

Arraigo sociolaboral, contrato de trabajo y gestión premiosa: el despropósito estable

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1603/2018, de 8 de noviembre](#)

José Manuel Cerezo Mariscal

*Jefe de la Oficina de Extranjería en Jaén.
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales*

1. Marco legal

El sistema normativo español que tutela el derecho social de las migraciones en España, como conjunto de normas jurídicas respecto de la gestión de los flujos migratorios, es garante del no derecho que se hace derecho. Es decir que en él se regula la figura de las autorizaciones de permanencia legal, que por circunstancias excepcionales y a través de unos ponderables requisitos puede dar acceso a la residencia temporal. La definición y tipos de la residencia temporal vienen establecidos en el [artículo 45 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril](#), por el que se aprueba el Reglamento de extranjería (RELOEx), en consonancia con el [artículo 31 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx).

La situación de excepcionalidad que contempla el artículo 31.3 de la LOEx engloba la normativa que se encuadra en lo que conocemos como «régimen general de las migraciones» y autoriza la permanencia legal sin necesidad de contar con visado de trabajo, lo que conlleva el acceso que permite la posibilidad de otorgar una solución muy cuestionada y controvertida: el arraigo, jurídicamente hablando.

El concepto jurídico de «arraigo», con la interpretación del Tribunal Supremo (TS), se regula por vía reglamentaria en el [artículo 124 del RELOEx](#) y se subdivide en tres tipos diferenciados: «Se podrá conceder una autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral, social o familiar [...]» bajo condición de cumplir una serie de requisitos. Los tres tipos de arraigo, según determina el [artículo 129](#) del mencionado texto reglamentario,

Cómo citar: Cerezo Mariscal, J. M. (2019). Arraigo sociolaboral, contrato de trabajo y gestión premiosa: el despropósito estable. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1603/2018, de 8 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 436, 127-134.

llevan aparejada autorización para trabajar, a los mayores de edad laboral, durante el tiempo de vigencia de la residencia temporal.

No obstante, el tiempo de permanencia irregular que el [artículo 124](#) establece para cada uno de los tres tipos de arraigo es distinto, puesto que para el arraigo laboral la acreditación de la permanencia irregular es de 2 años; para el arraigo social –o sociolaboral, como así lo define parte de la doctrina– ese tiempo se alarga a los 3 años; y, en cambio, para el arraigo familiar no es necesario acreditar tiempo alguno.

Y de los tres tipos de arraigo, el arraigo laboral y el social están vinculados al mercado de trabajo en nuestro país. El primero, con la acreditación de existencia de relaciones laborales sin contar con la preceptiva autorización para residir y trabajar, por lo que la jurisdicción social o la Inspección de Trabajo y Seguridad Social serán los órganos que constaten una duración no inferior a 6 meses, siendo uno de los requisitos de acceso a dicho tipo.

El segundo tipo de arraigo, el arraigo social, no se puede vincular *a priori* a la existencia previa de una relación laboral, siendo uno de los pilares básicos de sus requisitos de concesión que se cuente con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario, en el momento de la solicitud, que debe tener una duración no inferior a 1 año. Es precisamente este tipo de arraigo, social o sociolaboral, el motivo del presente análisis, en tanto en cuanto, desde su regulación contenida en el [Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre](#), presentaba no pocas controversias en lo que a la interpretación y la gestión de las distintas autorizaciones solicitadas por esta vía se refiere, pues también aceptaba la oferta de trabajo como otro de los requisitos, junto con el contrato de trabajo, lo que dio lugar a numerosos casos de fraude, hasta su supresión con la entrada en vigor del RELOEx.

De manera que intentemos centrarnos en el denominado «contrato de trabajo de arraigo», elemento catalizador de las distintas interpretaciones en torno a la dicción del precepto que lo regula y la gestión de las distintas autorizaciones que se tramitan por esa vía.

2. Supuesto de hecho del arraigo social y el contrato de trabajo de arraigo

La experiencia nos encamina a afirmar que, en la práctica, surgen dudas de hecho y de derecho en la redacción postulada del [artículo 124.2 b\) del RELOEx](#) respecto del requisito de contar con un contrato de trabajo «migratorio estable». Esta forma contractual laboral la podemos encuadrar en el tipo de contrato que se condiciona desde el plano teórico-temporal a un contrato que supera la media de los contratos de trabajo temporales (el precepto le exige un año como mínimo). Ahora bien, la temporalidad de los empleos que ocupan personas migrantes es vulnerada de manera frecuente por incumplimientos por parte de empresarios y empleadores. Dicho contrato, de un año de duración, promueve controversias en la

contratación temporal en España, identificando disfunciones no poco fáciles de interpretar, que pueden sesgar e influir en la oferta por parte de determinados empresarios o empleadores; situación que afecta igualmente, si cabe, en el tiempo de irregularidad en la permanencia.

