

**LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS SOLICITANTES DE
PROTECCIÓN INTERNACIONAL CUANDO INSTAN ACCEDER
AL ARRAIGO LABORAL A RAÍZ DE LA STS 103/2024 (SALA DE
LO CONTENCIOSO), DE 24 DE ENERO**

***THE SITUATION OF PERSONS APPLYING FOR INTERNATIONAL
PROTECTION WHEN THEY ASK FOR ACCESS TO WORK ROOTS
AS A RESULT OF STS 103/2024 (CONTENTIOUS CHAMBER), OF
JANUARY 24***

LUIS RAMOS POLEY

*Profesor lector de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Girona
<http://orcid.org/0000-0001-9805-7547>*

Cómo citar este trabajo: Ramos Poley, L. (2024). La situación de las personas solicitantes de protección internacional cuando instan acceder al arraigo laboral a raíz de la STS 103/2024 (Sala de lo contencioso), de 24 de enero. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 14 (2), 1–26. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.11087>

RESUMEN

El presente trabajo se centra, en primer lugar, en encuadrar el marco regulatorio básico sobre el derecho de asilo y la protección subsidiaria, dos vías de acceso que parten del compromiso del cumplimiento de las obligaciones derivadas básicamente de la Constitución Española, de la Convención de Ginebra y de su Protocolo, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En segundo lugar, se estudia otra vía de acceso como es el arraigo laboral, que es una forma excepcional de

acceder a una situación administrativa legal, y la reciente modificación operada por el RD 629/2022, de 26 de julio que introduce nuevas formas de acreditación del arraigo laboral, donde singularmente se fija en el acceso a esta figura por parte de persona solicitante de protección internacional para centrarse en la importante STS (Sala de lo Contencioso), de 24 de enero de 2024 (Rec. 8727/2022), que concreta la situación especial en la que se encuentran estas personas y la imposibilidad de poder agrupar su periodo de tolerancia en España para una acceso al arraigo laboral.

PALABRAS CLAVE: solicitud protección internacional, arraigo laboral, asilo, protección subsidiaria, inmigración.

ABSTRACT

This paper focuses, first, on framing the basic regulatory framework on the right to asylum and subsidiary protection, two access routes that are based on the commitment to comply with the obligations derived basically from the Spanish Constitution, the Geneva Convention and its Protocol, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. Secondly, another access route is studied, such as work roots, which is an exceptional way of accessing a legal administrative situation, and the recent modification made by RD 629/2022, of July 26, which introduces new forms of accreditation of work roots, where it particularly focuses on access to this figure by a person requesting international protection to focus on the important STS (Contentious Chamber), of January 24, 2024 (Rec. 8727/2022), which specifies the special situation in which these people find themselves and the impossibility of being able to group their tolerance period in Spain for access to work roots.

KEYWORDS: application, international protection, employment roots, asylum, subsidiary protection, immigration.

SUMARIO

Introducción

- I. El arraigo laboral como forma de regularización administrativa y como vía de acceso para las personas solicitantes de protección internacional*
- II. Marco regulatorio del asilo y de la protección subsidiaria*

III. La ruptura interpretativa que supone la STS (Sala de lo Contencioso), de 24 de enero de 2024 (Rec. 8727/2024)

- 1. Posición jurídica en la que se encuentra la persona solicitante de asilo*
- 2. El derecho a permanecer de las personas solicitantes de asilo no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia*

IV. Efectos del fallo del Tribunal Supremo sobre las personas solicitantes de protección internacional

V. Conclusiones

Bibliografía

Anexo

Introducción

En el año 2023, la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior recibió 163.218 solicitudes de protección internacional, cifra que aumentó en un 32% respecto al año 2022 y que es la mayor desde que se creó la oficina en el año 1992. España es el tercer país de la Unión Europea receptor de protección internacional y refleja la tendencia que se inició en el año 2015 cuando se pasa de estar entre los países europeos que menos solicitudes de asilo recibe a situarse entre los primeros¹. En el año 2023, se otorgaron 7.521 estatutos de persona refugiada y a 3.850 personas se les concedió la protección subsidiaria. También, dentro de este ámbito, 41.478 personas procedentes de Venezuela fueron beneficiarias de la autorización de residencia y trabajo por razones humanitarias². Según la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, la mayoría de las personas que solicitan asilo en España provienen de Venezuela, Colombia y Perú, representando el 79% del total de las solicitudes presentadas, donde su entrada en España se realiza a través de frontera aérea. También aumenta el reconocimiento de protección a personas procedentes de Honduras y El Salvador, que huyen mayoritariamente por la violencia de las maras, y de Nicaragua, por la violencia política. Es destacable el número de solicitudes rechazadas a personas procedentes de Colombia y Senegal, un 94% y 83%, respectivamente, cuando sigue la presión y las

¹ MORENO-AMADOR, G. (2023): *Refugio en disputa: las políticas de asilo en España*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, p. 20 y ss.

² LA MONCLOA (2023): La oficina de Asilo y Refugio registra 163.218 solicitudes de protección internacional en 2023, máximo histórico desde su creación. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2024/110123-marlaska-conferencia-embajadores.aspx>

amenazas en aquellos países sobre activistas, líderes comunitarios o por la crisis sociopolítica en el país africano³.

En este sentido, cabe reflexionar sobre la razón por la que el origen de las personas que solicitan mayoritariamente protección en España radique en Sudamérica. Es posible que ello sea por los lazos históricos que les une a nosotros, porque en España ya se encuentran residiendo familiares, lo que facilita su acceso por otras vías de carácter temporal, por el idioma o porque están exentos de la obligación de visado.

De forma general, de conformidad con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante LAPS) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) el plazo para resolver las solicitudes de protección internacional es de seis meses, sin embargo, es habitual que este proceso se alargue en el tiempo, incluso años, más si se le añaden las posibilidades de recurrir las resoluciones dentro del propio procedimiento administrativo o ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta situación ha comportado en algunos casos que las personas solicitantes, especialmente por la larga espera que han de soportar, piensen, al tiempo de que pueda ser desestimada formalmente su solicitud, renunciar a la misma. Pero también, acabado el proceso administrativo o contencioso-administrativo, agrupar los periodos de trabajo realizado para, en los dos casos, acceder a la vía del arraigo laboral. Ya sea, en algunos casos, como condena a la administración por la demora en resolver, o por la vía de la agrupación y reconocimiento de los periodos que se ha residido y trabajado en España de forma legal.

El presente trabajo y su estructura trata esta particular situación de las personas solicitantes de protección internacional que con el tiempo han ido buscando alternativas al asilo o a la protección subsidiaria por la vía del arraigo laboral. Para ello se estudiará el arraigo laboral como vía de acceso a España y, en segundo lugar, la conexión que trata de establecerse con la protección internacional. Bajo este paradigma, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha fijado una doctrina que imposibilita el acceso al arraigo laboral de las personas solicitantes de protección internacional por la situación peculiar en la que se encuentran en nuestro país mientras se resuelve su solicitud. Es el estudio particular, en último lugar, de esta sentencia la que cierra el debate, por el momento, sobre la cuestión, aunque deja ciertos puntos para el estudio que, en parte, son tratados en este trabajo.

