



Novedades en la residencia temporal, el arraigo y otras circunstancias excepcionales para residir legalmente en España tras las reformas en la Ley y el Reglamento de Extranjería

María Luisa Trinidad García¹ y Jaime Martín Martín²

¹ Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Almería.

² Letrado especialista en Derecho de Extranjería. DEA por la Universidad de Almería.

España

María Luisa Trinidad García. Dirección postal: Carretera de Sacramento s/n. Campus de La Cañada de San Urbano 04120(Almería). España. Email: mltrinid@ual.es

Jaime Martín Martín. Dirección postal: Calle Natalio Rivas 15, Edif. Centro Adra, planta 3ª, 04770-Adra (Almería). España. Email: jaimemartmart@yahoo.es

Resumen

Este trabajo analiza el nuevo marco jurídico derivado de las últimas reformas de la Ley y el Reglamento de Extranjería en materia de residencia temporal no lucrativa, y los principales supuestos de residencia por circunstancias excepcionales, dejando al margen -por su especificidad- el arraigo de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género del art. 31 bis de la Ley. El legislador mejora la sistemática, precisa los requisitos, en especial, los medios económicos y apela a la situación nacional de empleo como posible razón para limitar el arraigo social; criterios económicos que flexibiliza la jurisprudencia tanto legalmente en los casos de arraigo del art. 31.3 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (en adelante LOEx), como en su desarrollo reglamentario (RD 557/2011 de 20 de abril, en adelante RELOEx).

Palabras Clave: residencia temporal no-lucrativa, arraigo, jurisprudencia.

Recepción: 01/08/2012 Aceptación inicial: 10/08/2012 Aceptación final: 30/09/2012

Abstract

This paper examines the new legal framework derived from recent reforms on the Spanish Immigration Act and Regulation regarding nonprofit temporary residence and main examples of residence under exceptional circumstances (leaving aside –because its specificity– the case of foreign women victims of gender violence in art. 31 bis of the Act). The legislator improves the systematic, precise the requirements, especially those relating to economic measures, and appeals to the national employment situation as a possible reason for limiting the social roots. Not forgetting that case law has established the view that it should not constrain the scope of recognition of the regularization situations referred in art. 31.3 of the Organic Act 2/2009 of 11 December (hereinafter LOEX), and the examples developed by Regulation (hereinafter RELOEX) and adopting a flexible view for consideration of economic resources.

Keywords: nonprofit temporary residence, rooting, case law.

Received: 08/01/2012 Initial acceptance: 08/10/2012 Final acceptance: 09/30/2012

1. Situación de residencia temporal no lucrativa y su renovación

La estancia y la residencia son los dos modos legales que utiliza el legislador para describir la situación de los extranjeros en España. El nuevo reglamento¹ en su Título IV mejora la sistemática y clarifica los supuestos de residencia temporal, que subdivide en nueve capítulos en función de las diferentes modalidades (Residencia temporal no lucrativa; por reagrupación familiar; ligada a un trabajo por cuenta ajena; a un trabajo para investigación; al trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul UE; a un trabajo por cuenta ajena de duración determinada; a un trabajo por cuenta propia; a un trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios y la que se obtiene con excepción de la autorización de trabajo). De otro lado, reserva el Título V a la residencia por circunstancias excepcionales, que subdivide, a su vez, en cuatro capítulos para desarrollar los diferentes fundamentos que la posibilitan. En el presente trabajo nos centraremos en la residencia temporal no lucrativa y la obtenida por circunstancias excepcionales.

El art. 45.1 RELOx define la residencia temporal como la autorización al extranjero a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años. Para obtenerla tiene que solicitar el correspondiente visado que conllevará, en su caso, la autorización de residencia temporal no lucrativa (art. 48). Autorización que puede ser renovada por dos años, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión; y en el caso de que la persona consiga dos renovaciones sucesivas, tendría derecho a solicitar una residencia de larga duración.

La principal novedad es la pormenorizada previsión del art. 47 sobre los requisitos relativos a los medios económicos a acreditar, que deben ser suficientes para el periodo de residencia que se solicita, o debe acreditarse una fuente de percepción periódica de ingresos, en cuantías establecidas con carácter de mínimas y referidas al momento de solicitud del visado o de renovación de la autorización:

¹ 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 (BOE del 30), que entró en vigor el 30 de junio de 2011.

- a) Para su sostenimiento, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 400% del IPREM², o su equivalente legal en moneda extranjera.
- b) Para el sostenimiento de cada uno de los familiares a su cargo, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 100% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera, cantidad a acreditar de forma adicional a la referida en el guión anterior de este apartado.

En los casos en que los familiares a cargo sean titulares de una autorización de residencia por reagrupación familiar, les serán de aplicación, para la renovación de sus solicitudes, las cuantías requeridas en dicho ámbito.

La cuantía global bruta de medios económicos habrá de suponer la disposición de la cuantía mensual calculada en relación con el tiempo de vigencia de la autorización solicitada. Para su acreditación se acepta cualquier medio de prueba admitido en Derecho que permita verificar la tenencia de un patrimonio o la percepción de ingresos periódicos, suficientes y adecuados (títulos de propiedad, cheques certificados o tarjetas de créditos que se acompañen de certificación bancaria sobre el crédito, etc.). Si los medios de vida proceden de acciones o participaciones en empresas españolas, mixtas o extranjeras radicadas en España, el interesado acreditará, mediante certificación de las mismas, que no ejerce actividad laboral alguna en dichas empresas, y presentará declaración jurada en tal sentido.

