



CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DEL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 414/2024, DE 24 DE ENERO, SOBRE LA INCIDENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA DE ARRAIGO LABORAL DE LA CONDICIÓN DE SOLICITANTE DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

Con fecha 24 de enero de 2024 el Tribunal Supremo ha dictado la sentencia núm. 414/2024 en la que, en relación con el arraigo laboral, aborda el estatuto jurídico del solicitante de protección internacional.

El estatuto jurídico del solicitante de protección internacional a los efectos de encontrarse en situación regular o irregular

El solicitante de protección internacional goza de un estatuto migratorio especial que no es de estancia, ni de residencia. Así, el Tribunal Supremo, en interpretación de las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE, entiende que se encuentra en una situación de permanencia, esto es, en una situación de tolerancia a permanecer en el país de la solicitud y con carácter preventivo. En sus propias palabras: “[...] la situación en que se encuentra el solicitante de asilo mientras se decide sobre la legalidad de la denegación administrativa de la protección internacional, es una situación peculiar que en nada puede vincularse a la situación tan siquiera de estancia, sino que es una medida de mera tolerancia de permanecer en país de solicitud de asilo y con carácter de medida preventiva, es decir, está en función del procedimiento de revisión de la denegación, solamente”.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sostiene, en sentencia de 9 de noviembre de 2023 (asunto C-257/22), que los solicitantes de protección internacional tienen derecho a permanecer en el territorio del Estado en el que se presenta la solicitud. Ahora bien, aunque ese derecho no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia, tampoco es posible que se le pueda considerar irregular a los efectos de la Directiva 2008/115/CE. En las palabras del TJUE:

37 No obstante, de conformidad con el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2013/32, los solicitantes de protección internacional están autorizados a permanecer en el territorio del Estado miembro en el que han presentado la solicitud, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que se haya dictado una resolución en primera instancia por la que se deniegue dicha solicitud. Aunque ese derecho de permanecer en el territorio no constituye, conforme a los propios términos de dicha disposición, un derecho a obtener un permiso de residencia, del considerando 9 de la Directiva 2008/115 se desprende, no obstante, en particular, que ese derecho impide que la situación del solicitante de protección internacional pueda considerarse «irregular», en el sentido de dicha Directiva, durante el período comprendido entre la presentación de su solicitud de protección internacional y la adopción de la resolución en primera instancia que se pronuncie sobre dicha solicitud [véase, en este sentido, la sentencia de 16 de noviembre de 2021, Comisión/Hungría (Tipificación penal de la asistencia a los solicitantes de asilo), C-821/19, EU:C:2021:930, apartado 137 y jurisprudencia citada].





Adquisición de la condición de solicitante de protección internacional.

La Directiva 2013/32/UE establece que la condición de solicitante de protección internacional se adquiere cuando un nacional de un tercer país o un apátrida manifiesta su deseo o voluntad de formular una petición que aspira a obtener el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria y que no pida expresamente otra clase de protección que esté fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE que pueda solicitarse por separado. Así lo señala el artículo 2 en sus letras b) y c) cuando define la solicitud y el solicitante o el artículo 6 cuando se refiere a la formulación de la solicitud ante una autoridad competente para el registro.

Por su parte el considerando 27 señala, a este respecto, que *“los nacionales de terceros países y las personas apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional”* y, por tanto, *“deben cumplir las obligaciones y gozar de los derechos contemplados en esa Directiva y en la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional”*.

Por tanto, la adquisición de la condición de solicitante de protección internacional una vez se manifiesta la voluntad de presentar la solicitud, comporta una serie de derechos y obligaciones mientras se mantenga la misma, esto es, hasta que se dicte una resolución definitiva de denegación contra la que ya no puede interponerse recurso en el marco de lo dispuesto en el capítulo V de la Directiva.

Pérdida o cese de la condición de solicitante de protección internacional.

