículo 127 del REX que reconoce el trabajo del extranjero en España cuando se colabora con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Se puede comprobar la semejanza entre la figura del arraigo laboral y la regulación del art. 127. 2 (colaboración con la Inspección de Trabajo), incluso, parece ser el arraigo laboral más exigente al requerir dos años de permanencia continuada en España. No obstante, actualmente, la diferencia entre ambos preceptos radica en los *medios de prueba* que se pueden utilizar para acreditar dicha relación laboral.

La regulación del artículo 127. 2 del Reglamento de Extranjería se expresa en los siguientes términos “La Dirección General de Migraciones podrá conceder una autorización de colaboración con la administración laboral competente a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante cualquier medio de prueba, estar

trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año...”

El precepto establece como *conditio sine qua non* la acreditación de una relación laboral ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo que significa que la persona extranjera deberá denunciar a su empleador y que el empleador se verá sancionado por la contratación irregular de la persona inmigrante.

La regulación de este precepto parece imitar la figura del “arraigo laboral” eliminando la permanencia continuada mínima de dos años que exige el mismo, pues, según la literalidad el precepto es suficiente con seis meses de relación laboral.

4.2 La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ¿la policía de la inmigración?

Como se ha establecido anteriormente, la intención del legislador no es reconocer el trabajo de los inmigrantes en España, sino facilitar la labor de investigación de la Inspección de Trabajo para prevenir la contratación irregular del inmigrante en España.

No obstante, esta regulación trae consigo una consecuencia problemática, y es que puede concebir la figura del Inspector de Trabajo como “la policía de la inmigración”¹⁷.

¹⁷ Organización Internacional del Trabajo., “La inspección del trabajo en Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de trabajadores”,

Es innegable la relación de la migración con el derecho del trabajo, pues, “el objetivo principal de los movimientos migratorios no es otro que la búsqueda de un puesto de trabajo”¹⁸. La denuncia a la Inspección de Trabajo de una situación laboral abusiva a la Inspección de Trabajo debe ser una garantía para todos los trabajadores. En este sentido, ya se había pronunciado el Comité de Expertos de la OIT sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR) en los comentarios hechos en 2006 y 2008 con respecto a la aplicación del Convenio N.º 81 “sobre la Inspección de Trabajo en la Industria y El comercio”.

En su Observación de 2008 el Comité estableció que no se debería excluir a ningún trabajador de la protección en base a su condición de trabajador irregular. A tal respecto, el Comité insta al gobierno a “*garantizar que los trabajadores extranjeros en situación irregular disfruten de la misma protección de la inspección del trabajo que los otros trabajadores*” y que “*adopte medidas para que las facultades que tienen los inspectores para entrar en los establecimientos sujetos a su control no sean utilizadas para realizar operaciones conjuntas con miras a la ejecución de la política de lucha contra la inmigración clandestina*”¹⁹. De cualquier otra forma, entiende la Comisión, se rompe el clima de confianza que debe existir entre el trabajador y la figura del inspector.

Programa Sobre Administración e Inspección de Trabajo, núm.7, 2010 pág. 14

¹⁸ RAMOS QUINTANA, M. I., “*Transformaciones del Estatuto Jurídico de los Trabajadores Migrantes*”, *Anuales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2001, pág. 387

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo. CEACR Observación 2008, Convenio No. 81, Francia.

Se manifiesta en la propia regulación del art. 127.2 del Reglamento de Extranjería, la prevalencia de la existencia de una relación laboral de “entidad suficiente” frente a los derechos del inmigrante trabajador, pues, la exigencia de seis meses de trabajo “en el último año” implica la imposibilidad de acumular meses de trabajo de años anteriores. La persona inmigrante para poder optar al permiso de trabajo como consecuencia de algún abuso derivado de las irregularidades que contempla la actividad laboral sin contrato deberá haberlo sufrido durante un período mínimo de seis meses en el último año, no pudiendo denunciar situaciones de abuso laboral que no quepan en los requisitos circunstanciales que exige el precepto, pues, si lo hiciera, no solo expone a su empleador a una sanción administrativa, sino que también se expone a el mismo.

Por tanto, además de la manifiesta carencia de protección al derecho del trabajo de la persona inmigrante, la regulación del precepto puede también provocar un aumento del recelo y los prejuicios de contratación a personas inmigrantes. Con el paso del tiempo y la aplicación del precepto veremos cuál es el porcentaje de autorizaciones que se otorguen a través de esta vía.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones de este trabajo deben ser abordadas desde la siguiente pregunta: ¿la economía sumergida es un resultado de la inmigración o, por el contrario, es resultado de las políticas migratorias y la normativa reguladora de la inmigración?



Lo que está claro es que las consecuencias positivas de la inmigración no suponen ningún descubrimiento: me refiero al aumento de los puestos de trabajo, al aumento del consumo, al aumento de la natalidad (en un país que está envejecido), el aumento en la tributación (si se diera la posibilidad de que las personas inmigrantes pudieran acceder a un contrato de trabajo), al intercambio cultural, etc.

Los modelos legislativos estrictos y poco permisivos nacen como consecuencia del estigma y el miedo a una realidad imparables; el flujo migratorio ha sido y es uno de los movimientos más fuertes en la historia de la humanidad, pues, su impulsor es la supervivencia humana en aras de una vida mejor. Las peligrosas rutas migratorias a las que se enfrenan los propios migrantes nos han demostrado que la migración es un derecho que no conoce de fronteras ni de leyes.

