

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 737/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodriguez

Herrero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 930/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 10 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 737/2022, interpuesto por el procurador don Andrés Fernández Rodríguez, en nombre y representación de la Asociación de Extranjeristas Los Holis, y asistida del letrado don Jaime Martín Martín, contra el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Ha intervenido como parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 29 de agosto de 2022, la Asociación de Extranjeristas Los Holis interpuso ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo recurso contencioso administrativo frente al Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

SEGUNDO.- Tras recibirse el expediente administrativo, se formuló demanda que concluía suplicando a la Sala:

«Que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos adjuntos y copias de todo ello; se digne admitirlo, y en su virtud por FORMALIZADA ESTA DEMANDA contra el MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, en cumplimiento de la última resolución dictada en autos, por ser nulos de pleno derechos tres disposiciones reglamentarias del RD 629/2022 de 26 de julio, que modificó el RD 557/2011 de 20 de abril, conocido como Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000, de 11 de enero; en concreto los arts. 124.1, 127.2 y 124.4 de dicho cuerpo reglamentario, por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito, y específicamente:

I.- En último inciso del art. 124.1 RD 557/2011 de 20 de abril, sobre ARRAIGO LABORAL, por vulnerar el D.^o fundamental de igualdad del art. 14 CE, al realizar una artificiosa y errónea exigencia de irregularidad del arraigo laboral en el art. 124.1 RD 557/201, totalmente DISCRIMINATORIA frente al resto de arraigos, sin base legal ni reglamentaria de ninguna clase.

2.- El art. 127.2 RD 557/2011 de dicho cuerpo reglamentario, sobre ARRAIGO LABORAL de relaciones laborales irregulares, al conculcar el D.º Fundamental de prueba del art. 24.2 CE, en relación a la unánime jurisprudencia 452/2021 de 25 de marzo y 643/2021 de 6 de mayo, dictadas ambas en materia de arraigo laboral, que además son fuente de derecho en base al art. 1.6 CC, que establecen la demostración de cualquier relación laboral irregular, por cualquier medio de prueba.

3.- Y el último párrafo del art. 124.4 RD 557/2011, sobre ARRAIGO PARA LA FORMACIÓN, por infringir el D.º fundamental del art. 35 CE, al ser preciso incluir trabajo por cuenta propia al terminar la formación, no sólo por cuenta ajena, en base al más elemental y básico P.º de los propios actos, ante la propia naturaleza jurídica de esta reforma reglamentaria, basada en fomento del emprendimiento y del autoempleo.

Para que tras la tramitación procesal oportuna, incluido el recibimiento a prueba de esta litis, que interesamos desde este mismo momento procesal, se dicte finalmente sentencia, que estimando íntegramente esta demanda, declare nulos de pleno derecho dichos preceptos reglamentarios, de tal modo que:

I.- Acuerde eliminar el último inciso del art. 124.1 RD 557/2011 de 20 de abril, concretamente “y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud”; quedando así definitivamente su redacción reglamentaria.

“124. 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, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses,

II.- Acuerde eliminar el art. 127.2 RD 557/2011 de 20 de abril, manteniendo la redacción reglamentaria del arraigo laboral antes de su modificación reglamentaria (añadiendo el término IRREGULAR) del primer párrafo del art. 124.1, RD 557/2011 y pasando al segundo párrafo del art. 124.1, la actual redacción reglamentaria modificada por el RD 629/2022 de 26 de julio, (al que habría que añadir el término REGULAR), quedando así definitivamente redactados los DOS (2) PÁRRAFOS del art. 124.1 RD 557/2011:

“A los efectos de acreditar la relación laboral IRREGULAR 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.

“Y a los efectos de acreditar la relación laboral REGULAR y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. A estos efectos se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, en el caso de

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

III.- Y por último, acuerde modificar el último párrafo del art. 124.4 RD 557/2011 de 20 de abril, con la adición de los términos POR CUENTA PROPIA Y POR CUENTA AJENA, quedando así redactado literalmente dicho último párrafo del art. 124.1, RD 557/2011:

“Una vez superada la formación, y durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado presentará la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería, POR CUENTA PROPIA y POR CUENTA AJENA, junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación, en el momento de la solicitud, y prueba de haber superado la formación prevista en la solicitud de residencia. La Oficina de Extranjería concederá en estos casos una autorización de dos años que habilitará a trabajar.”