³ CEAR (2024): España retrocede en concesiones de protección pese a recibir cada año más solicitudes. <https://www.pear.es/espana-concesiones-proteccion-cifras/>

I. El arraigo laboral como forma de regularización administrativa y como vía de acceso para las personas solicitantes de protección internacional

Algunas de las vías o posibilidades de acceder o mantenerse en nuestro país es a través de aquellas situaciones denominadas excepcionales, son figuras como el arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen de forma reglamentaria (art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante LOEx.).

Concretamente, y circunscribiéndonos al objeto de este trabajo, el arraigo como tal comprende situaciones singulares donde unas determinadas situaciones laborales, sociales, familiares o por formación facilitan el reconocimiento formal de un vínculo especial con el país, dicho de otro modo, la persona extranjera echa raíces. El legislador consideró en su momento adoptar un procedimiento permanente para dar respuesta a las distintas situaciones individuales de irregularidad⁴, debido a que las personas extranjeras que se encuentran en nuestro país se encuentran en distintas situaciones⁵. Se establecieron formas de regularización administrativa que, separadas de una norma singular colectiva de regularización, dan la posibilidad de revertir una situación administrativa irregular en legal a través de un cauce en el que no se deja de reconocer un fallo en el sistema de acceso de personas extranjeras, donde no se debe de permitir que sigan permaneciendo en situación de irregularidad.

En su anterior regulación, el art. 124.1 del 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 RELOEx.) señalaba que «Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite».

⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2006): El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, ISSN 1137-5868, Nº 63, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo), págs. 175-196.

⁵ DORMIDO ABRIL, J. (2024): El arraigo: tipología y cuestiones controvertidas. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20, p. 6.

Esta redacción tuvo que ser interpretada por el Tribunal Supremo ya que se ponía en juego la tutela judicial efectiva de las personas extranjeras al imponer la normativa reguladora dos únicas posibilidades de acreditación de la relación laboral y su duración. En este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso), de 25 de marzo de 2021 (Rec. 1602/2020), vino a señalar que encontrándonos dentro de un derecho fundamental, de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE), las normas no pueden ser interpretadas de forma restrictiva sino que han de serlo de forma favorable a la mayor efectividad del derecho fundamental afectado, especialmente cuando se encuentra con la dificultad de probar estas relaciones clandestinas. Determinando que el arraigo laboral se puede acreditar mediante cualquier medio de prueba válido en derecho.

Posteriormente a este fallo, la Secretaría de Estado de Migraciones procedió a dictar la Instrucción SEM 1/2021, de 8 de junio, sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral. En dicha Instrucción parece que ya nos estuviera avanzando el posicionamiento de las siguientes resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, como veremos más adelante. Esta Instrucción hacía mención a varias normas que dan señal de lo que ha de inspirar la interpretación del arraigo laboral (cabría considerar que los otros tipos de arraigo y la creación del nuevo arraigo para la formación). En primer lugar, que la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, nos indica que «Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio».

En segundo lugar, se expresa que en el año 2008 (quizás un tiempo lejano para poder tener una visión real de lo que hoy son las migraciones) el Consejo Europeo en el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo convino que era necesario «limitarse a regularizaciones caso a caso y no generales en el marco de las legislaciones nacionales, por motivos humanitarios o económicos».

En tercer lugar, que la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, señala en los Considerando 2 y 3 que existe una posibilidad real de encontrar trabajo en la Unión Europea sin poseer el estatuto legal exigido y que ello es uno de los principales factores de atracción de la inmigración clandestina a la UE, de ahí que la lucha contra la inmigración clandestina y la estancia ilegal deba incluir medidas que atajen ese factor de atracción, medidas que han de «centrarse en la prohibición general del empleo de nacionales de terceros países que no tengan derecho a residir en la UE, y en la imposición de sanciones a los empleadores que no la respeten».

Por otro lado, y parecería ser que elevando una Instrucción de la Secretaría a norma reguladora ya que se establecen unos requisitos no expresados en el RELOEx., se indica que derivado del concepto de arraigo que, en palabras del Tribunal Supremo, exige una vinculación especial con nuestro país, «se deduce que no es posible entender que cualquier tipo de relación laboral con la entidad que fuere puede derivar en la obtención de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo laboral ya que ello convertiría en superflua la regulación del régimen general de extranjería y desvirtuaría el propio concepto de arraigo», olvidando la Instrucción que el RELOEx. ya preveía esta cuestión al exigir «la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses» (art. 124.1 RELOEx.).

Así, la Instrucción añade otros requisitos al margen de la regulación reglamentaria, partiendo desde la base de que por relación laboral se entiende aquellas que hayan sido irregulares como aquellas regulares que hayan podido concertarse al amparo de autorizaciones cuya vigencia haya expirado. En primer lugar, estableciendo un mínimo de salario percibido por la prestación profesional de cada una de las relaciones laborales que se acrediten, que deberá ser por una cuantía igual o superior al salario mínimo interprofesional, en segundo lugar, que la relación laboral o en su caso las relaciones laborales que acontecen de forma coetánea deberán representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en cómputo global, y que en el caso de relaciones laborales irregulares se entenderán que «tienen entidad suficiente para permitir el acceso al arraigo laboral en todo caso siempre que exista resolución judicial o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo Seguridad Social». De este párrafo no acaba por entenderse si la Instrucción cumpliría o no con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Lo que sí puede entenderse es que la acreditación a través de estos mecanismos podría ser valorada por la Administración de forma diferente a la que puede serlo por cualquier medio de prueba válido en derecho, como después matiza el apartado 1.3.3 de la Instrucción donde se indica que respecto a la «Forma de acreditar la relación laboral. La relación laboral deberá ser acreditada de forma efectiva si bien podrá serlo por cualquier medio de prueba válido en derecho», donde lo acabaría confirmando el párrafo que señala que en el caso de relaciones laborales irregulares «se considerarán en todos los casos como suficientemente acreditadas aquellas en las que exista una resolución judicial o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», donde también será «prueba especialmente cualificada el acta de conciliación».

El 26 de julio de 2022, la figura del arraigo laboral y social fue alterada por el Real Decreto 629/2022, que modifica el RELOEx. En esta fecha se produce una importante modificación en la regulación reglamentaria introduciendo un nuevo modelo de gestión laboral de la migración, si bien no consiguió el consenso con los sindicatos mayoritarios de nuestro país al considerar que la reforma era incompleta y de carácter unilateral,

rompiendo el consenso en política de migración laboral que sí se produjo en los años 2004 y 2011⁶.

Por lo que hace al arraigo laboral, se facilita su acceso, básicamente adecuándolo a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en la interpretación de sus preceptos y a la realidad laboral y social⁷. Además de haberse creado un nuevo arraigo para la formación que permite una estancia tolerada a personas que se encuentran en situación irregular a cambio del compromiso de realizar una formación, donde posteriormente podrán incorporarse al trabajo.