Como señala el TJUE, se desprende del tenor literal del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2013/32, que el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el Estado miembro en el que ha presentado la solicitud, previsto en esa disposición, finaliza en el momento en que las autoridades competentes de ese Estado miembro adoptan la resolución de primera instancia por la que se deniega esa solicitud.

Ahora bien, el citado artículo 9 se enmarca dentro de las disposiciones generales, particularmente en el capítulo II sobre principios y garantías fundamentales, de donde se deduce que se refiere al procedimiento de instancia, esto es, del procedimiento de examen, comprensivo también de las eventuales revisiones ante la autoridad decisoria, entendiéndose por esta, de conformidad con el artículo 2.f) de la Directiva 2013/32 *“cualquier organismo cuasi-judicial o administrativo de un Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional y competente para dictar resoluciones en primera instancia en tales casos”*. Por tanto, en nuestro derecho nacional esto implicaría el mantenimiento de la condición de solicitante de protección internacional durante el plazo de interposición del recurso potestativo de reposición ante el Ministerio del Interior y, una vez interpuesto, el tiempo que transcurre hasta su resolución.

La regla general será la de que el procedimiento termine con la notificación, pero es preciso referir el supuesto de quienes optan por el desistimiento de la solicitud siendo esta una de las formas de terminación del procedimiento administrativo tal y como se prevé en el artículo 27 de la Ley





12/2009, de 30 de octubre y en el artículo 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En estos casos, el interesado declarará su voluntad de poner fin al procedimiento y la Administración deberá aceptarla declarando concluido el procedimiento. Tanto es así que el artículo 45.5 de la Directiva 2013/32 establece que *“no obstante lo dispuesto en el presente artículo, apartados 1, 2, 3 y 4, los Estados miembros podrán decidir el cese automático de la protección internacional cuando el beneficiario de protección internacional haya renunciado inequívocamente a que se le reconozca como tal [...]”*.

Por su parte, la Directiva 2013/32, en su artículo 2.c), contempla la definición de solicitante, como aquel *“nacional de un tercer país o un apátrida que ha formulado una solicitud de protección internacional sobre la cual todavía no se ha adoptado una resolución definitiva”*. El apartado e) del citado artículo indica que resolución definitiva es toda aquella *“resolución por la cual se establece si se concede o no al nacional de un tercer país o al apátrida el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria en virtud de la Directiva 2011/95/UE y contra la que ya no puede interponerse recurso en el marco de lo dispuesto en el capítulo V de la presente Directiva, con independencia de que el recurso tenga el efecto de permitir que el solicitante permanezca en el Estado miembro de que se trate a la espera de su resultado”*.

Por tanto, el capítulo V de la Directiva 2013/32 regula el derecho a un recurso efectivo, los procedimientos y sus garantías. En este caso en concreto, el artículo 46 garantiza la existencia del derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional, que, en nuestro derecho nacional, sería la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y el artículo 11 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En nuestra legislación nacional, el Tribunal Supremo sostiene que no se prevé la incidencia que tiene el eventual recurso que se pudiera interponer contra la resolución denegatoria sin perjuicio de que la impugnación en vía jurisdiccional pudiera ser objeto de las medidas cautelares que se contemplan en nuestra ley procesal. Es decir, al margen de los efectos que se despliegan desde la presentación del recurso ante el órgano jurisdiccional (a lo que habrá que estar a lo dispuesto por el Derecho de la Unión en tanto que nuestra legislación nacional no lo regula) se podrán solicitar, o no, las medidas cautelares previstas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (de acuerdo con la expresión *“sin perjuicio”* que utiliza el Tribunal Supremo en la sentencia 414/2024).