Se da la circunstancia de que también esas dudas comprometen la permanencia prometida expresamente, pues el contrato de trabajo no cumplido interfiere en la aspiración a obtener la permanencia legal, que puede verse alejada e incluso puede dar lugar a que la residencia temporal ambicionada y autorizada pueda ser extinguida.

La redacción del artículo 124.2 b) antes citado establece: «Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a 1 año». Se trata de la misma dicción que ya recogía el [artículo 45.2 b\) del Real Decreto 2393/2004](#), que aprobó el reglamento anterior ya derogado por el RELOEx.

La labor hermenéutica de los tribunales superiores de justicia (TSJ) viene a señalar líneas argumentales en relación con la situación de excepcionalidad que se plantea desde la perspectiva del arraigo social.

En ese sentido, corresponde a la jurisdicción contenciosa revisar los procedimientos de arraigo social cuando difieren los intereses generales de los particulares de cada caso. Así, la interpretación que entiende la Administración se incardina en el hecho de si el «contrato de arraigo» deviene o no en la necesidad de justificar el empresario la solvencia económica que permita sustentar, *a priori*, que el contrato es viable y, por consiguiente, se obligaría a justificar la misma, en los mismos términos que el [artículo 64.3 e\) del RELOEx](#). De esta manera, los requisitos contractuales no diferirían en las solicitudes de arraigo social y en las solicitudes de residencia y trabajo iniciales, donde el trabajador migrante se encuentra en su país de origen o de residencia, fuera de nuestro territorio.

Entiende el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social que pudiera existir identidad de razón o analogía *legis* en una autorización inicial para residir y trabajar y en el arraigo social. Es decir, que pudiera inferirse que el requisito básico de contar con la solvencia económica por parte del empleador pudiera entenderse de aplicación analógica para solventar la garantía del «contrato de arraigo», debiendo justificarse documentalmente que se cuenta con recursos económicos suficientes para establecer la viabilidad del contrato, hasta su finalización.

En relación con lo anterior, el hecho de no justificar solvencia económica en el arraigo social, desde este considerando interpretativo, ha motivado no pocas denegaciones de las solicitudes por esa vía, cuestión que ha tenido que matizarse por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque se postulan posiciones contradictorias en orden a la interpretación de los preceptos que aquí analizamos, lo que ha dado lugar a que el TS emita la [Sentencia 1603/2018, de 8 de noviembre](#), en casación contra la Sentencia 19/2017, de 27 de enero, del TSJ de Castilla y León/Burgos, en relación con la interpretación de los artículos [124.2 b\)](#) y [129.2 a\)](#), en relación con el [artículo 64.3, apartados a\), b\) y c\)](#), todos del RELOEx.

Así podemos citar las Sentencias de los TSJ de Andalucía/Sevilla de 15 de noviembre de 2018 (rec. 459/2013), 2 de abril de 2016 (rec. 123/2016), 25 de mayo de 2017 (rec. 561/2016) y [8 de noviembre de 2018 \(rec. 484/2018\)](#); de la [Comunidad Valenciana de 21 de diciembre de 2018 \(rec. 683/2016\)](#); y de [Asturias de 7 de noviembre de 2012 \(rec. 294/2012\)](#), entre otras.

Entremos ahora en la labor interpretativa del TS, con el deseo de que resulte la exposición lo más clarificadora posible.

3. La doctrina judicial tras la interpretación de la STS 1603/2018, en relación con el contrato de arraigo social

Los elementos que conforman la base del contrato de trabajo responden a las premisas de que sea posible, lícito y determinado, lo que implica *de facto* la necesidad de que la Administración tenga que valorar la documentación que aporta la persona que solicita arraigo social. Entendemos pues que, de entrada, se contengan los elementos formales para poder producir los efectos materiales que del compromiso contractual se derivan.

Ahora bien, a diferencia de los requisitos que se establecen para las autorizaciones iniciales de trabajo y residencia, y, por ende, en el «contrato de trabajo migratorio» ([art. 64 RELOEx](#)), para las solicitudes de autorizaciones de residencia temporal por arraigo social, es el propio trabajador migrante el que realiza el acto de inicio del procedimiento que conllevará a la concesión o denegación de la permanencia legal, distinto, como decimos, a que sea el empresario o empleador, como proponente de la permanencia legal.

