

# EXCELENTÍSIMO SEÑOR DEFENSOR DEL PUEBLO DEL REINO DE ESPAÑA:

**D. GUILLERMO MORALES CATÁ**, con DNI XXXXX, con domicilio a efecto de notificaciones en Gran Vía de las Cortes Catalanas 636, planta 1ª., puerta 2, CP 08007, BARCELONA, y Certificado Digital para notificaciones telemáticas **GUILLERMO MORALES CATÁ**, con CIF XXXXXX previa notificación por correo electrónico [info@legalteam.es](mailto:info@legalteam.es) y teléfono 648861893, comparezco muy respetuosamente y como mejor proceda en Derecho, atentamente,

## DIGO:

I.- Que en fecha 9 de junio se ha hecho pública la **Instrucción SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral**, de fecha 8 de junio de 2021, firmada por el Secretario de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión Social, Seguridad Social y Migraciones. Esta instrucción fue expedida<sup>1</sup> a propósito de las sentencias de casación de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo números 452/2021, del 25 de marzo de 2021 (Roj: STS 1184/2021 – ECLI: ES:TS:2021:1184); 599/2021, del 29 de abril de 2021 (Roj: STS 1806/2021 – ECLI:ES:TS:2021:1806) y 643/2021, del 6 de mayo de 2021 (Roj: STS 1802/2021 – ECLI: ES:TS:2021:1802).

**DOCUMENTO ANEXO 1:** Recurso de Casación 1602/2020

**DOCUMENTO ANEXO 2:** Recurso de Casación 1245/2020

II.- Que las citadas sentencias, tras entender que existía interés casacional, tienen como denominador común el haber fijado como criterio interpretativo del art. 124.1 del Reglamento de extranjería<sup>2</sup> (por ser aplicable a las situaciones objeto de los respectivos recursos), el siguiente:

---

<sup>1</sup> Dictada en base a la previsión contenida en el art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público y en el art. 5 del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones,

<sup>2</sup> 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

« **QUINTO. La interpretación que fija esta sentencia.**

*A la vista de cuanto hemos razonado, nuestra respuesta a la cuestión sobre la que se ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia debe ser que para poder obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral no es imprescindible que la acreditación de la relación laboral y su duración lo sea exclusivamente a través de los medios establecidos en el párrafo segundo del art. 124.1 del Real Decreto 557/11, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba válido, incluido el certificado de vida laboral que acredite una relación laboral derivada de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia.» (STS 1184/2021).*

El mismo criterio antedicho se reproduce en las dos siguientes sentencias **STS 1806/2021** y **STS 1802/2021**, que, en lo principal, se remiten al criterio antes transcrito, fijado por la citada **STS 1184/2021**. Es decir, existen TRES sentencias de casación del Tribunal Supremo por las que se ha fijado el criterio interpretativo de una disposición normativa aplicable a una situación jurídica concreta, lo que constituye indiscutiblemente doctrina reiterada, creadora de jurisprudencia, que cumple y ha de cumplir con la función de complemento del ordenamiento jurídico que le atribuye el art. 1.6 del Código Civil, amén de las exigencias propias de los principios de seguridad jurídica y de igualdad.

**III.-** No obstante lo anterior, la **Instrucción SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral**, del 8 de junio de 2021, dirigida a los órganos administrativos que han de tramitar y resolver las solicitudes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral<sup>3</sup>, se aleja de la doctrina jurisprudencial que pretende recoger.

Por el contrario, contiene disposiciones que, lejos de limitarse a la dirección de las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes (para lo que está legitimado en virtud del art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público), tienen como resultado la adopción de criterios interpretativos limitativos y restrictivos del alcance y sentido de la disposición normativa que ha sido objeto de interpretación por parte

---

<sup>3</sup> Oficinas de Extranjería y Subdelegaciones del Gobierno en las provincias, Delegaciones del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales

del Tribunal Supremo en las sentencias señaladas, así como también de la interpretación misma, como lo vamos a hacer notar en el desarrollo que haremos a continuación. Todo ello constituye una extralimitación de las funciones directivas a la Secretaría de Estado de Migraciones, volviendo al contenido de la citada Instrucción ilegal e ilegítimo. En otras palabras, no le es lícito a un órgano de la Administración General del Estado, que no está dotado de potestad reglamentaria, adoptar disposiciones que, por la forma en la que están dadas, terminan nada menos que restringiendo y limitando el alcance de disposiciones normativas de naturaleza reglamentaria -y del criterio interpretativo reiterado que ha fijado el Tribunal Supremo al respecto-.

**IV.-** Es cierto que la naturaleza jurídica de las instrucciones no es normativa y su incumplimiento no afecta a la validez del acto administrativo que se dicte. Sin embargo, en la práctica, resulta que dado que los órganos jerárquicamente dependientes están sujetos a la autoridad del órgano superior del que dependen, el incumplimiento de las disposiciones dadas por el superior podría suponer incurrir en responsabilidad disciplinaria. Es de sentido común que, en principio, los órganos jerárquicamente dependientes acatarán y darán cumplimiento a las instrucciones del órgano superior del que dependen, con el consiguiente perjuicio para el administrado cuando las instrucciones tengan un contenido contrario a Derecho, como es el supuesto que aquí nos ocupa. El dictado de la mencionada instrucción y su aplicación también estaría yendo en contra de los principios de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, servicio efectivo a los ciudadanos, responsabilidad por la gestión pública (art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público) y de economía procesal, en la medida de que dará lugar a la interposición de recursos que, ya en sede jurisdiccional, serán previsiblemente resueltos a favor del administrado. Máxime si la razón que ha dado lugar a su interposición ha sido la vulneración de disposiciones reglamentarias y de la jurisprudencia establecida al respecto en virtud de la aplicación de instrucciones cuyo contenido ha producido ese resultado, con la consiguiente condena en costas para la Administración (circunstancia que, por lo demás, no sería nada deseable, por el tiempo que haría perder al administrado y los costes económicos que le podría acarrear). Y es justamente esta situación la que la Administración debe procurar evitar, en aras de los principios de eficiencia, eficacia y del respeto del derecho de los ciudadanos a una buena administración, recogido en el art. 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, lo que torna necesario dirigir a Su Excelencia, en tanto que alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, con respecto a la **Instrucción SEM**

**1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral**, con base en lo dispuesto en el art. 10 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la siguiente, **QUEJA , SOLICITUD DE INVESTIGACIÓN Y DE ADOPCIÓN DE RECOMENDACIÓN**, con fundamento en las siguientes,

## **ALEGACIONES:**

**PRIMERA.-** Conviene, primeramente, dejar sentado que ya ha sido presentada una queja al respecto por el letrado D. Jaime Martín Martín en fecha del 9 de junio de 2021, de la cual el Defensor del Pueblo ha acusado recibo, mediante número de expediente **21015182** .

**SEGUNDA.-** No obstante lo anterior, consideramos necesario, conveniente y responsable, en tanto que así nos lo aconseja nuestro sentido común y natural de la Justicia y deber como ciudadanos responsables, interponer la presente queja, con la finalidad de que no se produzcan situaciones discriminatorias en las mismas circunstancias regidas por el ordenamiento jurídico, lo cual vulneraría el principio de igualdad ante la ley recogido en el art. 14 de la Constitución.