Sobre este particular, el artículo 46.5 consagra, con carácter general, el efecto suspensivo automático o de pleno derecho tras la interposición del recurso ante el órgano jurisdiccional, al prescribir que *“los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso”*. Sin embargo, el apartado 6 de ese mismo precepto enumera algunos supuestos en los que esos efectos suspensivos no son automáticos y ex lege, sino que se supeditan a la decisión del órgano jurisdiccional que *“será competente para decidir si el solicitante puede o no permanecer en el territorio del Estado miembro, bien previa petición del solicitante concernido, bien de oficio, si la*





decisión pone fin al derecho del solicitante a permanecer en el Estado miembro y cuando, en tales casos, el derecho a permanecer en el Estado miembro mientras se resuelve el recurso no se contemple en el Derecho nacional.”

Incompatibilidad con otros sistemas o regímenes de autorizaciones de residencia.

- Mientras se mantiene la condición de solicitante de protección internacional.

Como ya se ha expuesto, el artículo 2 a) de la Directiva 2013/32 define los conceptos de «solicitud» o «solicitud de protección internacional», como *“la petición de protección formulada a un Estado miembro por un nacional de un tercer país o un apátrida que pueda presumirse aspira a obtener el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria y que no pida expresamente otra clase de protección que esté fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE que pueda solicitarse por separado”*.

En los artículos 3 y 4 de la Ley 12/2009, así como en las letras d) y f) del artículo 2 de la Directiva 2011/95/UE y en las letras g) y h) del artículo 2 y el artículo 9.1 de la Directiva 2013/32/UE, se considera que la condición de beneficiario del estatuto de refugiado o, en su caso, de protección subsidiaria les autoriza a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III, pero ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.

Y, sobre esta base, la sentencia 414/2024 del Tribunal Supremo mantiene que *“[...] si no sirve esa permanencia para obtener el permiso de residencia no puede alterarse esa premisa por la vía de reconducir la adquisición de la residencia como consecuencia de la autorización para trabajar, porque se estaría vulnerando la regla esencial y primaria de dicha situación de permanencia, es decir, la de que con ella no puede accederse a la obtención de la residencia. Y que esa exclusión es aplicable en nuestro Derecho no puede ofrecer duda alguna porque, si los derechos reconocidos en las Directivas deben ser de aplicación preferente al silencio que guarda nuestro Derecho, lo que no puede pretenderse es que la aplicación de la norma comunitaria lo sea parcialmente, el derecho de permanencia, pero no los límites de dicho derecho en cuanto no permiten acceder a la residencia legal. No se trata de aplicar la Directiva en lo que beneficia y excluirla en lo que perjudica, porque la aplicación en lo que le beneficia ha de ser con las condiciones del derecho que se aplica preferentemente”*.

Y seguidamente sostiene que *“[...] En lógica consecuencia, no puede aducirse derecho alguno que tenga como presupuesto esa situación de mera suspensión de eficacia de la resolución denegatoria del asilo. En suma, esa suspensión puede dar lugar, por aplicación directa de las normas más favorables comunitarias a permanecer en España y a poder trabajar, pero como actos de mera tolerancia y protección, sin que dicha permanencia o trabajo puede tener eficacia alguna a los efectos de aplicar los sistemas ordinarios de la legislación en materia de extranjería para obtener la residencia legal por vías tan excepcionales como son las de arraigo”*.





En este mismo sentido, es decir, en los de la incompatibilidad entre la condición de solicitante de protección internacional y la de condición de residente por otro título distinto se pronuncian expresamente las directivas de migración legal excluyendo, de su ámbito de aplicación, a los solicitantes de protección internacional, así el artículo 2.2 a) de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair, el artículo 3.2 a) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, el artículo 3.2.a) de la Directiva (UE) 2021/1883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo, los artículos 9.4 y 15.8 de la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, el artículo 3.2 d) de la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y de manera muy significativa, por el artículo 3.2.g) de la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