Es por ello por lo que puedo afirmar que el control fronterizo y la cooperación internacional en interés de evitar la entrada de inmigrantes a países europeos empieza a carecer de sentido; se debe apostar por un único modelo que busque la integración de las personas inmigrantes. Y cuando sea aceptada esta realidad, entonces comenzará a tener sentido regular de forma consciente e invertir en un modelo legislativo que efectivamente persiga la integración social y laboral de las personas inmigrantes.

No es reciente la aplicación de la fórmula de los arraigos en España, y desde entonces, ha quedado demostrado que esta figura ha fracasado, generando un índice elevado de economía sumergida y fraude. Los tiempos de permanencia exigidos para las solicitudes de arraigo son excesivamente

largos, y la consecuencia es que las personas inmigrantes se ven obligadas a participar en la economía sumergida a través del trabajo irregular.

Cabe reflexionar sobre otro de los efectos que, de forma colateral, ocasionan los tiempos y los requisitos excesivamente rigurosos de los arraigos; me refiero al colapso del sistema en materia de Protección Internacional. Son muchas las solicitudes de Protección Internacional que carecen de fundamento, pero, aun así, son instadas motivadas por la urgencia de obtener una autorización de residencia y trabajo: hasta que se resuelve la solicitud de Protección Internacional, el solicitante tendrá derecho a residir y trabajar en España de forma temporal, así muchas solicitudes se presentan sin sostenimiento alguno y provocan un colapso sobre aquellas solicitudes de Protección Internacional que sí tienen una causa real.

Es fundamental el papel del derecho del trabajo en los fenómenos migratorios, pues, el objetivo principal del migrante es construir una vida mejor basando la estructura de esta idea en un puesto de trabajo digno y con garantías laborales. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debe garantizar la defensa de los derechos del inmigrante, independientemente de su situación administrativa y debe dejar atrás el papel de “policía” impuesto por un sistema arcaico y poco realista. Porque si cabe catalogar la inmigración como un problema, lo es sobre todo para el inmigrante, que, en la mayoría de los casos, se enfrenta a un país desconocido, expuesto a una situación de vulnerabilidad, muchas veces incrementada por la barrera del idioma.

Sin ánimo de desacreditar la Reforma del Reglamento de Extranjería, que ha creado una nueva figura que parece facilitar la obtención de las autorizaciones de residencia (me refiero al arraigo para la formación), es evidente que flexibilizar y acomodar la normativa a la realidad que vivimos en materia de migraciones, es necesario y urgente y para ello, se debe concienciar política y socialmente a una población que está mirando para otro lado excusando su desconocimiento en discursos estigmatizados como es el de “los inmigrantes vienen a quitarnos el trabajo”.

En conclusión,

PRIMERO: La economía sumergida a través del trabajo irregular se está viendo potenciada por la normativa en materia de extranjería, que lejos de ser inclusiva, perpetra un sistema excluyente y con pocas posibilidades para el inmigrante en situación administrativa irregular.

SEGUNDO: La Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe atender aquellos supuestos en los que la economía sumergida a través del trabajo irregular abusa del inmigrante desde una perspectiva garantista que no perjudique al inmigrante, pues, es el empleador el que opta por la contratación irregular, mientras que el inmigrante se ve obligado a la participación en la misma.

TERCERO: Es imprescindible un replanteamiento sobre el modelo de acogida de los países de la Unión Europea: no puede afrontarse esta realidad desde el control (ya sea fronterizo o ya sea en el país de acogida), sino desde la integración social y laboral del inmigrante.



6. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO CARPIO, C., “Economía Sumergida y Trabajador Inmigrante”, *Revista del Instituto Universitario de Estudios Sobre Migraciones*, núm. 4, 1998

MORENO FUENTES F.J. “Inmigración, sanidad, crisis económica y politización de la inmigración en España”, *Revista Interdisciplinar Da Mobilidade Humana*, vol. 20, 2013

CONTRERAS SOLER, J. “Las autorizaciones excepcionales iniciales (en particular, los supuestos de arraigos social, laboral y familiar) a la luz de la última jurisprudencia”. *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, núm. 9, 2021

FRANCH, X. & DOMINGO, A. & SABATER A., Perspectiva municipal del arraigo en la provincia de Barcelona, 2006-2009 *Documento de Análisis Geográfica*, 57/3, 2011

NUÑEZ HERRERA, V. E., *Modificación del Reglamento de Extranjería de la Ley de Extranjería: Claves, expectativas y realidades (RR. DD. 629/2022 y 557/2011)*, Sepín, Madrid, 2022, 1

TRINIDAD GARCIA M.L & MARTIN MARTIN J., “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” *Estudios Revista Internacional de Estudios Migratorios*,
Volumen 2, 2012

ROJO TORRECILLA, E., “Ampliación de la posibilidad de solicitar la
autorización de residencia por arraigo laboral”, *Revista de Jurisprudencia
Laboral*, núm. 5, 2021

Organización Internacional del Trabajo., “La inspección del trabajo en
Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de trabajadores”,
Programa Sobre Administración e Inspección de Trabajo, núm.7, 2010

RAMOS QUINTANA, M. I., “*Transformaciones del Estatuto Jurídico de
los Trabajadores Migrantes*”, *Anuales de la Facultad de Derecho*, núm. 18,
2001