Y todo ello con cuanto más proceda y con los demás pronunciamientos que fueren favorables en derecho.»

TERCERO.- El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que solicita de la Sala que:

«Dicte sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo y confirmando la resolución administrativa impugnada, imponiendo por exigencia legal las costas al recurrente, con pérdida del depósito efectuado por el mismo.»

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se presentaron por las partes escritos de conclusiones y quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les correspondía.

QUINTO.- Por providencia de 14 de abril de 2023, se señaló para votación y fallo el 20 de junio de 2023, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La asociación recurrente, Asociación de Extranjeristas Los Holis, interpone el presente recurso contencioso administrativo frente al Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, y en concreto, contra su artículo único, apartados once y doce, en la nueva redacción que proporcionan (i) al último inciso del párrafo primero del art. 124.1, (ii) al art. 127.2, y (iii) al último párrafo del art. 124.4, del reglamento de la LO 4/2000.

El contenido de estos preceptos es el siguiente (destacamos en negrita los aspectos impugnados):

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

Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social, familiar o para la formación 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, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, **y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud.**

A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. A estos efectos se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, en el caso de actividad por cuenta ajena, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses, y en el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, seis meses.

[...]

4. Por arraigo para la formación, podrán obtener una autorización de residencia, por un periodo de doce meses, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en

España durante un periodo mínimo de dos años. Además, deberán cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

b) Comprometerse a realizar una formación reglada para el empleo o a obtener un certificado de profesionalidad, o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promovida por los Servicios Públicos de Empleo y orientada al desempeño de ocupaciones incluidas en el Catálogo al que se refiere el artículo 65.1, o bien, en el ámbito de la formación permanente de las universidades, comprometerse a la realización de cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales así como de otras enseñanzas propias de formación permanente. A estos efectos, la matriculación deberá haberse realizado en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia.

El solicitante deberá aportar acreditación de dicha matriculación en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización. En caso contrario, la Oficina de Extranjería podrá extinguir dicha autorización. En los casos que la matriculación esté supeditada a periodos concretos de matriculación, deberá remitir a la Oficina de Extranjería prueba de la matrícula en un periodo máximo de tres meses desde la finalización de dicho plazo.

Esta autorización de residencia podrá ser prorrogada una única vez por otro período de doce meses en los casos que la formación tenga una duración superior a doce meses o su duración exceda la vigencia de la primera autorización concedida.

Una vez superada la formación, y durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado presentará la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación, en el momento de la solicitud, y prueba de haber superado la formación prevista en la solicitud de residencia. La Oficina de Extranjería concederá en estos casos una autorización de dos años que habilitará a trabajar.»

- «Artículo 127. Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades, razones de seguridad nacional o interés público.

[...]

2. La Dirección General de Migraciones podrá conceder una autorización de colaboración con la administración laboral competente a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante cualquier medio de prueba, estar trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año, y que cumplan con los requisitos del artículo 64.2. de este reglamento, a excepción del apartado a). Esta autorización tendrá un año de duración y habilitará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia. La solicitud podrá ser presentada por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral, e incorporará la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.»

SEGUNDO.- Las razones de la impugnación se resumen así en la demanda:

A.- «[...] El art. 124.1 RD 557/2011 vulnera el derecho fundamental de igualdad del art. 14 CE: Sólo se exige la irregularidad en el arraigo laboral y no en los demás arraigos, sin base legal y reglamentaria de ninguna clase; por lo que procede eliminar el último inciso del art. 124.1 RD 557/2011». «Dicho inciso conculca el D.º fundamental de IGUALDAD, por DISCRIMINACIÓN NORMATIVA DEL ARRAIGO LABOAL, al ser el único arraigo que exige dicha situación de irregularidad en el momento de la solicitud, frente al resto de los arraigos, a los que en ningún caso se les pide dicha situación de irregularidad previa, en el momento de su solicitud, lo que no tiene base, ni fundamento legal, ni normativa de ninguna clase y es incompresible en un Estado de Derecho».