**TERCERA.-** El objeto de la controversia, que dio lugar a las tres sentencias de casación mencionadas al inicio del presente escrito fue la interpretación del art. 124.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, cuyo texto reza:

**« Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.**

*Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

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

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

[...]»

La controversia giró, en definitiva, en si los medios de prueba para acreditar la situación de arraigo laboral, prevista en la citada disposición, se limitaban a los enumerados en ella, es decir, si se trataba de medios de prueba tasados o si, por el contrario, cabía tal acreditación por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, siendo este último el criterio finalmente fijado por el Tribunal Supremo.

Por otro lado, conviene tener presente que el legislador, en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 31.3) ha previsto la posibilidad de que la Administración conceda autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente, añadiendo que para estos casos no será exigible el visado. Y justamente remite a la determinación reglamentaria de este tipo de autorizaciones, porque entiende que las circunstancias excepcionales pueden ser tan diversas como la vida misma y la dinámica social, económica, histórica pueden hacer posible. Es decir, delegar en el reglamento da flexibilidad a la norma, que rige para lo venidero, pero que ha sido redactado en un momento concreto y teniendo en cuenta las circunstancias de ese momento. Por eso, ha confiado al desarrollo reglamentario la determinación de esas circunstancias, así como las condiciones y requisitos necesarios, pues es la Administración la que tiene a su disposición los datos técnicos y los medios necesarios para poder determinar esas circunstancias. Pero, lo más importante a tener en cuenta, es que **el legislador ya les da a este tipo de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales una entidad sustantiva propia y distinta de los otros tipos de autorizaciones**, también regulados en la Ley Orgánica 4/2000, si bien incardinadas dentro de las autorizaciones de residencia temporales, correspondiéndole al titular de la potestad reglamentaria, esto es, al Gobierno del Estado, que dirige a la Administración General del Estado, determinar las condiciones y requisitos a cumplirse por parte de los solicitantes. Y no sólo eso, sino también la facultad de determinar reglamentariamente otras posibles circunstancias excepcionales, no sólo las enumeradas por el legislador por ser las más corrientes, pero no las únicas y exclusivas que pueden darse en la realidad.

Y el Reglamento de desarrollo la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante “el Reglamento”), regula este tipo de autorizaciones, dedicándole un título completo (el Título V, arts. 123 a 146), justamente por la diversidad de situaciones que pueden llegar a ser consideradas como circunstancias excepcionales y que ameritan una regulación detallada y específica. En lo que nos ocupa, nos centraremos en el análisis del precepto transcrito líneas arriba y que ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Supremo:

**A)** La autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral es una de las tres especies del género de las autorizaciones por circunstancias excepcionales de arraigo. Una especie con entidad propia, clara y distinta de las otras, porque el supuesto que permite su concesión es sustancialmente diferente a los otros. En el arraigo laboral el elemento fundamental, que lo dota de entidad propia y distinta de las otras especies de arraigo, es la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses siempre y cuando el extranjero demuestre, entre otras cuestiones, haber permanecido en España de forma continuada durante los dos años previos a la solicitud. Es radicalmente diferente de los otros tipos de arraigo, como el social, donde el elemento constitutivo diferenciador son los vínculos familiares con otras personas, también extranjeras, que sean residentes legales en España o la existencia de un informe favorable de inserción social, en el cual se valora la integración social del extranjero en España y en definitiva, la construcción de una vida en el país durante el período de permanencia exigido, siendo por eso mucho más amplio y genérico que la sola existencia de relaciones estrictamente laborales. Y por supuesto, distinto del arraigo familiar, donde el elemento sustantivo diferenciador es la existencia de vínculos de parentesco entre el extranjero y personas de nacionalidad española (hijos menores de edad españoles o progenitores originariamente españoles).

**B)** Los otros requisitos exigidos, si bien deben concurrir, no se los puede considerar como sustantivos y diferenciadores en tanto que se exigen para todos los tipos de autorizaciones de residencia regulados en el Reglamento: carencia de antecedentes penales en España y en el país de origen o en el país o países en los que haya residido durante los cinco años inmediatamente anteriores a la entrada en España.

C) El último párrafo, relativo a la prueba, fue el que dio lugar a las sentencias de casación que han sido citadas líneas arriba, las cuales han fijado el criterio interpretativo reiterado respecto a que su enumeración no es limitativa ni restrictiva, sino que son solo medios idóneos para probar la existencia de relaciones laborales en los casos en que tales relaciones hayan sido clandestinas. Pero no son los únicos, pues cabe la prueba por cualquier medio de los admitidos en Derecho.

Cumplidos los requisitos exigidos por el Reglamento, no hay obstáculo jurídico alguno que impida que al extranjero le sea concedida la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por parte de la Administración.

En conclusión, **habrá arraigo laboral** cuando, habiendo permanecido el extranjero en España durante un período continuado de dos años, puede acreditar que han existido relaciones laborales de al menos 6 meses, siendo válido cualquier medio de prueba admitido en Derecho que resulte idóneo para acreditar tal circunstancia.

#### **CUARTA.- APLICACIÓN INCORRECTA DE LA ANALOGÍA**

Sin embargo, nos encontramos con que en el texto de la Instrucción **SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral**, se establece, erróneamente a nuestro criterio, la aplicación analógica de la exigencia prevista en el art. 124.2 del Reglamento<sup>4</sup>, cuando tal analogía no resulta debe ser utilizada por cuanto:

1.- No se trata de la misma razón, pues como hemos analizado en la alegación anterior, se trata de especies diferentes de autorización, como la propia Instrucción reconoce. Si bien pertenecen a un mismo género (arraigo, que lleva implícito un elemento rector fundamental: la existencia o el establecimiento de vínculos estrechos y especiales del extranjero con España), cada una tiene una entidad sustantiva propia, que la distingue de las demás, porque cada una obedece a circunstancias diferentes, a razones distintas. La aplicación analógica sólo es procedente en supuestos en los que no exista una previsión normativa específica para el caso concreto, pero en cambio, exista una regulación para otro supuesto semejante en el que se aprecie identidad de razón (art. 4 del Código Civil). Ello

---

<sup>4</sup> Se refiere, en concreto, a exigir que la relación laboral previa a la solicitud del arraigo laboral debe haber cumplido con las características contractuales que se exige acreditar con el arraigo social.

que no sucede en este caso, porque justamente existen tres tipos de arraigo y cada uno tiene una entidad propia y diferente de los demás, habiendo previsto el Reglamento una regulación específica para cada uno, porque cada uno tiene su propia razón de ser y no puede ser confundido un subsumido en la regulación establecida para los demás. De haberlo querido así, el Reglamento habría dedicado primero una disposición o sección para establecer reglas comunes para todos los tipos de arraigo, pero no lo ha hecho, sino que ha dado una regulación propia, singular, específica a cada uno, por lo que no cabe aplicar las reglas previstas para una especie de arraigo a una especie sustancialmente diferente.