El arraigo laboral en su nueva redacción introduce un cambio sustancial en el acceso y en la forma de acreditación de la relación laboral. Por lo que hace al acceso, las personas extranjeras que desean acceder a esta vía han de encontrarse en situación de irregularidad en el momento de la solicitud. En segundo lugar, el acceso solo puede canalizarse por aquellas personas extranjeras que hayan tenido una relación laboral previa en situación legal de estancia o residencia, por lo que la situación de irregularidad ha de ser y previa a una situación legal. La STS (Sala de lo Contencioso), de 25 de marzo (Rec. 1602/2020), ya declaró que en este tipo de trabajo también tenían cabida «cualesquiera relaciones laborales, las clandestinas, hayan aflorado o no ante la Inspección o los Tribunales, y las no clandestinas, como (...), las que hayan podido concertarse al amparo de anteriores autorizaciones de residencia cuya vigencia hubiera expirado» y que la doctrina calificó como una interpretación altamente integradora⁸. Un cambio importante que podría alejarse de lo que parte de la doctrina académica había calificado de medida disuasoria⁹, por la necesidad anterior de la presentación de una resolución judicial o resolución administrativa confirmatoria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acreditara una relación laboral en situación de irregularidad, y que se había señalado como un mecanismo poco utilizado¹⁰, ya que suponía la necesidad de esta acción por parte de la persona trabajadora irregular o una actuación de oficio, además de las posibles represalias frente a personas con una gran

⁶ COMISIONES OBRERAS (2022): CCOO y UGT rechazan la modificación del Reglamento de Extranjería aprobada en Consejo de Ministros. https://www.ccoo.es/noticia:633525--CCOO_y_UGT_rechazan_la_modificacion_del_Reglamento_de_Extranjeria_aprobada_en_Consejo_de_Ministros&opc_id=8c53f4de8f09d2e54f19daf8d8ed95

⁷ RAMOS POLEY, L. (2023): El nuevo modelo de gestión laboral de la migración a partir de la reforma operada por el Real Decreto 620/2022, de 26 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 475, p.120 y ss.

⁸ ROJO TORRECILLA, E. (2021): Ampliación de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por arraigo. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021, p. 5. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001281

⁹ MÁRQUEZ PRIETO, A. (2005): Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral (A propósito del art. 45.2.a) del Reglamento de Extranjería), *Aranzadi Social*, núm.10. Citado en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.A.(2017): Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis. *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, p. 62.

¹⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2010): *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Ed. Wolters Kluwer España, Madrid, p. 416.

vulnerabilidad. Ahora, la medida disuasoria la volveríamos a recuperar con la inclusión de un nuevo apartado 2 en el art. 127 RELOEx., que viene a detallar que se podrá conceder una autorización de residencia por colaboración con la administración laboral a aquellas personas que acrediten frente a 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. Sobre esto último habrá que ver si con el paso del tiempo este mecanismo consigue la efectividad que ha perseguido el regulador.

Siguiendo con la nueva redacción, en cuanto a la forma de acreditación de la relación laboral, se admite que la persona interesada pueda presentar cualquier medio de prueba, no obstante la relación laboral ha de ser, como se venía apreciando desde la Instrucción SEM 1/2021, de 8 de junio, de «entidad suficiente», donde el regulador entiende que ha de ser aquella que realizada en los últimos 2 años sea como mínimo de una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses, y que en el caso de una persona trabajadora por cuenta propia ha de ser de una actividad continuada de, al menos, seis meses.

En el mejor de los casos, la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razón de arraigo laboral lleva aparejada una autorización de trabajo en España con una vigencia por igual de un año, igual que sus prórrogas. Esta autorización puede cambiar a una situación de residencia y trabajo por cuenta ajena si la persona extranjera ha permanecido durante un año en España en esta circunstancia excepcional, esta nueva autorización tendrá una vigencia de dos años (art. 202 RELOEx.).

Llegados a este punto, hay que fijarse en las personas solicitantes de protección internacional que, a través del arraigo laboral, tratan de permanecer en España cuando se les ha denegado su solicitud y así evitar una situación de irregularidad o las consecuencias derivadas de tal denegación. La compatibilidad de las personas solicitantes de protección internacional de acogerse al arraigo laboral ha sido una cuestión polémica, el motivo es que la Administración exigía a las personas solicitantes de asilo que deseaban realizar una petición por la vía del arraigo, la renuncia a dicha solicitud¹¹. Esta cuestión fue motivo de queja frente al Defensor del Pueblo donde se ponía de manifiesto que la Administración, en concreto la Oficina de Extranjería de Valencia, exigía a estas personas, que presentaran petición para obtener autorización de residencia por arraigo, que renunciaran a la solicitud de asilo, si se les concedía dicha autorización. El Defensor del Pueblo en su recomendación puso de manifiesto la carencia de sustento legal de dicha imposición, especialmente cuando el asilo ofrece una

¹¹ ROLDÁN SÁNCHEZ-ARÉVALO, C. (2022): Las modificaciones en la regulación del arraigo laboral y su compatibilidad con las solicitudes de protección internacional. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 59/2022, p. 14 y ss

protección superior a la del arraigo, comportando ello «el incumplimiento del compromiso de la administración española de garantizar el derecho de asilo a aquellas personas que estén en necesidad de protección internacional y coloca en situación de riesgo a los interesados que, una vez renuncian a su solicitud de asilo, ya no están protegidos por el principio de no devolución»¹². De hecho, en el año 2016 se realizó un estudio por dicha institución que analizaba la gestión de las solicitudes de protección internacional y de los recursos del sistema de acogida español, donde se recomendaba al Subsecretario de Interior «Clarificar la compatibilidad de los procedimientos de asilo con los regulados por la ley de extranjería, en particular con los relativos a menores y trata de seres humanos»¹³, motivado por la recepción de quejas sobre las dificultades para que las personas solicitantes de asilo puedan obtener autorizaciones de residencia. El caso es que frente a la demora en la resolución de las demandas de asilo, el solicitante decidía solicitar una autorización por arraigo donde la Administración les informaba que, de forma errónea, debían de renunciar al asilo. El Defensor del Pueblo concluyó que, dadas las circunstancias concurrentes, reclamaría a la Subsecretaría de Interior que se elaborara urgentemente una instrucción que evitara interpretaciones fuera el marco legal vigente.

La Secretaria de Estado de Migraciones respondió a la recomendación realizada por el Defensor del Pueblo a través de una nota de prensa en la que partiendo desde la base de que «el procedimiento de extranjería y el que se enmarca la protección internacional responden a dos realidades diferenciadas», se estimaba que las personas solicitantes de protección internacional pudieran solicitar, por circunstancias excepcionales, una autorización de residencia por arraigo laboral, sin que pueda comportar en ningún caso la renuncia al procedimiento de asilo, ni ser inadmitida a trámite¹⁴.

Sin embargo, este posicionamiento de la anterior Secretaria de Estado de Migraciones tuvo poco recorrido, ya que después de la reforma operada por el RD 629/2022, de 26 de julio, se alejaba esta posibilidad de que las personas solicitantes de asilo pudieran acudir al arraigo laboral, ya que se introducía un nuevo requisito en el art. 124.1 RELOEx. para poder acogerse a esta vía de acceso y es que ahora la persona solicitante de arraigo laboral debía de encontrarse en situación de irregularidad en el momento de la solicitud, situación en la que no se encuentran las personas solicitantes de protección internacional.