B.- «Que además el art. 127.2 RD 557/2011, es nulo de pleno derecho en su integridad, por vulnerar frontalmente el D.º fundamental a los medios de prueba del art. 24.2 CE del arraigo laboral, al conculcar frontalmente la doctrina pacífica jurisprudencial de esta Sala III del Tribunal Supremo, en sus dos STS 452/2021 de 25 de marzo y 643/2021 de 6 de mayo, adjuntas como doc. 1 y 2 que establecen, que en materia de arraigo laboral, las relaciones laborales, sean regulares o IRREGULARES, puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

El art. 127.2 RD 557/2011, lejos de respetar dicho derecho fundamental de probar las relaciones laborales irregulares o no del arraigo laboral, culmina este cierre hermético de los medios de prueba, encubiertamente y fraude de ley, al ocultar que la preceptiva canalización previa del arraigo laboral irregular, a través de la Inspección de Trabajo, en la práctica provoca su aniquilación práctica definitiva, como detallaremos en la fundamentación jurídica.

Tan sólo añadir, que dicho D.º fundamental de los medios de prueba abiertos, de las relaciones laborales del arraigo laboral, quedó previamente resuelto con anterioridad, en

sendas STS de 2007, la de 13 de junio de 2007 (rec. 40/2005) y la de 8 de enero de 2002 (rec.38/2005), dimanantes de dos recursos contenciosos administrativos interpuestos en 2005, contra casi la totalidad de la redacción reglamentaria del RD 2393/2004 de 30 de diciembre, que es el anterior Reglamento de Extranjería. Dichas sentencias de 2007, precisamente no anularon el anterior art. 46.2.b) RD 2393/2004, que regulaba el arraigo laboral -con idéntica redacción al del actual art. 124.1 RD 557/2011, antes de su modificación por RD 629/2022 de 26 de julio, a excepción de la temporalidad de la relación laboral a acreditar, que antes era de un año y ahora de seis meses-, por establecer que dicha relación laboral se podía acreditar por cualquier medio de prueba.»

C.- «Y por último el último párrafo del art. 124.4 RD 557/2011 sobre ARRAIGO EN FORMACIÓN vulnera frontalmente el D.º fundamental del derecho al trabajo del art. 35 CE, pues terminada la formación académica, dicho precepto reglamentario, en vez de permitir modificar EXCLUSIVAMENTE a la autorización cuenta AJENA inicial de residencia y trabajo por dos años, TENDRÍA QUE PERMITIR también hacerlo por cuenta propia, porque la inmensa mayoría de los trabajos de dicha formación, van enfocados al autoempleo, como los cursos de fontanería, de electricidad... y porque la finalidad propia de esta reforma reglamentaria, es el fomento del autoempleo, para no perder a inversión en dicho periodo formativo.»

TERCERO.- La Abogacía del Estado alega que el contenido de la demanda son meras «sugerencias y proposiciones de *lege ferenda*, de modificaciones o redacciones normativas», sin que se exprese ninguna razón constitucional o legal para considerar que los preceptos impugnados son contrarios a Derecho.

En cuanto al art. 124.4, entiende que «Por las razones que sean, y que entendemos no nos corresponden analizar aquí, esta nueva regulación del Arraigo por Formación (el Artículo 124.4 en su redacción actual es de nueva planta) sólo permite el trabajo de la persona que se viene a formar en régimen de contrato por cuenta ajena [...] Las propuestas de la demanda son comprensibles y están bien explicadas de *lege ferenda*, pero la potestad normativa corresponde al Consejo de Ministros que ha resuelto reglamentar como se ha publicado en BOE».

El art. 127.2 lo que regula es la específica y particular autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales del extranjero inmigrante

que colabora con las autoridades en seguridad nacional o interés público, manteniendo la redacción original en su párrafo primero y añadiendo un párrafo segundo para la colaboración con la Administración laboral, acudiendo a la Inspección de Trabajo denunciando el estar trabajando en situación irregular durante el periodo que se indica, y la acreditación puede ser «mediante cualquier medio de prueba». No se excluye ninguna prueba, no se cuestiona la competencia de los órganos jurisdiccionales y se postula la intervención de la Inspección de Trabajo. La cuestión de que tales órganos administrativos puedan funcionar mal es ajeno a la norma en sí.