**2.-** Como puede apreciarse de la lectura del texto normativo y así también lo ha establecido el Tribunal Supremo, los tres tipos de arraigo tienen un elemento en común: la existencia de vínculos especiales y estrechos con España. Pero a la vez, se distingue la naturaleza de esos vínculos, el modo en el que se han producido, la forma y el tiempo mínimo previo – o no – de permanencia en España. Y así, el arraigo laboral, que nos ocupa, se refiere exclusivamente a la existencia de relaciones laborales en España de una duración no menor a seis meses, habiendo debido permanecer el extranjero en España durante, al menos, dos años continuados. Por su parte, en el arraigo social prima la integración social en España, bien por tener vínculos familiares con otras personas que sean residentes legales en España o bien por contar con un informe de inserción social. Y en este supuesto no necesariamente la persona debe contar con un contrato de trabajo (y si cuenta con él, debe cumplir con las condiciones fijadas reglamentariamente), pues puede ser eximido si así lo recomienda el informe de inserción social, para lo cual el extranjero deberá acreditar que cuenta con alguno de los medios de vida alternativos al contrato de trabajo que expresamente se detallan en la disposición reglamentaria. Y finalmente, el arraigo familiar, que fundamentalmente está concebido para extranjeros que tengan una relación de parentesco estrecha e íntima con personas de nacionalidad española o que originariamente hubieran sido españolas (básicamente, progenitores de menores de edad españoles e hijos de personas que originariamente hubieran sido españolas), siendo en estos casos necesario exclusivamente probar el vínculo de parentesco y la ausencia de antecedentes penales en España y en el país de origen.

**3.-** Si para el arraigo laboral sólo se exige acreditar la permanencia continuada en España durante, al menos, dos años y la existencia de relaciones laborales durante al menos seis meses en el período de permanencia en España (sin que las Sentencias o el Reglamento definan que esas relaciones tienen que haberse sucedido en los dos últimos

años), tenemos que dentro del concepto genérico de relaciones laborales están incluidas todas las relaciones laborales posibles. El Reglamento no hace distinción alguna a este respecto y tampoco la hace el Tribunal Supremo, por lo que no puede una Instrucción, dada por el titular de un órgano administrativo que carece de potestad reglamentaria, entrar a hacer distinciones mediante la aplicación analógica errónea de una previsión normativa prevista para una especie diferente de arraigo (arraigo social). Y entra aquí en juego el viejo aforismo que reza que donde la norma no distingue, no se debe distinguir o dicho de otra manera, si el redactor de la norma jurídica quiso hacer distinciones, las hizo, de lo contrario, calló. Pero ese silencio del redactor de la norma jurídica, en este caso, el reglamento, no puede ser interpretado por un órgano administrativo jerárquicamente subordinado y que no tiene poder alguno para modificarla o determinar su alcance. Bajo la supuesta necesidad de integrar el ordenamiento jurídico y evitar el fraude de ley, establecer un criterio restrictivo de aplicación vía Instrucción, contrario al criterio interpretativo fijado reiteradamente por jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**4.-** Por ello, establecer que, en los casos en los que hubieran existido relaciones laborales bajo una autorización de residencia y trabajo que pudo haber perdido vigencia, tales relaciones laborales deben cumplir con las condiciones fijadas para el contrato de trabajo requerido para solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social, no es procedente por cuanto implica entrar a hacer una distinción y precisión no establecida en el reglamento. Más aún, teniendo en cuenta que bajo el concepto de relaciones laborales pueden caber tanto los contratos de trabajo a tiempo completo como a tiempo parcial, por obra y servicio, contratos en prácticas, trabajadores del hogar familiar y cualquier otra modalidad prevista en la legislación laboral e incluso, el trabajo autónomo, especialmente si se trata de trabajadores autónomos económicamente dependientes o los llamados falsos autónomos, pues todas esas situaciones, si se han realizado formalmente, aparecerán reflejadas en el Informe de Vida Laboral, expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social. Por tanto, no puede haber tal ceguera frente a situaciones que, recogidas en un documento público, con el valor probatorio que le atribuye el ordenamiento jurídico, demuestran que la persona a la que concierne ha desarrollado su actividad laboral en España en las fechas y modalidades indicadas.

La disposición normativa que nos ocupa y que ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Supremo, el art. 124.1 del Reglamento, no hace ninguna distinción

respecto del tipo de relaciones laborales que debe haber tenido el extranjero en España, ni tampoco hace mención alguna al salario que pudo haber percibido. Es evidente que si la persona ha trabajado a tiempo parcial sólo haya percibido la parte proporcional al tiempo de trabajo por el que ha estado contratada. Pero eso no hace a esa relación laboral menos laboral que otras. No se puede perder de vista que en la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral se le está pidiendo a la Administración el reconocimiento de **relaciones laborales dadas en el pasado**, hayan sido regulares o irregulares, sin entrar en más consideraciones que a estos efectos resultan accidentales, tales como el salario percibido, la modalidad contractual o el destino del salario percibido<sup>5</sup>. Nótese cómo la Instrucción aquí cuestionada señala que si el salario percibido es inferior al mínimo interprofesional o que si la relación laboral fue inferior a 30 horas; y citamos: *“se considera que no tienen entidad suficiente para proporcionar al trabajador un nivel de vida decoroso ni, por tanto, para permitir el acceso al arraigo laboral regulado en el artículo 124.1 del RD 557/2011 y en la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias 1802 y 1806/2021”*. Extremadamente llamativo cuando la mencionada Instrucción asevera que *“se considera que no tienen entidad suficiente para proporcionar al trabajador un nivel de vida decoroso”*.

¿Acaso es más decoroso dejar al extranjero en situación irregular? ¿Acaso la irregularidad y el no tener un permiso que habilite a residir y trabajar al extranjero es más “decoroso”? Y así, comenzamos ya a ver varias resoluciones denegatorias de solicitudes alegando estas cuestiones que no aparecen en la doctrina jurisprudencial.

#### **QUINTA.- EXCLUSIÓN DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA**

Con respecto a la exclusión de los trabajadores por cuenta propia que hace la Instrucción, no podemos sino manifestar nuestro desacuerdo por las razones ya apuntadas: el hecho de trabajar por cuenta propia puede, en muchos casos, conllevar una relación de dependencia económica respecto de uno o varios clientes que son los principales demandantes de los servicios del trabajador autónomo. Por otro lado, se da el caso de los falsos autónomos<sup>6</sup>, al tiempo que no puede perderse de vista que durante la vida laboral de una persona pueden darse etapas de trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena o puede, incluso, ser ambas cosas al mismo tiempo (por ejemplo, tener un trabajo por cuenta ajena

---

<sup>5</sup> Que no necesariamente puede haber estado destinado a cubrir el sustento absoluto de la persona trabajadora, sino sólo constituir un complemento, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de una persona que se halla cursando estudios y trabaja a tiempo parcial.