¹² DEFENSOR DEL PUEBLO (2017): Compatibilidad entre procedimientos de asilo y de extranjería. En particular, solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales relativas a menores y trata de seres humanos.

¹³ DEFENSOR DEL PUEBLO (2016): *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid, pp. 99 y 104.

¹⁴ MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2020): Los solicitantes de protección internacional podrán obtener una autorización de residencia sin renunciar a su estatus. <https://www.inclusion.gob.es/w/los-solicitantes-de-proteccion-internacional-podran-obtener-una-autorizacion-de-residencia-sin-renunciar-a-su-estatus>

II. Marco regulatorio del asilo y de la protección subsidiaria

En primer lugar, hay que reflejar que estas dos formas de acceder a España están cobrando una especial relevancia en los últimos años, desgraciadamente por los acontecimientos surgidos tanto por la invasión rusa frente a Ucrania, que ha comportado la adopción de medidas de ayuda humanitaria en la Unión Europea y en España dirigidas a la población ucraniana que ha podido huir de la guerra. Concretamente, en el Estado español se han aprobado una serie de normas que buscan particularmente el reconocimiento de una protección temporal¹⁵. Situación ahora todavía más acentuada por el conflicto entre Israel y Palestina y que se ha ido extendiendo hacia el Líbano e Irán, lo que comportará el desplazamiento de millones de personas en busca de ayuda humanitaria¹⁶, y que demandará a los Estados una mayor responsabilidad y capacidad de respuesta para no volvernos a encontrar con la misma situación surgida en el año 2015, cuando miles de personas intentaban cruzar el mar mediterráneo huyendo de los conflictos y la persecución en Afganistán, Irak o Siria.

El régimen especial del asilo y de la protección subsidiaria tienen por objeto la salvaguarda de los derechos humanos más básicos. España se adhirió en 1978 a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

Son situaciones excepcionales expresamente definidas en la LAPS, que es donde la normativa de extranjería nos remite, y por la que se establecen los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas, de conformidad con el art. 13.4 CE, podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria (art. 1 LAPS). El desarrollo reglamentario de esta doble protección se sigue regulando por el antiguo RD 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (en adelante RD 203/1995).

En el ámbito de la Unión Europea (en adelante UE) el derecho de asilo se garantiza en el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo ámbito se desarrolla una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal que tiene por objeto ofrecer un estatuto apropiado a toda persona nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el principio de no devolución. Una política que ha de ajustarse a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 1967, así como a los demás tratados que sean pertinentes (art. 78.1 Tratado de

¹⁵ RAMOS POLEY, L. (2024): El impacto de la nueva Ley de Empleo en las personas migrantes y refugiadas. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 112, pp. 1-26.

¹⁶ UNHCR. ACNUR (2024): Nuevos ataques causan pérdidas y desplazamiento entre personas libanesas y sirias. <https://www.acnur.org/noticias/historias/nuevos-ataques-causan-perdidas-y-desplazamientos-entre-personas-libanesas-y-sirias>

Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE). Las medidas que han de llevar a un sistema europeo común de asilo se establecen en el propio apartado 2 del art. 78 TFUE, entre estas: un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, valido en toda la UE; un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; y la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal.

En desarrollo de esta disposición, y sin ánimo de ser exhaustivo, son diversas regulaciones las que se han ido estableciendo en el seno de la UE, que en la actualidad se han visto afectadas por un paquete de normas aprobadas el pasado día 14 de mayo de 2024, derivadas del reciente Pacto sobre Migración y Asilo. En virtud de ello, encontramos la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre, norma que quedará sustituida a partir del día 12 de junio de 2026 por las modificaciones sustanciales que la afectan tras la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1347, de 14 de mayo, aplicable a partir del 1 de julio de 2026, y que tiene por objeto establecer las normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que puedan acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección internacional concedida.

También encontramos el Reglamento (UE) 603/2013, de 26 de junio, que quedará sustituido tras la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1358, de 14 de mayo, aplicable desde el día 12 de junio de 2026, con unos objetivos más ambiciosos que su predecesor sobre el sistema «Eurodac».

El Reglamento (UE) 604/2013, de 26 de junio, que quedará derogado a partir del día 1 de julio de 2026 por el Reglamento (UE) 2024/1351, de 14 de mayo, y que tendrá por objeto establecer un marco común para la gestión del asilo y la migración en la Unión y para el funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo, establecer un mecanismo de solidaridad y establecer los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional.

La Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, afectada por la Directiva (UE) 2024/1346, de 14 de mayo, que la deroga a partir del día 12 de junio de 2026, que tiene por objeto establecer normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional en los Estados miembros, y que la modifica especialmente para lograr una mayor claridad. Y

la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio, esta última también afectada por el Reglamento (UE) 2024/1348, de 14 de mayo, que por los cambios sustanciales introducidos la deroga para sustituirla a partir del día 12 de junio de 2026 (arts. 78 y 79.2), donde tendrá por objeto establecer un procedimiento común para la concesión y retirada de la protección internacional de conformidad con el Reglamento (UE) 2024/1347, de 14 de mayo.

Y por último, también localizamos al Reglamento (UE) 2021/2303, de 15 de diciembre, que crea la Agencia de Asilo de la Unión Europea sustituyendo la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, y a la Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio, que establece las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

La LAPS indica en su art. 2 que el derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en su art. 3 y en la Convención de Ginebra y su Protocolo. Y que el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a aquellas personas de otros países y a los apátridas que reúnen los requisitos establecidos en el art. 4.

Los efectos de la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implica el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra, en la normativa en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la UE, y en todo caso, entre otros, a la autorización de residencia y trabajo permanente (art. 36 LAPS). Este derecho al trabajo también se extiende a aquellas personas que son solicitantes de protección internacional según se establezca de forma reglamentaria, en cuyo caso se regula esta posibilidad en función de las circunstancias del expediente y la situación del interesado (art. 15.2 RD 203/1995), que no deja de ser una consecuencia de la aplicación de la prohibición de expulsión y devolución mientras sea resuelto el procedimiento. Del mismo modo queda regulado en la DA 21ª RELOEx. que autoriza a trabajar a las personas solicitantes de protección internacional una vez hayan transcurrido seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que esta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable a la persona interesada. Incluso la denegación de la solicitud puede comportar en algunos casos el mantenimiento de la posibilidad de trabajar (art. 31 RD 203/1995, y 37.b y 46.3 LAPS).