En cuanto al inciso cuestionado del párrafo primero del art. 124.1, se queja la demanda de que sólo respecto del arraigo laboral se exige «que se encuentren en situación de irregularidad al momento de la solicitud», expresión que no se utiliza en las demás vías de arraigo y por eso considera la demanda que el precepto incurre en una desigualdad injustificada. «Nada más incierto ya que todos esos otros Arraigos están bajo la rúbrica de solicitudes de Autorización de residencia temporal por razones de arraigo y parten de una situación, desde luego, "irregular" en relación con la normativa de extranjería. Porque estas personas no están regularizadas, no tienen las autorizaciones de residencia y trabajo en regla, no tienen "los papeles" es por lo que acudirán a esta vía extraordinaria de solicitud de residencia temporal por arraigo. Es decir: todas las solicitudes de arraigo parten de que el solicitante está en una situación irregular respecto a la normativa española inmigratoria». «El precepto está pensando en el trabajador que tuvo una relación laboral previa legalmente y que luego devino en situación irregular (laboral o de otro tipo).»

CUARTO.- Con carácter previo, debemos poner de relieve la incorrección del planteamiento de la demanda que en su suplico solicita de esta Sala, no sólo que declaremos la nulidad de los preceptos reglamentarios impugnados, sino que imponamos a la Administración una concreta redacción de los mismos en contravención del art. 71.2 LJCA, en cuya virtud, «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos

de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

Y ello, porque los tribunales deben respetar el ámbito de discrecionalidad que corresponde al reglamento y, en concreto, al Gobierno, legítimo titular de la potestad reglamentaria (art. 97 CE), limitándose a controlar la legalidad, y no la oportunidad, de las decisiones contenidas en las normas reglamentarias, por esta razón, ya anticipamos, no será posible acoger el planteamiento alegatorio de la demanda que, como advierte la Abogacía del Estado, se vertebra sustancialmente en torno a consideraciones de *lege ferenda* que no pueden ser valoradas por esta Sala si no se traducen en vulneraciones de la legalidad por los preceptos impugnados, vulneración que, ya anticipamos, no se aprecia por la Sala.

Paradigma de este planteamiento de la demanda son las alegaciones que fundamentan su impugnación de una nueva figura que introduce el reglamento en un apartado 4 que se añade al art. 124, que se refiere a un nuevo supuesto de arraigo, esto es, de autorización de residencia por razones excepcionales de arraigo, consistente en el arraigo para la formación, centrándose las críticas de la recurrente en que a través de la misma sólo se permite acceder a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, pero no por cuenta propia. Como puede apreciarse, se trata de una mera consideración de *lege ferenda*, de oportunidad, sin que se invoque infracción alguna de legalidad ya que no puede serlo el invocado derecho constitucional al trabajo, contemplado en el art. 35 CE, que dicho precepto refiere sólo a los españoles y del que sólo gozan en España los extranjeros en los términos que la legislación establezca (art. 10 LOEX y STC 107/1984).

Además, la decisión del reglamento de conectar esta nueva figura del arraigo para la formación con el mercado laboral, es decir, con la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, se encuentra ampliamente justificada en el preámbulo de la reforma con unos razonamientos explícitos que alejan cualquier sombra de arbitrariedad, con independencia de que puedan o no compartirse.

En efecto, se explica primero en el preámbulo cuál es el objetivo global de la reforma, entroncado, precisamente, con el mercado laboral:

«El objetivo que se pretende con esta reforma es hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito migratorio, así como dar respuesta a situaciones preexistentes no resueltas con la actual normativa reglamentaria, desde la plena salvaguarda de las condiciones laborales.

El modelo migratorio español no solo carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, sino que incluye importantes ineficiencias y genera el desarrollo de prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión.

[...]

Esta reforma se plantea en torno a cuatro elementos que se enumeran a continuación.