<sup>6</sup> El ejemplo más patente que tenemos y respecto del cual ya se ha generado jurisprudencia que los reconoce como trabajadores por cuenta ajena es el de los repartidores o “riders”.

a tiempo parcial y dedicar el resto de la jornada a trabajar por cuenta propia). Y es que el trabajo autónomo, que tiene una regulación propia<sup>7</sup>, si bien no se desarrolla dentro del ámbito de dirección y organización de otra persona, en todo caso, si se ha efectuado cumpliendo con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico y aparecerá reflejado en el Informe de Vida Laboral. Informe que, en todo caso, como ha declarado el Tribunal Supremo, es un medio de prueba válido e idóneo para acreditar la existencia de relaciones laborales exigidas. Pues lo esencial en el arraigo, que no está definido por la Ley ni por el Reglamento, pero su noción ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son los vínculos existentes entre el extranjero y el país en el que ha estado residiendo y en el que pretende continuar residiendo:

*«Tal criterio de arraigo se ha configurado, como la existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado» (STS de 22 de noviembre de 2007, casación 2469/2004).*

Lo determinante, por tanto, son los vínculos creados o nacidos entre el extranjero y el país en el que ha estado residiendo y en el que pretende continuar residiendo. Vínculos que pueden ser de diversa naturaleza, pero que, en todo caso, son reveladores de un hecho importante y nada baladí: que el sujeto ha construido y está construyendo una vida en España, país donde ha venido desarrollando y desarrolla sus actividades. El trabajo por cuenta propia es, desde luego, un vínculo real y efectivo con el país, no sólo porque supone una necesaria relación social con el entorno que lo rodea, sino una incorporación a la población económicamente activa del país, que contribuye al levantamiento de los gastos públicos vía impuestos y al mismo tiempo, al sostenimiento del sistema de previsión social a través de sus cotizaciones. No puede pues excluirse, por una interpretación restrictiva de un órgano administrativo jerárquicamente dependiente del órgano autor de la norma, un claro y patente vínculo entre el extranjero y España, como lo es el trabajo por cuenta propia, que pudo haberse realizado al amparo una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia que haya perdido vigencia. Máxime cuando viene recogido en el Informe de Vida Laboral, documento público expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social.

---

<sup>7</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo

## **SEXTA.- EXCLUSIÓN DE LOS ESTUDIANTES**

Con respecto a la exclusión de los estudiantes, definidos como tales en el régimen general de Extranjería (art. 33 de la Ley y arts. 31 a 44 del Reglamento), también se aplica un injustificado criterio restrictivo. Pues si bien las personas titulares de una autorización de estancia por estudios, investigación, prácticas no laborales o voluntariado han sido admitidas para desarrollar en España alguna de esas actividades, no es menos cierto que también pueden ser autorizadas a realizar actividades remuneradas por cuenta ajena o por cuenta propia, siempre que se cumpla con las condiciones fijadas por el Reglamento. Concedida al estudiante la autorización para trabajar por el órgano administrativo competente, deberá ser afiliado y dado de alta en la Seguridad Social para que cobre eficacia tal autorización y, verificado esto, la actividad laboral efectuada por el estudiante será plenamente legal, constituyendo entonces una relación laboral en toda regla, que no puede ser desconocida y que queda subsumida dentro del concepto de “*relaciones laborales*” previsto en el art. 124.1 del Reglamento. Así, y siguiendo el criterio interpretativo fijado por el Tribunal Supremo, al hallarse esa relación laboral recogida en el Informe de Vida Laboral, cumple con el requisito exigido para solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral si tales relaciones laborales han durado, al menos, seis meses y el estudiante, documentado con una autorización de estancia por estudios, ha permanecido en España durante al menos dos años consecutivos. Aquí es importante considerar que:

- El hecho de estudiar en España o efectuar investigación, realizar prácticas no laborales o labores de voluntariado, es una forma evidente de crear vínculos con el país, que se puede subsumir dentro de la noción de arraigo que ha configurado el Tribunal Supremo.

- Si durante la realización de los estudios el estudiante extranjero busca trabajar en España, bien por necesitar un complemento económico para sufragar su estancia o bien para explorar el mercado laboral español relacionado con sus estudios, para lo cual previamente ha de obtener la preceptiva autorización administrativa, es un elemento importante a considerar al momento de valorar los vínculos con España. Más aún al quedar constancia de ella en el Informe de Vida Laboral expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social. Con todo, no puede tampoco pasarse por alto el hecho de que el estudiante extranjero también podría haberse hallado trabajando en España sin haber

solicitado la autorización administrativa para trabajar, en cuyo caso, podrá probar la existencia de relaciones laborales por cualquier medio de prueba admitido en Derecho que sea idóneo para tal circunstancia, incluidos los que se prevén en el art. 124.1 del Reglamento.

- Olvida la Instrucción que es objeto de la presente queja, una vez más, que lo fundamental en este tipo de autorización es la existencia de relaciones laborales durante al menos seis meses, siempre que la persona haya permanecido en España al menos dos años de forma continuada. Pero es indiferente en la calidad que se haya encontrado en España: podría haber estado en situación irregular, pero también provisto de una autorización de residencia y trabajo que hubiera perdido vigencia o por una autorización de estancia por estudios, todo lo cual es irrelevante frente al hecho fundamental configurador del arraigo laboral: existencia de relaciones laborales durante al menos seis meses.

En consecuencia, no hay razón para excluir a quien, aun habiéndose hallado en España provisto de una autorización de estancia por estudios durante, al menos, dos años de forma continuada, puede acreditar la existencia de relaciones laborales durante al menos seis meses. Ni la Ley, ni el Reglamento hacen distinciones ni precisiones al respecto y tampoco las ha hecho la jurisprudencia. No puede, por tanto, sin más, una simple Instrucción, sin naturaleza normativa, dada por un órgano dependiente del redactor del Reglamento, hacer distinciones que no han sido hechas por la ley ni por el reglamento y que tampoco ha establecido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley y el Reglamento. Justamente, las sentencias han tenido por objeto determinar que para acreditar la existencia de relaciones laborales el extranjero puede hacer uso de cualquier medio de prueba admitido en Derecho que resulte idóneo para ello, sin que la calidad en la que se haya encontrado la persona en España durante el período en el que tuvieron lugar esas relaciones laborales sea relevante o constituya un obstáculo, porque, insistimos una vez más, lo esencial es la existencia de relaciones laborales y el modo de probarlas.

#### **SÉPTIMA.- EXIGENCIA DE LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA PREVIA**

Con relación al criterio establecido en la Instrucción objeto de la presente queja, relativa a que solamente se podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral cuando el extranjero se encuentre en situación irregular

en España (página 7 de la Instrucción), debemos manifestar nuestro rotundo desacuerdo por las siguientes razones:

**1.-** Vuelve a caerse en este punto en el reiterado error de aplicar criterios restrictivos donde ni la ley ni el reglamento ni la jurisprudencia reiterada los ha establecido. Y es que, el criterio restrictivo no fijado en los textos normativos ni en la interpretación jurisprudencial, va contra la naturaleza misma del arraigo laboral y contra toda lógica: si una persona ha establecido un vínculo estrecho con España por haber desarrollado relaciones laborales por el tiempo mínimo requerido y durante el tiempo de permanencia exigido, pudo haberlo hecho tanto hallándose en situación legal como en situación irregular. Y en esa situación podrían encontrarse, por ejemplo, los solicitantes de asilo político o reconocimiento de la condición de refugiado, que desde el momento en que están autorizados a trabajar y hasta tanto esperan a que se resuelva su situación, pueden haber establecido relaciones laborales durante todo ese tiempo de espera. Sea por cuenta ajena o propia, su actividad laboral en los términos que la norma exige, le puede permitir, sin perder su calidad de solicitante de asilo y mientras espera a que se resuelva, solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral. Si la disposición normativa no exige nada más y así lo ha declarado la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, no hay razón para no admitir a trámite, ni para denegar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral a quien está a la espera de la resolución de su solicitud de asilo, pues esta persona se encuentra legalmente en España, aunque sujeta a una situación de precariedad derivada de su situación administrativa provisional. Por ello, entendemos que la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral se presenta como el camino idóneo para darle mayor seguridad a su situación en España y fundamentada en un hecho cierto y objetivamente demostrable: la existencia de relaciones laborales.