No obstante, si bien el acceso al trabajo de las personas solicitantes de protección internacional es un derecho que también garantiza la Directiva 2013/33/CE como condición de acogida (art. 2.f), donde no sería un acto discrecional de los Estados su concesión, básicamente porque se les garantiza a estas personas un nivel de vida digno y

se fomenta su autonomía (Considerandos 11 y 23). La doctrina investigadora ha señalado que esta no es una «cuestión unilateralmente garantista del TJUE»¹⁷ (comentando la STJUE de 14 de enero de 2021, *K.S., M.H.K., The international Protection Appeals Tribunal y otros y R.A.T. y D.S. contra The Minister for Justice and Equality*, asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19), que viene siguiendo una controvertida doctrina en los últimos años respecto a la protección internacional, en conexión con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que supone un retroceso en la construcción de un sistema europeo común de asilo y en los valores que presiden e informan las normas fundamentales de la UE¹⁸, donde el TJUE resuelve en este caso sobre la antigua lógica de la Comisión de que impedir el acceso al trabajo de estas personas también comporta un coste social durante el tiempo de la tramitación, visión que se asienta en el elemento económico o monetario y que difumina la tradicional vertiente casuística de la migración forzosa y económica de las personas migrantes¹⁹ e idea que nace de la concepción de que las personas solicitantes de protección internacional son una carga, alejada de la que responde a que son una oportunidad para la sociedad de acogida en el aspecto económico, demográfico, social y cultural²⁰.

III. La ruptura interpretativa que supone la STS (Sala de lo Contencioso), de 24 de enero de 2024 (Rec. 8727/2022)

La sentencia citada tiene por objeto resolver sobre el caso de una persona extranjera que solicitó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo y que le fue denegada por la Delegación del Gobierno en Navarra ya que se encontraba en recurso de reposición, por la misma persona, la petición de una solicitud de asilo y protección subsidiaria que no había sido resuelta en el momento de solicitarse la autorización por arraigo laboral.

Frente a ello se presenta recurso contencioso-administrativo frente a la resolución emitida por la Delegación del Gobierno en Navarra. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pamplona/Iruña en la sentencia de 14 de marzo de 2022 (Procedimiento Abreviado nº 14/2022), razona que partiendo desde la base de que en circunstancias normales, entendiendo por tales la resolución de la solicitud de asilo en un plazo de tiempo razonable, no resultaría posible acoger la pretensión al tratarse de

¹⁷ MIÑARRO YANINI, M. (2021): Empleo y solicitantes de protección internacional: una garantía social del sistema comunitario de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021 (asuntos acumulados C-322 y C-385/19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 458, p. 136.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. (2017): Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano. *Revista de Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, p. 11.

¹⁹ DOZO MOUGAN, I. (2022): *La protección laboral mínima de los trabajadores migrantes en el orden público internacional*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p.

²⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2016): ¿Qué políticas de integración socio-laboral para refugiados? La crisis de solidaridad en Europa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 397, p. 6.

situaciones diferentes e incompatibles, al mismo tiempo detalla que no es defendible que los beneficios obtenidos de forma excepcional por la persona solicitante de asilo puedan ser utilizados para obtener una autorización por circunstancias excepcionales por razones de arraigo. Sin embargo, el juzgador hace un giro de guión para estimar el recurso al considerar que en este caso no nos encontramos con una circunstancia normal, ya que la demora en la resolución de la solicitud de asilo, no habiéndose resuelto en aquel momento y que es superior al año, produce una situación que puede dar lugar a regularización mediante las posibilidades establecidas en la normativa, esto es, viene a penalizar a la Administración por su actuación sobre la base de considerar que incumple con su obligación de resolver creando una situación que, por el transcurso del tiempo, permite a la persona extranjera solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo aún estando en esa situación que deriva de la no resolución de la solicitud de asilo.

Frente a esta sentencia se interpuso recurso de apelación frente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que lo estimó y revocó la sentencia apelada en la STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso), de 21 de septiembre de 2022 (Rec. 190/2022). En el procedimiento ante el TSJN, el Abogado del Estado aporta unos datos que son valorados, en primer lugar, incorpora las solicitudes de protección internacional realizadas desde el año 2017 rechazando que exista una demora sin causa en la resolución del recurso. Se señala (podríamos considerar que este sería el elemento crucial en todo el proceso dejando sesgos allí por donde pasa) que la mayoría de las solicitudes son denegadas tras el detenido estudio del expediente, por lo que existe una gran bolsa de solicitudes que pueden considerarse meramente instrumentales, para beneficiarse de los efectos favorables que la solicitud conlleva: principio de no devolución y obtención de una autorización administrativa para trabajar.

Sobre los efectos de la falta de resolución por la administración del recurso de reposición que deniega la solicitud de asilo y protección subsidiaria, el Tribunal determina que el Juzgado no acierta en este punto ya que la falta de la resolución del recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes determina que deba ser considerado desestimado, en aplicación de los arts. 124 y 24 LPACAP y que la interesada puede impugnarlo ante la Jurisdicción Contenciosa.

En segundo lugar, sobre la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo laboral y la protección por asilo, se destaca que como la administración no ha resuelto el recurso de reposición esta sigue ostentando la condición de persona solicitante de asilo y de protección subsidiaria y, por ello, del derecho de permanencia en España durante el examen de la solicitud y de la autorización para trabajar, como consecuencia de la aplicación del art. 9.1 y 46.5 de la Directiva 2013/32/UE. Así como del art. 15 de la Directiva 2013/33/UE, los arts.19.1, 32 y 37 LAPS y la DA 21^a RELOEx.

El Tribunal considera, en síntesis con los argumentos de la Abogacía del Estado, que «para la concesión de estas autorizaciones excepcionales de residencia y trabajo se requiere que el extranjero esté en situación irregular, como lo estaba el demandante cuando solicitó protección internacional, puesto que se prevén precisamente para su regularización», pero la persona que solicita protección internacional no se encuentra en esta situación, pudiendo permanecer en España hasta que se resuelva su recurso de reposición y al mismo tiempo trabajar. Finaliza el Tribunal haciendo referencia a la nota de prensa emitida por la Secretaria de Estado de Migraciones del 8 de septiembre de 2020, que invoca la demandante apelada, en la que se indicaba que «en base al artículo 123 del Reglamento de extranjería, que los solicitantes de protección internacional pueden solicitar, por circunstancias excepcionales, una autorización de residencia temporal por razón de arraigo». El Tribunal, enmendando la posición de la anterior Secretaria de Estado de Migraciones, deja sin valor la citada nota de prensa señalando que carece de valor normativo, no forma parte del Ordenamiento jurídico y que desde su publicación no consta Instrucción del Ministerio al respecto.

1. Posición jurídica en la que se encuentra la persona solicitante de asilo

Llegados a este punto se interpone recurso de casación frente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dando lugar a la STS 103/2024, de 24 de enero. El recurso se sustenta en la denuncia de la infracción de los arts. 24 y 103 CE; art. 31.3 LOEx., 123 y 124.1 RELOEx.; arts. 18, 36 y 37 LAPS; art. 15 Directiva 2013/33/UE; art. 46 Directiva 2013/32/UE; la doctrina jurisprudencial de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 19 de junio de 2018, *Sadikou Ginandi/État belge (Gnandi)*, asunto C-181/16, y la STS (Sala de lo Contencioso) 452/2021, de 25 de marzo (Rec. 1602/2020).