Esta consideración de que no es posible compatibilizar el estatuto de solicitante de protección internacional con la eventual solicitud de autorizaciones de residencia, en general, y de aquellos que lo son por razones de arraigo laboral, en particular, viene reforzada por la propia naturaleza excepcional de las autorizaciones de residencia contempladas en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y, en su desarrollo, por los artículos 123 y siguientes del Real Decreto 557/2011, dentro del margen competencial que a cada Estado miembro se reconoce en desarrollo de lo previsto en el artículo 6.4 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Ahora bien, distinto es el caso, debido a su regulación explícita, de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, que, en su considerando 4, prevé que *“la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la protección concedida a los refugiados, a los beneficiarios de una protección subsidiaria y a los solicitantes de protección internacional de acuerdo con el Derecho internacional relativo a los refugiados, y sin perjuicio de otros instrumentos sobre derechos humanos”*. En similares términos se decanta el derecho nacional que, en el artículo 144.8 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece que el contenido del referido precepto, esto es, el relativo a la autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos, *“no afectará al derecho que asiste al extranjero de solicitar y disfrutar de protección internacional”*.





- Cuando pierda la condición de solicitante de protección internacional.

Finalizado el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el Estado en el que ha presentado la solicitud la decisión de denegación entraña que, desde su adopción, el solicitante pase a estar en situación irregular salvo que obtenga un permiso de residencia con arreglo a otra base jurídica, estableciendo lo siguiente el artículo 6 apartado 4 de la Directiva 2008/115: *“Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia”*.

En este sentido, el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, prevé determinados supuestos en los que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

En relación con el supuesto específico de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo laboral, es preciso tener en cuenta que, en tanto que la opción reglamentaria del artículo 124.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, tras su modificación por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, refiere, en su dicción literal, que *“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”*.

Por tanto, los períodos de empleo o de trabajo, en cualquier régimen, actividad u ocupación, durante la condición de solicitantes de protección internacional hasta que pierden tal condición, no podrán ser considerados a efectos de obtener una autorización de residencia o de estancia temporales de las previstas en la legislación migratoria o de extranjería, por lo que tampoco se computarán, específicamente, para acceder a la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo laboral en tanto que el artículo 124.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, únicamente contempla aquellas que lo hayan sido durante un período de estancia o residencia legal, que no es comprensivo de la situación administrativa de permanencia o tolerancia previstas en las citadas Directivas comunitarias y que el propio Tribunal Supremo recalca que no puede aplicarse a la permanencia del solicitante de protección internacional las condiciones para que el tiempo de permanencia y el desarrollo de una actividad laboral pueda suponer adquirir la residencia por arraigo laboral por aplicación de la Directiva 2013/32.

Conclusiones.

1.- La persona extranjera que solicita protección internacional goza, desde que adquiere tal condición de un estatuto migratorio singular que no es de estancia ni de residencia, sino de permanencia o tolerancia por lo que no se encuentra en situación administrativa irregular,





desplegando, según lo que prescriben las directivas comunitarias y la legislación nacional, una serie de derechos a su favor mientras se mantenga dicha condición.

2.- Durante el tiempo en el que la persona extranjera ostente la condición de solicitante de protección internacional, no es posible, por tanto, acceder a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo laboral al no encontrarse en situación irregular como exige el artículo 124.1 del Reglamento de la L.O. 4/2000.

3.- Para la tramitación de una solicitud al amparo del reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, será necesario acreditar la comunicación de desistimiento de la condición de solicitante de protección internacional, momento en el que se entenderá que existe una resolución definitiva y ello con independencia de la consideración de los efectos suspensivos del recurso e independientemente de que se haya solicitado o no a través de medida cautelar.

4.- En el caso del arraigo laboral, el referido precepto reglamentario establece que para su concesión se deberá acreditar por cualquier medio de prueba la existencia de una relación laboral previa, cuya duración no sea inferior a seis meses, realizada en situación legal de estancia o residencia. Esta circunstancia no puede cumplirse por los solicitantes de protección internacional, ya que, según se recoge en la sentencia, “están en una situación peculiar que en nada puede vincularse a la situación tan siquiera de estancia, sino que es una medida de mera tolerancia de permanecer en el país y con carácter de medida preventiva, es decir, está en función del procedimiento de revisión de la denegación solamente.”

Madrid, a 9 de abril de 2.024