**2.-** No toma en cuenta el hecho de que la vida social es dinámica y las circunstancias que rodean a las personas por eso mismo son variables, razón por la cual, alguien que pudo haber tenido empleo en algún momento podría haberlo perdido o ver reducida su jornada de trabajo por causas ajenas a su voluntad (y tenemos un ejemplo palpable con los ERTE a los que ha dado lugar la pandemia del COVID-19). O alguien que vino a España con la intención de cursar estudios, realizar investigaciones, efectuar prácticas profesionales o labores de voluntariado, podría haber mantenido relaciones laborales durante su permanencia, sea en forma legal, previa autorización administrativa, pero también de forma

clandestina, sin que tal clandestinidad haga menos laboral a la relación, pues lo que cuenta es la naturaleza jurídica, sus elementos ontológicos configuradores, no la manera en la que se pudiera haber dado. A modo de ejemplo, si un estudiante ha estado trabajando a tiempo parcial, previa autorización administrativa para hacerlo, con la finalidad no solo de procurarse un ingreso complementario, sino también para empezar a adquirir experiencia laboral (circunstancia absolutamente legítima por el coste de oportunidad que le podría significar no hacerlo si tiene la oportunidad para ello) no puede ser penalizado por la apreciación restrictiva, contraria a Derecho, que se establece desde un órgano administrativo que, con una visión puramente formalista, permanece indiferente ante situaciones que, cumpliendo con las condiciones fijadas en la normativa, son perfectamente subsumibles dentro del concepto de arraigo laboral, tal como lo ha perfilado la jurisprudencia. Es cierto que los titulares de una autorización de estancia por estudios pueden solicitar una modificación de su autorización luego de haber permanecido en España durante al menos tres años, pero deben además cumplir con unas condiciones adicionales que no todos estarán en condiciones de cumplir (por ejemplo, el no haber sido becados ni subvencionados dentro de programas de cooperación y desarrollo del país de origen o españoles o haber superado con aprovechamiento los estudios para los que se matriculó). Pero esos mismos estudiantes podrían, si pueden acreditar la existencia de relaciones laborales durante al menos seis meses tras haber permanecido, al menos, dos años en España, solicitar también una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral. Y ello no supone ningún fraude de ley, mala fe ni abuso del derecho: para el fraude de ley se requiere la utilización de una norma jurídica (norma de cobertura o enmascaramiento) para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él (resultado antijurídico), lo cual exige una actuación humana dolosa que busque ex profeso ese objetivo, a sabiendas de lo que hace y de lo que busca conseguir. Es decir, interviene en todo momento la deliberada actuación humana, de manera planificada, enfocada, orientada hacia un fin. Pero no puede considerarse, objetivamente, que sea ese precisamente el caso de un estudiante que, como parte de su proceso de formación, estima conveniente empezar a trabajar para tener contacto con el mundo laboral-profesional. O el de alguien que ha estado trabajando legalmente y repentinamente pierde su empleo o el título que le habilitaba a tenerlo (por ejemplo, el solicitante de asilo, pero también alguien que ha visto denegada su solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo y ha interpuesto los recursos pertinentes). Porque ni el sentido común, ni la presunción de buena fe (que siempre ha de regir en tanto que no resulte probada la mala fe), permiten considerar que alguien inmerso en su cotidianidad

estudiantil-laboral o laboral, con una vida que podría considerarse normal o promedio, se plantee deliberadamente y sea capaz de modificar una circunstancia, regida por una norma determinada por ser la que corresponde y que no está en sus manos modificar, para obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico. Ello equivaldría a pretender modificar la realidad o los hechos ya acontecidos y por tanto históricos (la existencia de relaciones laborales, bien hayan sido legales o clandestinas). Todo lo contrario, aquí hay una situación fáctica, que se puede probar por cualquier medio admitido en Derecho, verificada la cual, nos hallaremos ante en el supuesto del art. 124.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, sin que se hubiera puesto deliberadamente en esa situación, sino que justamente los hechos acontecidos, fijados y verificados, son los que colocan a la persona bajo el ámbito de aplicación de la citada norma. Dado que a nadie puede impedírsele la realización de un acto permitido por la ley, ni tampoco se puede desconocer los efectos que la ley atribuye a hechos o circunstancias dados en la realidad (el efecto del Derecho no puede desconocerlo el hombre), no puede una Instrucción, que no tiene carácter normativo, restringir y dejar fuera del ámbito de aplicación de una norma jurídica a quienes de hecho sí se hallarían dentro de él. Esta circunstancia, insistimos, debe ser corregida. Y lo propio respecto de la mala fe: recordemos que este concepto jurídico es excepcional en tanto que, al no ser la regla general, sino la excepción que destruye una presunción *iuris tantum* establecida legalmente (arts. 7.1 y 434 del Código Civil), debe por eso mismo probarse y ser declarada como tal para que se desplieguen los efectos previstos en caso de su concurrencia en el caso concreto. Pero no se puede, sin más, de buenas a primeras, decir que hay mala fe *prima facie*, pues en tanto que no resulte probada inequívocamente, la regla es que siempre ha de primar la presunción de buena fe: no tiene ningún sentido para un extranjero que ha permanecido en España durante el tiempo establecido en la disposición normativa en referencia y que ha mantenido relaciones laborales durante al menos seis meses actuar de mala fe porque justamente lo que busca es mantener la legalidad de su situación, regularizarla o procurarla. Y mucho menos podría decirse, sin más, que hay abuso del derecho, por cuanto al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, debe ser dotado de contenido en cada caso concreto, sin que sea posible establecer un criterio general apriorístico para determinarlo.

**3.-** El concepto de arraigo en general y en concreto el arraigo laboral, como lo ha perfilado la jurisprudencia, no puede tampoco quedar reducido exclusivamente a un mecanismo jurídico de regularización de la situación de personas que se encuentren en España en situación irregular. Es mucho más que eso: es un medio para la integración

social en España del extranjero y es así como lo ha configurado el legislador, dejando al desarrollo reglamentario la determinación de las condiciones y requisitos para su reconocimiento a través de la concesión de las pertinentes autorizaciones de residencia, por ser la Administración la que cuenta con los medios técnicos, las infraestructuras, el personal y las condiciones precisas para poder determinar las situaciones generadoras de arraigo en España. Y, según la configuración jurisprudencial, lejos de castigarse o estigmatizarse, más bien es un reconocimiento por parte del Estado al esfuerzo integrador de las personas extranjeras en España, su voluntad de residir efectivamente en el país y formar parte de él como miembro de la sociedad de pleno derecho, con todos los beneficios, pero también deberes y obligaciones que tal circunstancia comporta. Si para unos es, efectivamente, dadas sus circunstancias, un mecanismo para regularizar su situación jurídica-administrativa en España, para otros puede ser, en cambio, un medio para mejorar su situación jurídica-administrativa en el país, que puede ser legal, pero tener limitaciones o restricciones por las características del tipo de autorización que pudiera tener o por la incertidumbre de ella<sup>8</sup>. Reducir por ello el arraigo, en lo que nos ocupa, el arraigo laboral, a un mero mecanismo de regularización de extranjeros en situación irregular, tiene un efecto estigmatizante y con ello, desconoce la intención real del legislador, que es fundamentalmente integradora (no se puede perder de vista el pomposo título de la ley reguladora de la materia: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España **y su integración social**). En palabras de la jurisprudencia, frente a la argumentación esgrimida por la Abogacía del Estado:

*« La interpretación que nos propone el recurrente, por la vía de una indebida restricción de los medios de prueba del arraigo laboral, a lo que realmente conduce es a una restricción del concepto del mismo arraigo laboral que quedaría circunscrito a las relaciones laborales clandestinas y, dentro de éstas, a las que hayan sido denunciadas ante la Inspección de Trabajo o ante los Tribunales, **y la acotación en estos términos del concepto de arraigo laboral ni se desprende de la ley (art. 31.3 LOEx) ni cabe deducirlo de los términos en los que el reglamento se refiere al arraigo laboral que se limitan a aludir a “la existencia de relaciones laborales”, sin más calificativo. El precepto sólo exige, además de carecer de antecedentes penales, demostrar, dentro de los márgenes temporales que indica, “la existencia de relaciones laborales” sin distinción alguna, y eso incluye cualesquiera relaciones laborales, las clandestinas, hayan***

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, los solicitantes de asilo, los solicitantes de asilo en vía de recurso, los estudiantes, las personas con renovaciones denegadas y en vía de recurso

**aflorado o no ante la Inspección o los Tribunales, y las no clandestinas**, como v.gr. - y éste es el caso de autos- las que hayan podido concertarse al amparo de anteriores autorizaciones de residencia cuya vigencia hubiera expirado.

*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 de forma ilegal o clandestina, y negárselo, en cambio, a quien concurriendo las mismas circunstancias temporales, haya trabajado de forma legal o al amparo de una autorización de residencia anterior que hubiera perdido vigencia»* (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia número 452/2021, del 25 de marzo de 2021. **Roj: STS 1184/2021 – ECLI: ES:TS:2021:1184**).

No puede tampoco soslayarse una situación que también podrá darse en la realidad: el del trabajador extranjero titular de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, que ha permanecido en España durante al menos dos años, pero que no ha cotizado lo suficiente como para poder obtener la renovación de su autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, pero que en cambio, puede probar que ha estado trabajando de forma clandestina durante al menos seis meses a través de los medios fijados en el art. 124.1 del Reglamento. En ese caso, se trata de una persona que ha residido legalmente en España y ha estado autorizada a trabajar por cuenta ajena, pero a quien sus empleadores no han formalizado contrato de trabajo, ni han afiliado ni dado de alta en la Seguridad Social, lo cual conduce al absurdo de que una persona en situación regular en España y que puede probar la existencia de relaciones laborales mediante resolución judicial que las reconozca o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se vea impedida de solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral y deba esperar a primero caer en situación de irregularidad sobrevenida para luego poderse regularizar a través del arraigo laboral. Resultado ABSURDO al que no puede conducir la norma jurídica (la norma jurídica no está hecha para el absurdo), ni la interpretación que de ella ha efectuado el Alto Tribunal y que, sin embargo, es al que conduciría la aplicación del criterio establecido en la Instrucción de que sólo se podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales cuando el extranjero se encuentre en situación irregular en España.

En conclusión: para solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral no es necesario exclusivamente encontrarse en situación

irregular al momento de la solicitud, pues puede también la persona haber permanecido en España durante al menos dos años y hallarse en situación regular como titular de una autorización de residencia o de residencia y trabajo por cuenta ajena o de una autorización limitada o restringida (por ejemplo, los solicitantes de asilo o los titulares de autorización de estancia por estudios) y durante ella haber tenido relaciones laborales durante al menos seis meses, sea de forma legal y pública o bien de forma clandestina (conocida coloquialmente como “trabajo en negro”). Todo lo cual, probado que sea, hace que se cumpla con el requisito exigido por el art. 124.1 del Reglamento de la Ley de Extranjería y en consecuencia, torna procedente la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral. Aquí, una vez más, se estaría cumpliendo con la función integradora del arraigo respecto del extranjero en tanto que se reconoce una situación fáctica en la que se ha visto inmerso y de la cual, no obstante, la clandestinidad y la informalidad, generan consecuencias jurídicas que por justicia y equidad no pueden ser desconocidas.

El Derecho, en definitiva, no sólo en su faceta normativa, sino también en su dimensión como instrumento de ingeniería social, no puede dar la espalda a la realidad y así lo reconoce con carácter general el propio legislador (art. 3 del Código Civil). En consecuencia, no puede desconocer efectos jurídicos a situaciones de hecho que se han venido manteniendo de manera estable a lo largo del tiempo (tiempo que, en cada caso, fija la norma reguladora de la situación), en aras de la seguridad jurídica, que es un principio garantizado por la Constitución (art. 9.3). Justamente el reconocimiento de efectos jurídicos a situaciones mantenidas de manera estable durante el tiempo es el origen de diferentes instituciones jurídicas conocidas entre nosotros, entre las que podemos mencionar la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio (título XVIII del Código Civil); la consolidación de la nacionalidad española por posesión de estado (art. 18 del Código Civil); la consideración como pareja de hecho que prevén las regulaciones autonómicas a quienes, sin tener vínculo matrimonial entre sí, hayan convivido durante determinado tiempo o tengan descendencia en común (entre nosotros, en Cataluña, el art. 234-1, letras a y b, del Código Civil de Cataluña) o en lo que aquí nos ocupa, el arraigo, en general y en concreto, el arraigo laboral, que es el reconocimiento del hecho social de la integración del extranjero en el tejido económico del país, su actuación como agente económico. Si ésta y no otra ha sido la intención del legislador, que ha dejado la determinación de las condiciones a cumplirse a la reglamentación, por ser la Administración, dirigida por el Gobierno del Estado, la que cuenta con los medios, recursos, infraestructuras y datos para poder hacer tales

determinaciones y a su vez la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en su labor encomiable de complementación e integración del ordenamiento jurídico (que podría decirse, la de dar vida al ordenamiento jurídico o si se quiere, darle concreción a lo abstracto o cuerpo al espíritu) ha establecido el criterio interpretativo a seguirse, por haber hallado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. No puede esa intención del legislador, ese *telos* fijado con la finalidad de procurar la integración social de los extranjeros en España, ser limitado o restringido a través de una simple Instrucción, que no tiene eficacia normativa y que para más inri, no ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado. Por eso, urge y se interesa su revisión, en aras de la plena vigencia del Derecho en la circunstancia que nos ocupa.