Considera la parte recurrente que la sentencia del TSJ de Navarra vulnera la normativa y jurisprudencia, en particular, la STJUE antes citada ya que, a su juicio, posibilita que tras la notificación de la denegación de la solicitud de asilo y su impugnación administrativa se pueda acceder a una autorización de residencia, si cumpliera con los requisitos, en su caso, por arraigo laboral, considerando errónea y lesiva la interpretación de la Administración de entender que no se encuentra la persona extranjera en situación irregular, y que por ello no cumple con el requisito exigido para la concesión de aquella autorización de residencia. Interesa la parte el planteamiento de cuestión prejudicial frente al TJUE respecto a la situación de los extranjeros derivada de la falta de resolución en plazo de la impugnación administrativa de la denegación del derecho de asilo en relación con la posible regularización de su situación por cualquier vía prevista en el art. 31 LOEx, cuestión esta última que no sigue el Tribunal Supremo. Parecería ser que se plantea esta cuestión buscando una especie de castigo a la Administración por no resolver en plazo, que derivaría en reconocer un determinado

período de tiempo de esa estancia tolerada para acceder a una situación de residencia temporal.

En el examen de la cuestión casacional el Tribunal Supremo hace patente «una cierta complejidad teórica, pero de indudable trascendencia práctica como demuestra este recurso, generada, entre otras circunstancias por nuestra confusa regulación en materia de asilo y, más concretamente, por la falta de adecuación de nuestra legislación a las Directivas Comunitarias». Especialmente porque la LAPS no ha sido adaptada a la Directiva 2013/32/UE ni a la Directiva 2013/33/UE, no obstante, «en virtud del principio de eficacia directa de las Directivas, los derechos reconocidos a los ciudadanos en la norma comunitaria tienen plena eficacia, pese a lo establecido en las normas nacionales (efecto vertical)». En la práctica, ya fue denunciada la problemática de la falta de esta transposición que se centra especialmente en la aplicación del art. 15.3 de la Directiva 2013/33CE sobre el acceso al empleo de la persona solicitante de asilo y del art. 46 de la Directiva 2013/32/CE sobre su derecho a un recurso efectivo²¹.

El Tribunal trae a colación el art. 46.5º Directiva 2013/32/UE, donde se señala que «los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso», y el art. 15.3º Directiva 2013/33/UE que señala que «(n)o se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación». El motivo de la cita de estos dos preceptos es para denunciar que el art. 37 LAPS es contrario a ellos y que debido a la problemática sobre la aplicación de los preceptos de dichas Directivas, además, tuvo que aclararse en la STS 1502/2021 (Sala de lo Contencioso), de 16 de diciembre (Rec. 7864/2020) que «la solicitud de protección internacional implica la suspensión de un procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a) LOEx.) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud».

El debate se centra en determinar en qué posición jurídica se encuentra la persona solicitante de asilo cuando se revisa la resolución que deniega la protección internacional, que es lo verdaderamente importante en este caso para acceder al arraigo laboral. El Tribunal Supremo señala que la LAPS no está adaptada a estas Directivas y que no contempla la permanencia con la extensión que se recoge allí, así que serán estas las que establezcan el régimen de permanencia, y lo hace determinando que la situación en la que se encuentra la persona solicitante de asilo mientras se decide sobre la

²¹ CAÑIZ GARCÍA, N. (2021): Cuestiones prácticas y problemas derivados de la falta de transposición de las directivas europeas en materia de asilo en España. *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12.

legalidad de la denegación administrativa de la protección internacional “es una situación peculiar que en nada puede vincularse a la situación tan siquiera de estancia, sino que es una medida de mera tolerancia de permanecer en el país de solicitud de asilo y con carácter de medida preventiva».

2. El derecho a permanecer de las personas solicitantes de asilo no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia

Siguiendo con el razonamiento del caso, se trae a colación el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE que indica que, respecto al derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud «Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia».

Interpreta la Sala de lo Contencioso que si la permanencia no puede ser utilizada para obtener un permiso de residencia «no puede alterarse esa premisa por la vía de reconducir la adquisición de la residencia como consecuencia de la autorización para trabajar, porque se estaría vulnerando la regla esencial (...) la de que con ella no puede accederse a la obtención de la residencia». En este sentido, la norma europea deja al criterio de la norma interna de cada Estado la forma en que ha de garantizarse esta permanencia mientras se revisa la resolución denegatoria de la protección internacional. El Tribunal señala que, debido a la discordancia entra ambas normas europeas y nacional, la única vía para hacer efectivo este derecho de permanencia es el de las medidas cautelares del sistema procesal contencioso-administrativo, de la protección cautelar, mediante la suspensión de los efectos de la resolución denegatoria de asilo que de conformidad con el art. 37 LAPS comporta la expulsión. Y esto es así por que si el art. 46.5 de la Directiva tiene por objeto, de forma general, el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional, la medida cautelar prevista en el art. 129 y ss de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LRJCA), salvaguarda los derechos de la persona solicitante de asilo más allá del proceso administrativo para asegurar la efectividad de la sentencia, y suspender cautelarmente una medida de retorno o expulsión, ya que la ejecución de esta medida haría perder la finalidad legítima del recurso (art. 130 LRJCA). Esto último es lo que recientemente ha fijado el Tribunal Supremo en la STS (Sala de lo Contencioso) de 6 de junio de 2024 (Rec. 1898/2023), y que viene siguiendo a la STS 811/2024 (Sala de lo Contencioso) de 13 de mayo de 2024 (Rec. 4907/2022), que con interés casacional para la formación de jurisprudencia, declaró, siguiendo las pautas de aplicación del derecho europeo, buscando una interpretación conforme del derecho interno a la directiva 2013/32/UE, que el derecho a un recurso judicial efectivo comporta que la persona solicitante a la que la Administración le ha denegado la protección internacional, en

sede jurisdiccional contra esta decisión obtenga un pronunciamiento que, de forma general, reconozca el mantenimiento inalterado de su estatuto como solicitante de asilo mientras se resuelva este recurso y a las condiciones de acogida amparadas en la Directiva 2013/33/UE, solo excepcionadas cuando concurra algún supuesto de solicitud manifiestamente infundada o inadmisibles (art. 46.6), en los que el órgano jurisdiccional deberá valorar si el solicitante puede o no seguir permaneciendo en el territorio de acogida.

Siguiendo con lo anterior, en palabras del Tribunal, la Directiva da un derecho a mera tolerancia y protección, sin que esta permanencia o trabajo pueda tener eficacia para aplicar los sistemas ordinarios para obtener la residencia legal «por vías tan excepcionales como son las del arraigo».

Para el que suscribe este trabajo, esta decisión también afectaría al acceso por la vía del arraigo social ya que hay un elemento que va a dificultar esa posibilidad y es que la Directiva 2013/32/UE no permite que este periodo de permanencia tolerada o derecho a permanecer pueda constituir un derecho a obtener un permiso de residencia (art. 9.1). No obstante, algunas voces²² han señalado que esta interpretación realizada por el Tribunal Supremo no sería extensible al arraigo social, especialmente porque el caso resuelto se circunscribe al arraigo laboral, «aunque la literalidad del párrafo de la sentencia es literal en no verlo así». Por otro lado, existe la duda respecto «a partir de qué momento no computa ese periodo de permanencia para un futuro arraigo», es decir, a partir de qué momento debe entenderse la tolerancia y no computable para un futuro arraigo. Existiría una posición que se decanta a favor desde el momento en que se presenta la solicitud de asilo, otra posición que se fija desde el momento en que se disponen las medidas cautelares de la suspensión, que es la que suspende los efectos de la resolución denegatoria²³. En este punto, para el que suscribe este trabajo, el periodo de tolerancia comenzaría a considerarse desde el momento en que se presenta la solicitud. De hecho, no existiría diferencia, por la finalidad que persiguen, entre los arts. 9 y 46.5 que es que la persona quede protegida de una posible devolución mientras se examina la solicitud o se ejerce un recurso efectivo.