En primer lugar, la necesidad de actualizar y mejorar de la actual normativa migratoria vinculada al ámbito laboral, que resulta desfasada para cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo actualmente. [...] »

Y con este objetivo se proponen diversas medidas y, entre ellas, «la creación de una nueva figura de arraigo, el arraigo para la formación, con la reforma del artículo 124.», figura que se justifica como sigue:

«Se ha puesto de manifiesto la necesidad de la formación para suplir las carencias que encuentran actualmente las empresas españolas. Se propone, de modo similar al que Alemania denomina estancia tolerada, que personas que se encuentren en España en situación irregular y cumplan un compromiso efectivo de formación puedan obtener una autorización de residencia. Esto permitirá una doble consecuencia: por un lado, se podrá obtener personal con la formación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que ofertan las empresas; por otra parte, se procederá a incorporar al mercado laboral a personas que se encuentran trabajando de manera precaria o directamente irregular.»

No se aprecia en estas razones ningún apartamiento de la legalidad, sin que la legítima discrepancia que, de *lege ferenda*, pueda mantenerse con la decisión adoptada en el reglamento pueda erigirse en canon de invalidez de la norma impugnada.

QUINTO.-Y otro tanto cabe decir de la impugnación formulada por la recurrente en relación con la nueva regulación del arraigo laboral, contenida en el art. 124.1, así como en relación con la nueva figura de colaboración con las autoridades laborales introducida en un nuevo párrafo segundo que se añade al art. 127. Sólo el análisis conjunto de ambos preceptos permite entender el alcance de la reforma efectuada en relación con el arraigo laboral, una de cuyas finalidades es, precisamente -y al contrario de lo que parece entender la recurrente-, acoger la más reciente doctrina de esta Sala.

Dice así el preámbulo de la modificación:

«La normativa que se pretende reformar exige, en el caso del arraigo laboral, que el extranjero haya permanecido en España durante dos años y haya trabajado de manera regular o irregular durante un período acreditado de seis meses. Aunque en principio la norma estaba prevista para personas en situación irregular que trabajaran en la economía informal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que este instrumento puede ser utilizado también por personas que hayan trabajado de manera regular y que se encuentren en situación irregular en el momento de la solicitud.

En el caso del arraigo social, la norma actualmente exige que la persona extranjera acredite un período de permanencia en España durante tres años y tenga vínculos familiares o aporte un informe que acredite su inserción en la sociedad española. Pero también le exige que deba aportar un contrato con una duración mínima de un año.

Es más que razonable pensar que durante los períodos de tiempo que exige la norma, para sobrevivir, estas personas han estado trabajando de manera irregular, especialmente en el caso del arraigo social, por lo que parece también razonable articular medidas que permitan avanzar en el ajuste del mercado laboral español desde una perspectiva de regularidad documental...»

Abunda en estas ideas la MAIN, tanto la inicial como la definitiva, realizada, esta última, tras culminarse la tramitación de la reforma reglamentaria y recibirse los informes y alegaciones legalmente previstos.

La memoria inicial se expresa en estos clarificadores términos:

«En concreto, el arraigo laboral ha experimentado desde el año 2021 una modificación sustancial en la interpretación jurisprudencial de su alcance y supuestos. Con fecha 25 de marzo de 2021, el Tribunal Supremo ha dictado la sentencia 1184/2021 en la que interpreta este artículo. En concreto, el Alto Tribunal especifica que el párrafo segundo de este 124.1 no implica que la acreditación de la relación laboral y de su duración deba llevarse a

cabo exclusivamente a través de los medios establecidos en él (resolución judicial o acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), sino que podrá demostrarse por cualquier medio de prueba válido en derecho. Esta doctrina jurisprudencial ha sido ratificada en las posteriores sentencias 1802/2021 y 1806/2021.

[...]

A través de la Instrucción 1/2021, de 8 de junio, de la Secretaría de Estado de Migraciones, sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral, se realizó una aclaración sobre la aplicación de estos nuevos supuestos, inéditos en la interpretación dada hasta la fecha. Sin embargo, el volumen, relevancia, y utilización de las vías de acceso a la situación de arraigo abiertas por esta interpretación, y que derivan de una situación de irregularidad sobrevenida tras una experiencia laboral regulada y amparada por una autorización de trabajo, demuestran tener entidad suficiente como para ser reguladas específicamente, y de manera más amplia y ofrece mayor seguridad jurídica que la que permite su desarrollo a través de instrucciones.