Este tipo de interpretaciones por parte de Instrucciones de la Secretaría General de Migraciones, injustas, ya vienen siendo cuestionadas incluso, por parte de la sugerencia hecha por el Defensor del Pueblo en fecha 12/09/2016

- **DOCUMENTO ANEXO 3.** Sugerencia Defensor del Pueblo sobre PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL

### **OCTAVA.- INFRACCIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

En lo que respecta a aspectos de relevancia constitucional que han quedado resueltos en las sentencias referidas, es de destacar fundamentalmente la protección que se ha hecho del derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, recogido como una garantía del debido proceso (art. 24.2 de la Constitución), extrapolable también al procedimiento administrativo, que es la *ratio decidendi* sobre la cual, también en aplicación del principio *favor libertatis*, el Tribunal Supremo concluye que el extranjero solicitante de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral puede utilizar todos los medios de prueba admitidos en Derecho que resulten idóneos para acreditar la existencia de relaciones laborales durante al menos seis meses y no exclusivamente por los medios de prueba enumerados en el art. 124.1 del Reglamento. Este reconocimiento jurisprudencial de una garantía constitucional de tal envergadura torna necesario que se adopten las medidas necesarias para que se haga efectiva y no quede en estado puramente teórico-abstracto, pues entran en juego también principios como los de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y de igualdad ante la ley (art. 14), que se verían seriamente afectados si, por una Instrucción, sin naturaleza normativa, se restringe,

limita o pasa por alto tanto el contenido y alcance de una doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo, como la propia disposición que ha sido objeto de interpretación.

Conviene tener presente que el Tribunal Supremo, en tanto que tribunal de casación, tiene por función primordial la creación de jurisprudencia y la unificación de criterios, justamente en aras de la seguridad jurídica constitucionalmente garantizada, teniendo por ello sus pronunciamientos una proyección general. Más allá de resolver el caso concreto del recurso de casación que ha llegado a su conocimiento, fija o establece el criterio interpretativo de normas jurídicas o puntos de Derecho que ha de tenerse en cuenta cuando tales normas resulten de aplicación. Asimismo, no se puede dejar de considerar que el art. 1.6 del Código Civil le da a la jurisprudencia una función muy precisa: la de complementar el ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia le da vida a las normas, al punto de que las normas no dicen lo que dice su texto literal, sino lo que el Tribunal Supremo ha interpretado que dicen, bien concretando su sentido, bien ampliándolo o limitándolo, según sea el caso, siempre y cuando se den dos condiciones indispensables: **la reiteración**, que dice relación con la estabilidad de criterios y doctrinas y la **ratio decidendi**, esto es, la razón básica, fundamental o motivo de fondo, sustancial, determinante para decidir. Y en el asunto que nos ocupa, tenemos tres sentencias recientes que han establecido el mismo criterio interpretativo respecto de una disposición normativa, el art. 124.1 del Reglamento, dándose por tanto las condiciones señaladas para complementar el ordenamiento jurídico y en concreto el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. De modo que tenemos un criterio no sólo que complementa el ordenamiento jurídico, sino que además brinda certidumbre y seguridad en las relaciones y situaciones jurídicas que se vean regidas por la disposición citada y la interpretación dada por el Tribunal Supremo. Por ello, la inaplicación o inobservancia de la doctrina jurisprudencial establecida puede suponer una vulneración del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 14 de la Constitución, pues se deja de aplicar un criterio interpretativo que ha sido establecido reiteradamente a situaciones sustancialmente iguales o al menos análogas. Nos encontramos pues ante Sentencias que amplían derechos y unas Instrucciones que restringen esos mismos derechos.

Asimismo, conviene traer a colación que la sentencia número 452/2021, del 25 de marzo de 2021 (**Roj: STS 1184/2021 – ECLI: ES:TS:2021:1184**), cita una sugerencia del Defensor del Pueblo de fecha del 12 de julio de 2017, que mantenía el criterio que ya había declarado el propio Tribunal Supremo en la STS 782/2007 y que coincide con el criterio interpretativo fijado en las sentencias recientes que han dado lugar a la Instrucción objeto de la presente queja. Por lo tanto, el Defensor del Pueblo tiene suficientes antecedentes y elementos de juicio referentes al caso que nos ocupa como para poder actuar en consecuencia. **Lo preocupante son los criterios restrictivos que adopta la Instrucción, estableciendo restricciones y limitaciones no previstas en la Ley ni en el Reglamento de Extranjería, ni en las sentencias que reiteradamente han fijado el criterio interpretativo a seguirse.** Es legítimo que se busque prevenir el fraude de ley y el abuso del derecho, pero para lograr ese objetivo existen otras herramientas jurídicas, que pueden utilizarse en cada caso concreto, lo cual ha de determinarse específicamente en cada caso. Pero en ningún caso, por medio de una Instrucción, establecer criterios restrictivos con la finalidad de prevenir tales situaciones presuponiendo que, *a priori*, todas parten de situaciones de abuso del derecho o fraude de ley.

La Administración está sujeta a la ley y al Derecho, no hay que olvidarlo. Tanto en su faceta de sujeción, como en su faceta de elaboración de disposiciones generales para cuya expedición es competente, así como para su aplicación, la Administración está sujeta a la ley y al Derecho y por tanto no puede sustraerse de sus previsiones. Máxime cuando existen criterios interpretativos fijados jurisprudencialmente que determinan el modo en el que se ha de proceder y sin que le sea lícito sustraerse a tales criterios.

Por ello, habiendo varios aspectos de naturaleza constitucional vinculados a la cuestión, consideramos que es necesaria, pertinente y oportuna la intervención de Su Excelencia, con la finalidad de efectuar una investigación a fondo respecto de la elaboración de la Instrucción objeto de la presente queja y asimismo, las razones que han llevado al órgano que la expidió a adoptarla en esos términos. Y, al mismo tiempo, de estimarlo oportuno, que se formule la oportuna Recomendación por medio de la cual se efectúe la modificación del contenido de la Instrucción de referencia, toda vez que de aplicarse como está redactada estaría vulnerando la Ley, el Reglamento y la doctrina jurisprudencial reiterada, al tiempo que comportaría una extralimitación en las funciones del órgano autor de la Instrucción al exceder el simple ámbito de dirección de la actividad de los órganos que le son jerárquicamente dependientes.

**NOVENA.-** Este escrito es refrendado por abogados y profesionales especializados en temas de Extranjería que se relacionan a continuación:

1. D. JAIME MARTIN MARTIN DNI XXXXX COLEGIADO 1654 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALMERIA
2. D. DAVID BUXO FERRER CON DNI XXXXX COLEGIADO 24232 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
3. Dña. GUADALUPE MILAGROS LUCIO GARCIA DNI XXXXXX COLEGIADA 38793 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
4. D<sup>a</sup> ISABEL CABRERA PINAZO CON DNI XXXXXX COLEGIADA 1929 DEL ILUSTRE COLEGIO DE GESTORES ADMINISTRATIVOS DE BARCELONA.
5. D. RAFAEL ALONSO PEREZ CON DNI XXXXX COLEGIADO 1383 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CANTABRIA
6. D<sup>a</sup> ALICIA IRIS SANDOVAL PAMPLONA CON DNI XXXXXX COLEGIADA 2346 DEL DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE SABADELL
7. D<sup>a</sup> BEATRIZ ELENA TOBON VALLEJO CON DNI XXXXXX COLEGIADA 6597 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ILLES BALEARS
8. D<sup>a</sup> CELESTE INES ARELLA SCHEINES CON DNI XXXXX COLEGIADA 19316 DEL DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGADOS DE VALENCIA
9. D<sup>a</sup> HAILA IZAIAS FONSECA DE MACEDO CON DNI XXXXXX
10. D<sup>a</sup> MARTA ASENJO ROMO CON DNI XXX COLEGIADA 64469 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
11. D<sup>a</sup> MARTA CAÑADAS CARPINTERO CON DNI XXXXXX COLEGIADA 27103 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
12. D MIGUEL ANGEL VIÑAS PEÑA CON DNI XXXXXX
13. D<sup>a</sup> MONICA HUERTA SANZ CON DNI XXXXX COLEGIADA 26260 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
14. D<sup>a</sup> NADIEZHDA GODOY TORRES CON DNI XXXXX COLEGIADA 28069 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
15. D<sup>a</sup> NURIA CARBO PITARCH CON DNI XXXXXXXX COLEGIADA 27012 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
16. D<sup>a</sup> RAQUEL LOPEZ LEMOS CON DNI XXXXX.
17. D<sup>a</sup> SARA MARTINEZ LOPEZ CON DNI XXXXXX COLEGIADA 44536 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
18. D<sup>a</sup> SISSI CALVO ROJAS CON DNI XXXXXX
19. D<sup>a</sup> SOLEDAD MONTSERRAT ROGGERO CON DNI XXXXX
20. D<sup>a</sup> YADIRA GONZALEZ RUEDA CON DNI XXXXXX
21. D<sup>a</sup>. MARTHA MONICA OLGUIN FLORES DNI XXXX COLEGIADA 14262 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE VALENCIA
22. D. WALTER JOSE VILLON CASTILLO CON DNI XXXXXXXX
23. D. JAVIER GARPASOLO GARCIA CON DNI XXXXX, COLEGIADO 0947 DEL DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BIZKAIA
24. D<sup>a</sup> M CARMEN BERNAL MARTINEZ DNI XXXXXX
25. D<sup>a</sup> BARBARA ENCINAS BERNAL DNI XXXXX
26. D<sup>a</sup> VIVIAN BAGUER HARVEY CON DNI XXXXXX COLEGIADA 31593 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
27. D<sup>a</sup> KATIA GARABITO RUBIO CON DNI XXXXX COLEGIADA 2759 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE SABADELL

28. D<sup>a</sup> EVA CANUT POL CON DNI XXXXXX COLEGIADA 26947 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
29. D<sup>a</sup> ANTÒNIA SANTOS DIAZ CON DNI XXXXXX COLEGIADA 16824 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
30. D<sup>a</sup> SUSANA BASTIDA MORALES CON DNI XXXXXX COLEGIADA 24132 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
31. D<sup>a</sup> BLANCA GUIX ALONSO CON DNI XXXXXX COLEGIADA 17136 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
32. D<sup>a</sup> MIREIA COSTA i ALARCON CON DNI XXXXXX COLEGIADA 20750 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
33. D<sup>a</sup> KARMELE DE LA VEGA PULIDO CON DNI XXXXXX COLEGIADA 3990 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BIZCAIA
34. D. LUIS ALBERTO RODRIGUEZ CRUZ CON DNI XXXXXX
35. D<sup>a</sup> WENDY ELIZABETH PICHARDO CANELA CON DNI XXXXXX
36. D<sup>a</sup> YISEL QUINTANA MARTINEZ CON DNI XXXXXX
37. D. JORDI ANTONIO PANZO ANDRADE CON DNI XXXXXX
38. D<sup>a</sup> ESTELA MARINA PEREZ CABRERA CON DNI XXXXXX
39. D<sup>a</sup> CAROLINA MORALES LOPEZ CON DNI XXXXXX COLEGIADA 44240 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
40. D. JOSE MIGUEL SIXTO CARMONA CON DNI XXXXXX COLEGIADO 27362 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
41. D<sup>a</sup> SONIA TORRES GUERRERO CON DNI XXXXXX COLEGIADA ICAB 28259 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA
42. UMAIR DAR KARIM CON DNI XXXXXX
43. D<sup>a</sup> LIBIA ROCIO POVEDA DEVIA CON DNI XXXXXX COLEGIADA 454 DEL DEL ILUSTRE COLEGIO DE GESTORES ADMINISTRATIVOS DE ILLES BALEARS
44. D<sup>a</sup> NEYVI TOLENTINO BERNALCON DNI XXXXXX COLEGIADA C87295 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
45. D<sup>a</sup> VERONICA RAMOS GARCIA CON DNI XXXXXX COLEGIADA N.2886 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE TARRAGONA
46. D<sup>a</sup> GLENDA JOSEFINA FERMIN RODRIGUEZ CON DNI XXXXXX COLEGIADA 5495 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE GRANADA
47. D<sup>a</sup> SARA BONALUMI CON NIE XXXXXX COLEGIADA 7339 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MURCIA
48. D<sup>a</sup> JACQUELINE CARREÑO NARDES CON DNI XXXXXX COLEGIADA 9138 DEL ILUSTRE COLEGIA DE ABOGADOS DE MALAGA
49. D<sup>a</sup> ISABEL LASAUCA PIÑOL CON DNI XXXXXX COLEGIADA 1721 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE TERRASA
50. D<sup>a</sup> MARIA CRISTINA GRAMUN SOLANO CON DNI XXXXXX COLEGIADA 38465 DEL ILUSTRE COLEGIO D ELA ABOGACIA DE BARCELONA
51. D<sup>a</sup> MARIA AUXILIADORA FONDEVILA HERNANDEZ CON DNI XXXXXX COLEGIADA 5159 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CADIZ
52. D<sup>a</sup> CARINE PAZ SAENZ CON DNI XXXXXX COLEGIADA 8302 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALICANTE
53. D<sup>a</sup> FLAVIA ANDREA FILIPETTO SERRA CON DNI XXXXXX COLEGIADA 2847 DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE TARRAGONA
54. D. SERGIO MARTINEZ PASCUAL CON DNI XXXXXX COLEGIADO 31613 DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BARCELONA

Y también por más de 1711 personas que han dejado su firma en una campaña a favor de un Arraigo Laboral Justo a través la plataforma Change.org (se adjunta como **DOCUMENTO ANEXO 4**)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Sin perjuicio de otros que pudieran resultar de aplicación, citamos los siguientes:

- 1.- Constitución española.
- 2.- Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.
- 3.- Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- 4.- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- 5.- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- 6.- Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.
- 7.- Código Civil.
- 8.- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por todo lo antes expuesto,

## **SOLICITO A SU EXCELENCIA:**

**PRIMERO.-** Que se tenga por presentada la presente queja contra la ***Instrucción SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral***, de fecha del 8 de junio de 2021 y por formuladas las alegaciones en ella contenidas y se sirva admitirla a trámite.

**SEGUNDO.-** Que se efectúe una investigación a fondo sobre el origen y causas de la Instrucción antes mencionada, objeto de la presente queja y se formule la correspondiente Recomendación de rectificación de su contenido, por ser contrario a Derecho, porque puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

**TERCERO.-** Que cualquier tipo de notificación o resolución se notifique telemáticamente a **D. GUILLERMO MORALES CATÁ, con CIF 48131881B** previa notificación por mail [info@legalteam.es](mailto:info@legalteam.es) y teléfono 648861893.

Por ser de justicia que pido en Barcelona a 1 de julio de 2021

**FDO.:**

**D. GUILLERMO MORALES CATÁ**