Si se quiere ir más allá, podría discutirse que los efectos incluso irían más allá de la presentación de la solicitud, ya que estos se pueden anticipar cuando estamos diferenciando entre formulación y formalización de la solicitud²⁴ que es lo que prevé la

²² CAMAS RODA, F.: Reseña de la STS (Contencioso-Administrativo) de 24 de enero de 2024: conexión Asilo-Autorización por arraigo. El Diario de Ferran Camas, 04/03/2024. <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/resena-de-la-sts-contencioso-administrativo-de/ia614>

²³ *Ibid.*

²⁴ TORRES RODRÍGUEZ, A.M. (2019): “Capítulo 21. Procedimiento para solicitud y reconocimiento de protección internacional”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, p. 291.

propia Directiva 2013/32/UE en su art. 6., donde los efectos de manifestar la necesidad de protección serán los mismos que los de la solicitud presentada en forma respecto los derechos de la persona solicitante²⁵.

En resumen, hay que traer a colación lo que se desprende de la misma interpretación del art. 9 de la Directiva 2013/32/UE, de que la persona solicitante de protección internacional tiene un derecho de permanencia únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución. Por persona solicitante ha de entenderse a aquella que es nacional de un tercer país o una apátrida que ha formulado una solicitud de protección internacional sobre la que no se ha adoptado una resolución definitiva (art. 2.c) Por autoridad decisoria se ha de entender, según la Directiva, «cualquier organismo cuasi-judicial o administrativo de un Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional y competente para dictar resoluciones en primera instancia en tales casos». Y el procedimiento administrativo tendría fin cuando el acto administrativo ponga fin a la vía administrativa (art. 114 LPACAP) extendiéndose a los que potestativamente sean recurridos en reposición (art. 123.1 LPACAP).

Sin embargo, para que queden suspendidos los efectos de la resolución denegatoria según lo que dispone el art. 37 LAPS, y seguir operando el derecho de la persona solicitante de asilo a permanecer hasta que finaliza con una resolución firme en sede judicial, se activarían las medidas cautelares previstas en la jurisdicción contencioso-administrativa, que es lo que garantiza la Directiva con el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional y la obligación de los Estados a permitir que las personas solicitantes permanezcan en su territorio hasta que haya expirado el plazo para ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro de plazo, en espera de su resultado (art. 46.5 Directiva 2013/32/UE).

IV. Efectos del fallo del Tribunal Supremo sobre las personas solicitantes de protección internacional

Después de dictarse este fallo, la Secretaría de Estado de Migraciones, a través de la Subdirección General de Régimen Jurídico, dictó unos criterios de aplicación de la jurisprudencia del TJUE y de la STS (Sala de lo Contencioso) de 24 de enero de 2024 (Rec. 8727/2022), sobre la incidencia en los procedimientos de extranjería de arraigo laboral de la condición de solicitante de protección internacional.

En primer lugar, se señala que la persona solicitante de protección internacional ostenta un «estatuto migratorio especial que no es de estancia, ni de residencia», en aplicación

²⁵ RAMOS POLEY, L.(2022): *Vías legales de acceso de inmigrantes a España con el objetivo de residir y trabajar. Especial atención al Pacto Mundial sobre Migración de Naciones Unidas*. Tesis doctoral, p. 348. <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/20834>

de la interpretación que realiza el Tribunal Supremo de las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE, estas personas se encuentran en una situación de tolerancia a permanecer en el país de la solicitud y con carácter preventivo.

Por otro lado, que en virtud de la STJUE de 9 de noviembre de 2023, *CD y Ministerstvo vnitra České republiky, Obdor azylové a migracní politiky*, asunto C-257/22, las personas solicitantes de protección internacional tienen derecho a permanecer en el territorio del Estado en el que se presenta la solicitud y aunque este derecho no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia, tampoco es posible que se le pueda considerar irregular a los efectos de la Directiva 2008/115/CE.

A partir de aquí, se da una explicación de cómo se adquiere la condición de persona solicitante de protección internacional, que es cuando un nacional de un tercer país o un apátrida manifiesta su deseo o voluntad de formular una petición que aspira a obtener el estatuto de persona refugiada o de protección subsidiaria sin pedir de forma expresa otra clase de protección que esté fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE que pueda solicitarse por separado. Por otro lado, cómo se pierde o cesa en esta condición, que es cuando las autoridades competentes del Estado miembro adoptan la resolución de primera instancia por la que se deniega la solicitud, que incluiría las eventuales revisiones ante la autoridad decisoria, al margen de quienes optan por desistir de la solicitud que también sería una forma de finalización del procedimiento. Pero la protección no finalizaría aquí dado que el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE garantiza la existencia del derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional, donde el TS ha señalado que no está prevista la incidencia que tiene el eventual recurso en vía jurisdiccional, pero que puede ser objeto de las medidas cautelares prevista en la Ley 29/1998, de 13 de julio, y que solicitadas se prevé el efecto suspensivo automático o de pleno derecho tras la interposición del recurso ante el órgano jurisdiccional.

Indican también estos criterios de aplicación que resulta incompatible tener la condición de persona solicitante de protección internacional con la eventual solicitud de autorizaciones de residencia y tampoco por razones de arraigo laboral, por la máxima de que el derecho a permanecer no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia. Por último, cuando la persona pierde la condición de solicitante de protección internacional este pasa a estar en situación irregular, con la excepción de que este obtenga un permiso de residencia con arreglo a otra base jurídica. No obstante, se señala que en virtud del art. 6.4 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, «Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo». Pero que después de la modificación del RD 557/2011, de

20 de abril, por el RD 629/2022, de 26 de julio, en el caso concreto del arraigo laboral esto no sería posible dado que la relación previa ha de haber sido realizada en situación legal de estancia o residencia, situaciones en las que no se encuentra la persona solicitante de asilo o protección subsidiaria, como se ha comentado anteriormente.

V. Conclusiones

El régimen especial del asilo y de la protección subsidiaria tienen por objeto la salvaguarda de los derechos humanos más básicos. España se adhirió en 1978 a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

En el ámbito de la Unión Europea el derecho de asilo se garantiza en el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo ámbito se desarrolla una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal que tiene por objeto ofrecer un estatuto apropiado a toda persona nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el principio de no devolución. Las medidas que han de llevar a un sistema europeo común de asilo se establecen en el art. 78.2 TFUE. En desarrollo de esta disposición, son diversas regulaciones las que se han ido estableciendo en el seno de la UE y que en la actualidad se han visto afectadas por un paquete de normas aprobadas el pasado día 14 de mayo de 2024 derivadas del reciente Pacto sobre Migración y Asilo.