Es por ello que la figura del arraigo laboral se centra exclusivamente en este supuesto, la acreditación de haber permanecido en España durante al menos dos años, en los que la persona ha tenido una experiencia laboral regular, que ha supuesto como mínimo una actividad de jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses, o 15 horas semanales en un periodo de 12 meses.

Y por otra parte, la obtención de una autorización de residencia y trabajo tras la acreditación de haber sido contratado estando en situación irregular se configura recogiendo las aportaciones jurisprudenciales desde 2021, buscando, en esta actualización, reforzar su naturaleza restaurativa del régimen regular de contratación. Se considera, desde este punto de vista, mucho más cercana a las autorizaciones por colaboración con las administraciones públicas, y se enmarca como un supuesto diferenciado en este artículo. A través de esta autorización, de dos años de duración, se facilita la aportación de cualquier medio de prueba para demostrar la existencia de dicha relación laboral irregular, pero se encomienda la valoración de dicha prueba a las autoridades laborales, y no las migratorias. Y se permite que la solicitud de este tipo de autorización excepcional, previa aportación a estos efectos de una resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o un acta de conciliación en la que el empleador reconozca la irregularidad de la contratación, se realice tanto de oficio como por parte del interesado.

Asimismo, en cuanto el elemento esencial que diferencia esta vía de acceso a una autorización de trabajo no es la existencia de una permanencia previa que acredite un arraigo – como en el caso del arraigo social – sino la constatación de una inserción laboral no deseada, y que se pretende reconducir, no se exige un tiempo previo más allá de los seis meses de dicha relación irregular en el último año. Exigir un tiempo superior de permanencia

previa podría dar lugar a buscar mantener una situación de trabajo fuera del marco normativo vigente, y con ello el hecho contradictorio de promover una situación que se desea evitar.»

En esta misma línea, la memoria definitiva dice lo siguiente:

«La normativa que se pretende reformar exige, en el caso del arraigo laboral, que el extranjero haya permanecido en España durante dos años y haya trabajado de manera regular o irregular durante un período acreditado de seis meses. Aunque en principio la norma estaba prevista para personas en situación irregular que trabajaran en la economía informal, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que este instrumento puede ser utilizado también por personas que hayan trabajado de manera regular, es decir, dadas de alta, y que se encuentren en situación irregular en el momento de la solicitud.

En el caso del arraigo social, la norma actualmente exige que la persona extranjera acredite un período de permanencia en España durante tres años y tenga vínculos familiares o aporte un informe que acredite su inserción en la sociedad española. Pero también le exige que deba aportar un contrato con una duración mínima de un año. Durante 2021, en España se concedieron por razones de arraigo laboral 5.902 autorizaciones (7.731 a 1 de mayo de 2022) y por arraigo social 47.877 (15.915 a 1 de mayo). A ellas cabría sumar las 19.051 concedidas por arraigo familiar (7.167 a dicha fecha).

Es más que razonable pensar que durante los períodos de tiempo que exige la norma, para sobrevivir, estas personas han estado trabajando de manera irregular, especialmente en el caso del arraigo social, por lo que parece también razonable articular medidas que permitan avanzar en el ajuste del mercado laboral español desde una perspectiva de regularidad documental.

[...]

La creación de vías de migración regular, segura y ordenada, como hilo transversal de todo el real decreto, se debe ver acompañado necesariamente de instrumentos de lucha contra la economía sumergida y otros elementos asociados. En este sentido, se crea una figura de autorización por colaboración con la autoridad laboral, que recoge la filosofía originaria del arraigo laboral, pero buscando enfocar su aplicación no solo por el impulso que pueda dar el propio solicitante, sino asimismo a través de la presentación de oficio por parte de la autoridad laboral. Este no es el único elemento diferencial respecto de la figura del arraigo laboral – ahora restringida a la acreditación de una relación laboral realizada desde la situación de regularidad administrativa, pero que se solicita tras una irregularidad sobrevenida. En este caso, y a diferencia de los supuestos de arraigo, no se exige tiempo de permanencia previa continuada, más allá de los seis meses de trabajo en situación irregular, en cuanto esta permanencia podría llevar a buscar mantener esta situación de trabajo clandestino hasta llegar a los dos años exigidos por la figura del 12.4.1.»

