

Actualidad Profesional

Por Román Popenko Lébedev, abogado experto en Derecho societario y Regulación Económica y Territorial

La figura del arraigo laboral en el Derecho de extranjería español

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEX, en lo sucesivo), en su artículo 31.3 establece que «La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado».

Se trata pues, de un permiso de residencia y trabajo que se otorga a los extranjeros extracomunitarios mayores de edad que ya se encuentran en territorio nacional en situación irregular. Es un permiso de carácter especial o, como lo denomina la Ley, de carácter “excepcional” pues se obtiene tras un procedimiento administrativo que permite que el ciudadano extracomunitario pase de una situación irregular en territorio nacional a una situación de regularidad administrativa que, a su vez, le permite acceder al mercado laboral español, así como a los servicios asistenciales públicos.

Los requisitos para solicitar este permiso de carácter especial vienen determinados en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que en sus artículos 123 a 130 establece dos requisitos básicos, que son; (i) acreditar que se ha

permanecido en territorio nacional durante un período mínimo de dos años y; (ii) demostrar la existencia de relaciones laborales en España durante al menos seis meses.

Hasta principios del año pasado, para acceder a este permiso era requisito que el extranjero presentara en su expediente alguno de estos dos documentos: (i) Resolución judicial o acta de conciliación en vía judicial que reconozca la relación laboral o (ii) Resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción. Esto es, en la mayoría de los casos el extranjero debía, bien denunciar en vía administrativa, bien demandar en la jurisdicción social a su/s empleador/es. Se articulaba el permiso, podría decirse, como premio o gratificación a su actuación. Era común la concesión de estos permisos a las empleadas de hogar que denunciaban/demandaban a las familias nacionales que cuidaban.

Sin embargo, en marzo de 2021 la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia 1.184/2021, determinó que la relación laboral podía probarse por el extranjero por «por cualquier medio válido en derecho». Este criterio fue confirmado por las sentencias de la Sala números. 1.802/2021 y 2021.

Esta postura jurisprudencial ha provocado la posibilidad de cualquier extranjero que pueda

acreditar la permanencia en nuestro país durante dos años y presente un informe de vida laboral con cotización mínima de seis meses en los dos años inmediatamente anteriores a la formulación de la solicitud pueda obtener su permiso de residencia y trabajo en España.

A la pregunta de cómo un extranjero extracomunitario en situación irregular puede tener acceso a un número de Seguridad Social y con ello al sistema de cotización público tiene fácil respuesta.

Mediante una solicitud de Protección Internacional.

La regulación básica de la figura Protección Internacional se halla en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. La referida Ley establece en su artículo 32 que los solicitantes de Protección Internacional serán autorizadas a trabajar en España. Por ello, cualquier extranjero extracomunitario solicitante de asilo, es documentado con permiso de trabajo siempre que su solicitud sea admitida a trámite. Así, y vistos los tiempos de tramitación de los expedientes de Protección Internacional –entre dos y cuatro años–, los extranjeros solicitantes de asilo, en la gran mayoría de los casos, consiguen acumular el tiempo de cotización suficiente para acceder al arraigo social que, sin perjuicio de su carácter excepcional, se regula por la LOEX y no impone al extranjero la restricción de viajar a su país de procedencia.

La autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de arraigo laboral, como se denomina formalmente, ya se ha convertido –y con el tiempo se va a reforzar– en el medio de regularización más eficaz y simple para los extranjeros que lleguen de forma irregular a nuestro país desde países terceros.

El mecanismo de regularización está perfeccionado por la práctica; (i) solicitar Protección Internacional, (ii) cotizar al menos seis meses, (iii) formular la solicitud a los dos años de permanencia en España, (iv) obtenido el permiso, renunciar al expediente de Protección Internacional.

Este permiso será esencial en los próximos años para aquellos extranjeros que provienen de países como Ucrania o Venezuela, pues en sus casos la solicitud de Protección Internacional siempre será admitida a trámite, pero tendrá un futuro incierto ante el devenir cambiante de la situación económica y/o bélica de estos territorios.

Pero preocupa al autor un punto débil en la regulación de la figura, que no es otro que las Oficinas de Extranjería –hoy en día– no comprueban ni la realidad de la relación laboral reflejada en el Informe de Vida Laboral del extranjero ni la solvencia del empleador/es del mismo, lo que ofrece la viabilidad a la simulación y al fraude en la cotización pública al mero fin de obtener el permiso objeto del presente artículo. Ya ocurrió con el Arraigo Social en los 2000 y ahora podría producirse aquí.