Pero en la relación sinalagmática que comporta la relación contractual laboral, la posición de las partes se sostiene, entre otros elementos fácticos, en la capacidad y solvencia del empleador o empresario, con la intención de poder acometer su proyecto, necesitando mano de obra, lo que implica que esa relación laboral se produzca –desde el momento del compromiso contractual– al menos con las necesarias garantías. Desde esta reflexión, que se apoya en los conceptos de «trabajador» y «empresario», recogidos en el [artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), la redacción del RELOEx no tiene en cuenta en el arraigo social la necesidad de acreditar los medios económicos, sociales y materiales que se regulan en el [artículo 64.3 e\)](#), ni tampoco se apoya en la necesidad de acreditar que el trabajador, en su caso, tenga la capacitación o cualificación profesional –según proceda– exigida legalmente para el ejercicio de su profesión.

En la regulación jurídica del arraigo social se reconoce la vulnerabilidad social del trabajador migrante que lleva en España un mínimo de 3 años en permanencia irregular o, en su caso, estando en situación de permanencia legal, pierde la persona migrante la posibilidad de renovar su autorización de estancia o de residencia –*vid.* Cerezo Mariscal, J. M.

(2015). La gestión de los procesos de la irregularidad estructural y sobrevenida. Análisis maquetado del arraigo. *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, 17, 657-684-. De ahí que no se tenga en cuenta la situación nacional de empleo ([art. 64.3 a](#)), ni tampoco se justifique documentalmente con la solicitud, como es el caso de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo, que el contrato de trabajo *–a priori–* garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ([art. 64.3 b](#)).

Entonces ¿el requisito de contar con un «contrato de trabajo de arraigo» firmado por trabajador y empresario es un mero cumplimiento formal del requisito que se establece en los artículos [124.2 b](#)), [128.1 b](#)) y [129.1](#) del RELOEx?

Esta es la disyuntiva que ha tenido que dirimir en su interpretación el TS al considerar que:

[...] ese debate no es tanto la acreditación de dicha exigencia de la viabilidad del proyecto empresarial en el que se integra el contrato de trabajo, sino determinar si la Administración, al examinar la solicitud del interesado, puede examinar y exigir dicha acreditación [...] (FJ 2.º STS 1603/2018).

Se trata, en definitiva, de acercar la casuística planteada al precepto que lo regula, porque el trabajador migrante aporta copia del contrato de trabajo como promesa de que la situación de permanencia irregular, desde el no derecho, se haga derecho a través de la preparación documental para reunir los requisitos reglamentarios.

De ahí que el Alto Tribunal permita con esta interpretación mejorar y aclarar la posición de parte de la doctrina y de algunos TSJ, al matizar que de la misma dicción del precepto y de la interpretación lógica no se le exija al trabajador migrante que aporte prueba documental de la solvencia del empresario y, por ende, de la viabilidad del proyecto empresarial, por lo que no se puede «conectar» el arraigo social, desde la posición del «contrato de arraigo» que se requiere en el [artículo 124.2 b](#)), con el «contrato de trabajo migratorio» que se regula en las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo.

Desde una pretensión definitoria, queremos discernir la pretendida laboralidad contractual que se regula en el arraigo social, denominando al contrato de trabajo «contrato de trabajo para arraigo», que, si bien debe presentar las mismas formalidades en cuanto a su expedición y contenido, difiere del «contrato migratorio inicial» requerido en la autorización inicial de trabajo y residencia, porque en este último es el propio empleador o empresario el que solicita la autorización de residencia temporal, con lo que *a priori* el empresario se responsabiliza directamente del compromiso contractual, mientras que en el «contrato de trabajo de arraigo» parece difuminarse ese compromiso, debido a que es el trabajador migrante en permanencia irregular el que lo aporta.

Por consiguiente, la interpretación matiza que la relación laboral que se incardina en el componente de la permanencia legal, cuando se refiere a la residencia temporal por arraigo social, como situación excepcional que el legislador reconoce, se constituye en presupuesto de hecho que posiciona la aspiración de las personas que tienen una postulación obligatoria de un mínimo de 3 años continuados en España y esa larga espera las inserta en la economía informal –más de subsistencia– para tratar de modificar su situación que se tornará más acuciante cuanto más tiempo necesiten para que un empleador las contrate.

Desde luego que nos encontramos lejos de la mera exigencia formal de rellenar un documento contractual, como así dispone el [artículo 124.2 b\) del RELOEx](#), pues entendemos que no resulta contradictoria en tanto que, como resalta el Alto Tribunal:

[...] una cosa es la mera exigencia formal [...] y otra muy diferente es que la Administración no pueda, e incluso esté obligada en aras del interés general que subyace en sus potestades, examinar la eficacia probatoria de la documentación aportada por el interesado, toda ella y, por tanto, también el mencionado contrato laboral [...] (FJ 2.º STS 1603/2018).