Así pues, la reforma realizada en el arraigo laboral (i) tiene en cuenta la interpretación dada por esta Sala a partir de su sentencia n.º 452/2021, de 25 de marzo, dictada en el recurso n.º 1602/2020 (reiterada en otras posteriores como la de 6 de mayo de 2021, rec. 1245/2020 y la de 29 de abril de 2021, rec. 8265/2019), en relación con la anterior regulación del arraigo laboral contenida en el art. 124.1 REX, en cuya virtud, la relación laboral que podía dar lugar al arraigo laboral podía ser, no sólo irregular, sino también regular, y podía acreditarse por cualquier medio de prueba; (ii) constata que, a partir de esta interpretación, ha sido elevado el número de solicitudes presentadas en situación de irregularidad sobrevenida, esto es, invocando como arraigo laboral una relación laboral regular amparada en la correspondiente autorización que, por la razón que sea, se ha perdido; (iii) decide dar seguridad jurídica a esa situación específica -regulada, tras nuestra jurisprudencia, por una mera instrucción-, regulándola expresamente en el reglamento, ciñendo ahora el arraigo laboral, en la nueva redacción dada al art. 124.1, a esos supuestos de irregularidad sobrevenida (de ahí la referencia del precepto a encontrarse el solicitante «en situación de irregularidad en el momento de la solicitud»); (iv) y en cuanto a las situaciones de irregularidad laboral, sin perjuicio de que siempre pueden encauzarse a través del arraigo social -lógicamente, con los requisitos del art. 124.2, entre los que se incluye aportar un contrato de trabajo-, la reforma introduce, en un nuevo párrafo segundo que se añade en el art. 127, un nuevo supuesto de autorización de residencia por razones excepcionales cuyo sustento ya no es el arraigo en España, sino la colaboración con las autoridades laborales para restaurar el régimen regular de la contratación.

En este supuesto de nueva creación contemplado en el nuevo apartado 2 del art. 127 -en el que, a diferencia de cuanto se sostiene en la demanda, la relación laboral irregular puede acreditarse por cualquier medio, como venía exigiendo nuestra jurisprudencia y así lo dice expresamente el precepto-, ya no se exige un periodo de permanencia en España (más allá de los seis meses de duración de la relación laboral irregular) porque la finalidad de esta autorización excepcional ya no es el arraigo, sino colaborar con la autoridad

laboral para acabar con situaciones laborales clandestinas, al margen de la legalidad, de ahí que se exija su denuncia ante la Inspección de Trabajo y de ahí también que sea el único supuesto en el que la autoridad laboral puede solicitar de oficio dicha autorización excepcional, posibilidad ésta que abunda en la idea de que no es el arraigo el que justifica este nuevo supuesto, sino la colaboración con la Administración laboral en la erradicación de la economía sumergida.

Como puede observarse, se trata de una nueva regulación que, dentro del margen de discrecionalidad que corresponde al reglamento, responde a finalidades legítimas, puedan o no compartirse, en las que no cabe apreciar las tachas de vulneración del derecho a la prueba ni de discriminación que de forma genérica se aducen en la demanda y en la que -a pesar de cuanto se alega- no se contiene ninguna referencia a la compatibilidad o incompatibilidad de las autorizaciones que regula con la normativa de asilo.

Razones por las cuales el recurso contencioso administrativo debe ser desestimado.

SIXTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con el art. 139.1 LJCA, procede imponerlas a la parte actora al no apreciarse serias dudas de hechos o de derecho que pudieran excluirlas y haciendo uso de la facultad que nos otorga el art. 139.3 LJCA, quedan las costas fijadas en un máximo de 4.000 euros -más el correspondiente Impuesto sobre el Valor Añadido-, a la vista de la índole de asunto y las actuaciones procesales desarrolladas y concretadas en los escritos de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º. Desestimamos el recurso contencioso administrativo n.º 737/2022, interpuesto por el procurador don Andrés Fernández Rodríguez, en nombre y representación de la Asociación de Extranjeristas Los Holis, asistida del letrado don Jaime Martín Martín, contra el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

2º. Imponemos las costas del recurso en los términos expresados en el fundamento jurídico sexto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.