En el ámbito interno, los efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria implica el reconocimiento de una serie de derechos, entre otros, a la autorización de residencia y trabajo. Este derecho al trabajo también se extiende a aquellas personas que son solicitantes de protección internacional, en cuyo caso se regula esta posibilidad en función de las circunstancias del expediente y la situación del interesado, que no deja de ser una consecuencia de la aplicación de la prohibición de expulsión y devolución mientras sea resuelto el procedimiento.

Algunas de las vías o posibilidades de acceder o mantenerse en nuestro país es a través de aquellas situaciones denominadas excepcionales, son figuras como la del arraigo, por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen de forma reglamentaria (art. 31.3 LOEx.).

El arraigo es una situación singular donde unas determinadas situaciones laborales, sociales, familiares o por formación facilitan el reconocimiento formal de un vínculo especial con el país. La concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razón de arraigo laboral lleva aparejada una autorización de trabajo en España.

La decisión de la STS (Sala de lo Contencioso), de 24 de enero de 2024 (Rec. 8727/2022) comporta una ruptura interpretativa. Esta sentencia señala una confusa regulación en materia de asilo, particularmente por la falta de adecuación de nuestra legislación a la Directiva 2013/32/UE y Directiva 2013/33/UE, aún así los derechos reconocidos en estas a los ciudadanos tiene plena eficacia por su efecto vertical

A partir de aquí, por lo que hace a las personas solicitantes de asilo, indica que el contenido del art. 37 LAPS es contrario a estas normas, de forma singular, cuando detalla que al no admitirse a trámite o se deniega una solicitud de protección internacional comporta, de forma general, el retorno, la devolución o expulsión, cuando la Directiva 2013/32/UE señala que los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso.

La norma europea deja al criterio interno de cada Estado la forma de garantizarse esta permanencia mientras se revisa la resolución denegatoria de protección internacional. En la vía contencioso-administrativa este derecho se garantiza a partir de las medidas cautelares de sistema procesal, mediante la suspensión de los efectos de la resolución denegatoria de asilo que implicaría, de conformidad con el art. 37 LAPS, básicamente la expulsión, y que tiene su razón en asegurar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse y que, lo contrario, comportaría perder la finalidad legítima del recurso.

Por otro lado, señala el tribunal que nuestra LAPS no contempla la permanencia de la persona solicitante de asilo con la extensión de estas dos Directivas, pero que este se encontraría en una situación peculiar que no pueda vincularse ni siquiera a una situación de estancia, por el contrario, es una medida de mera permanencia, de carácter preventivo y mientras se resuelve la solicitud.

Esta última interpretación conlleva a que, en aplicación también de la Directiva 2013/32/UE y respecto al derecho de permanencia de la persona que solicita asilo, se considere que esta tolerancia a permanecer solo se tenga en cuenta a efectos del procedimiento y que no pueda ser constitutiva para obtener un permiso de residencia, que también afectaría al acceso al arraigo laboral. Para el que suscribe este trabajo, esta interpretación también afectaría a otros tipos de arraigo, como el arraigo social y, por otro lado, el periodo de tolerancia comenzaría a considerarse desde el momento en que se presenta la solicitud hasta que esta se examina este en vía administrativa o se ejerce un recurso efectivo en espera de su resultado.

Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, R. (2006): El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, ISSN 1137-5868, Nº 63, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo).

CAÑIZ GARCÍA, N. (2021): Cuestiones prácticas y problemas derivados de la falta de transposición de las directivas europeas en materia de asilo en España. *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12.

CAMAS RODA, F. (2024): Reseña de la STS (Contencioso-Administrativo) de 24 de enero de 2024: conexión Asilo-Autorización por arraigo. En El Diario de Ferran Camas <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/resena-de-la-sts-contencioso-administrativo-de/ia614>

DORMIDO ABRIL, J. (2024): El arraigo: tipología y cuestiones controvertidas. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20.

DOZO MOUGAN, I. (2022): *La protección laboral mínima de los trabajadores migrantes en el orden público internacional*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. (2010): *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Ed. Wolters Kluwer España, Madrid.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2016): ¿Qué políticas de integración socio-laboral para refugiados? La crisis de solidaridad en Europa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 397.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.A. (2017): Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis. *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23.

MÁRQUEZ PRIETO, A. (2005): Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral (A propósito del art. 45.2.a) del Reglamento de Extranjería), *Aranzadi Social*, núm. 10.

MIÑARRO YANINI, M. (2021): Empleo y solicitantes de protección internacional: una garantía social del sistema comunitario de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021 (asuntos acumuladas C-322 y C-385/19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 458.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2017): Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano. *Revista de Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194.

MORENO-AMADOR, G. (2023): *Refugio en disputa: las políticas de asilo en España*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.

ROJO TORRECILLA, E. (2021): Ampliación de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por arraigo. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021, p. 5. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001281

RAMOS POLEY, L. (2024): El impacto de la nueva Ley de Empleo en las personas migrantes y refugiadas. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 112, pp. 1-26.

RAMOS POLEY, L. (2023): El nuevo modelo de gestión laboral de la migración a partir de la reforma operada por el Real Decreto 620/2022, de 26 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 475.

RAMOS POLEY, L. (2022): *Vías legales de acceso de inmigrantes a España con el objetivo de residir y trabajar. Especial atención al Pacto Mundial sobre Migración de Naciones Unidas*. Tesis doctoral. <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/20834>

ROLDÁN SÁNCHEZ-ARÉVALO, C. (2022): Las modificaciones en la regulación del arraigo laboral y su compatibilidad con las solicitudes de protección internacional. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 59/2022.

TORRES RODRÍGUEZ, A.M. (2019): “Capítulo 21. Procedimiento para solicitud y reconocimiento de protección internacional”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid.

Anexo

CEAR (2024): España retrocede en concesiones de protección pese a recibir cada año más solicitudes. <https://www.cear.es/espana-concesiones-proteccion-cifras/>

COMISIONES OBRERAS (2022): CCOO y UGT rechazan la modificación del Reglamento de Extranjería aprobada en Consejo de Ministros. https://www.ccoo.es/noticia:633525--CCOO_y_UGT_rechazan_la_modificacion_del_Reglamento_de_Extranjeria_aprobada_en_Consejo_de_Ministros&opc_id=8c53f4de8f8f09d2e54f19daf8d8ed95

DEFENSOR DEL PUEBLO (2016): *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2017): Compatibilidad entre procedimientos de asilo y de extranjería. En particular, solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales relativas a menores y trata de seres humanos.

LA MONCLOA (2023): La oficina de Asilo y Refugio registra 163.218 solicitudes de protección internacional en 2023, máximo histórico desde su creación. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2024/110123-marlaska-conferencia-embajadores.aspx>

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2020): Los solicitantes de protección internacional podrán obtener una autorización de residencia sin renunciar a su estatus. <https://www.inclusion.gob.es/w/los-solicitantes-de-proteccion-internacional-podran-obtener-una-autorizacion-de-residencia-sin-renunciar-a-su-estatus>

UNHCR. ACNUR (2024): Nuevos ataques causan pérdidas y desplazamiento entre personas libanesas y sirias. <https://www.acnur.org/noticias/historias/nuevos-ataques-causan-perdidas-y-desplazamientos-entre-personas-libanesas-y-sirias>