De esta forma sienta el TS, con la *ratio decisoria* que se recoge en la mentada [sentencia](#), que es la Administración la que tendrá que valorar, durante los actos de trámite de la solicitud de arraigo social, si el contrato es viable desde la perspectiva de la solvencia económica del empresario, de ahí que pueda abrir discrecionalmente un periodo de prueba, aunque, como interesado en el procedimiento, entendemos que será el empresario o empleador el que tenga que aportar la documentación necesaria que pueda constatar la realidad del contrato de trabajo.

Como venimos argumentando, en el arraigo social prevalece la residencia temporal que se acoge a la modalidad de excepcionalidad, de ahí que haya que acudir al [artículo 129.1 del RELOEx](#) para matizar que la autorización de residencia por esa vía conllevará una autorización de trabajo, que tendrá la misma vigencia que aquella.

Ahora bien, resulta muy conveniente traer a colación la interpretación que igualmente viene imperando en otras salas de lo contencioso-administrativo, como es el caso de la del TSJ de Andalucía/Granada.

Citamos la [STSJ de Andalucía/Granada de 23 de octubre de 2018 \(rec. 1002/2016\)](#), porque recoge abundante cita jurisprudencial, lo que viene a introducir otro aspecto interpretativo muy diferente y a tener en cuenta. Así pues, la sala viene a considerar que:

Por tanto, no se puede trasladar al extranjero que solicita personalmente aquella autorización la carga de acreditar que «el empleador cuente con medios econó-

micos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador en los términos establecidos en el artículo 66 de este reglamento», que, como hemos dicho, está referida al empresario que solicita la autorización para el extranjero por cuenta ajena, que no es el supuesto enjuiciado [...]. Además, ello no obsta a que la Administración pueda iniciar las actuaciones correctivas que estime oportunas si con posterioridad a la celebración del contrato –y a la obtención de la autorización de residencia– se comprobase el incumplimiento de aquel (FJ 4.º).

Entendemos que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía/Granada despliega la interpretación más extensiva, si cabe, al señalar que la Administración debería valorar *a posteriori*, una vez concedida la autorización de residencia temporal por arraigo social, que se están cumpliendo las condiciones contractuales, considerando que, *a priori*, pudiera bastar el contrato de trabajo, como elemento formalista que permite acceder al cumplimiento del requisito establecido en el [artículo 124.2 b\) del RELOEx](#). Habría pues que considerar si este pronunciamiento se contradice con lo que interpreta el TS.

4. Trascendencia más allá de la casuística del contrato de arraigo social

En el fundamento de derecho cuarto, la [STS que comentamos](#) viene a concluir la denegación de la pretensión del recurrente, considerando que la Administración, al examinar el contrato de trabajo aportado a la solicitud de arraigo social, determinó que carecía de viabilidad en lo que a la solvencia económica se refiere.

La interpretación jurídica viene a sentar un importante pronunciamiento acerca de que, una vez aceptada la solicitud por la Administración, esta, durante los actos de instrucción, pueda requerir, además de las posibles carencias subsanables, la apertura de un periodo de prueba, con el objeto de que se realicen nuevas alegaciones y se puedan aportar cuantos documentos considere que avalan la pretensión, para poder acreditar la solvencia del empleador, e igualmente se comprobaría la formalidad del «contrato de arraigo», para que permita, al menos, llevar a cabo el cumplimiento del periodo para el que se concede la autorización de residencia temporal.

La prolija casuística refiere la existencia de modalidades contractuales como la del contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, que se regula en el [artículo 15 del ET](#), cuya vigencia es de 6 meses en un periodo de 12 meses, pudiendo ser ampliado por convenios colectivos, lo que permite determinar, salvo prueba en contrario, que no cumple con el requisito general mínimo de 1 año que se exige en el arraigo social. A título de ejemplo recomendamos la [Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 26/2017, de 1 de marzo](#).

En definitiva, el TS interpreta y clarifica que no puede extrapolarse la residencia temporal excepcional por arraigo social, regulada en el [artículo 124.2 b\) del RELOEx](#), a los requisitos del [artículo 66.1](#) del mismo texto reglamentario, siendo la situación de arraigo la causa motivadora de la residencia, que autoriza a trabajar, de distinta concepción y finalidad a la que se recoge en el [artículo 64.3](#), pues a la persona migrante, que se encuentra en estancia irregular, no se la debe obligar a que la carga de la prueba de solvencia recaiga sobre ella, siendo el empleador o empresario el que la tenga que aportar, si la Administración así lo justifica y motiva durante los actos de instrucción y terminación del procedimiento de concesión del arraigo social.