El extranjero deberá solicitar el visado personalmente en la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente a la demarcación del lugar de su residencia, según indica el procedimiento que regula el art. 48 RELOEx; aunque también puede, mediante el Ministerio de Asuntos Exteriores, hacerlo en otra como habilita el nuevo art. 27.1 LOEx. Para autorizar la residencia es preciso que la persona, siendo mayor de edad penal, carezca de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años por delitos existentes en el ordenamiento español (lo que

² www.iprem.com.es que define el IPREM o Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, que se introdujo el 1 de julio de 2004 en sustitución del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) cuya utilización se restringió al ámbito laboral. Se actualiza a principios de cada año en la Ley de Presupuestos.

acreditará mediante certificado de antecedentes penales o documento equivalente), y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. También debe adjuntar su pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año; un certificado médico que acredite no padecer ninguna enfermedad con repercusión de salud pública grave (Reglamento Sanitario Internacional 2005); y los documentos que acrediten los medios de vida antes comentados.

Se mantiene la previsión de mantener una entrevista para corroborar los datos aportados en la que deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario, quedando constancia de su contenido en un acta que será firmada por los presentes. Si de la misma se deducen dudas acerca de la identidad, validez o veracidad de las circunstancias alegadas, se deniega y se remite copia del acta al organismo que hubiera otorgado inicialmente la autorización. Para agilizar los trámites, las comunicaciones entre la Oficina Consular o la Misión Diplomática y la Delegación o Subdelegación del Gobierno del lugar indicado para residir, se realizan telemáticamente y la administración tiene plazo de un mes para resolver, dando por dicha vía traslado de su resolución tanto al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, como a la Oficina Consular o Misión correspondiente. La eficacia de la autorización queda supeditada a la expedición, en su caso, del visado y a la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional. El silencio administrativo es desfavorable, y vincula a la Misión u Oficina Consular que lo notificará con indicación de las autoridades, recursos y plazos.

En caso de ser favorable, la Misión Diplomática u Oficina Consular, en atención al cumplimiento del resto de los requisitos exigidos, resolverá y expedirá, en su caso, el visado (art. 48.6 RELOEx). Pero la Misión Diplomática puede denegarlo si se advierten motivos, -aunque la resolución de la autoridad gubernativa en España sea favorable-, lo que será notificado personalmente con indicación del recurso, órgano y plazo máximo de tres meses para interponerlo (Disposición Adicional 10ª RELOEx). El plazo trimestral se interrumpe hasta que se comunica la resolución de la pertinente autorización de residencia por la Delegación o Subdelegación. (Disposición Adicional 12ª RELOEx). Si bien, la obligación formal de informar se entiende cumplida con la mera inserción de la

nota informativa del impreso de solicitud, como recuerda el apartado 4 de esa misma Disposición Adicional.

Desde que el interesado recibe la notificación de la concesión del visado, tiene un mes para poderlo recoger de manera personal con la consecuencia de ser archivado en caso contrario. El visado expedido incorpora la autorización inicial de residencia. De otro lado, el plazo para entrar en España desde que lo recoge es de tres meses. Efectuada la entrada, es preceptivo solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero (en adelante TIE), dentro del mes siguiente a la misma. El cómputo del año se efectúa a partir de la fecha de la entrada, que debe constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje. En el caso de que en ese período decidiera realizar una actividad laboral, necesita la pertinente autorización para trabajar.

Además de la relación de los medios más comunes para acreditar suficiencia económica que antes hemos visto, interesa destacar también que la jurisprudencia ha considerado medio idóneo de prueba a los depósitos bancarios de determinadas cantidades de dinero (Sentencia del Tribunal Supremo –STS, en adelante-, de 19 de octubre de 1993)³, en función de la duración de la residencia y de las personas que dependan económicamente del solicitante (STS de 22 de junio de 1992)⁴. Asimismo, sobre el concepto jurídico indeterminado “medios de vida suficientes”, se ha pronunciado el Juzgado núm. 1 de lo Contencioso-Administrativo de Vitoria-Gasteiz en Sentencia núm. 409 de 4 de noviembre de 2008⁵, al incluir las ayudas sociales no contributivas (si existe empleo), para la vía de regularización permanente en un arraigo social. La exigencia legal de “recursos suficientes”, no significa exclusivamente recursos propios, fijos y regulares, sino que la jurisprudencia hace una interpretación flexible de las normas jurídicas conforme a la realidad social del derecho; y cuando tiene que ponderarlas para favorecer el derecho a la reagrupación familiar, éste suele primar sobre la base del principio de protección constitucional de la familia recogido en el art. 39 de nuestra Carta Magna.

La renovación se formaliza mediante solicitud en modelo oficial y de forma personal ante el órgano competente para su tramitación, dentro del plazo de sesenta días

³ Aranzadi 1993/7176.

⁴ Aranzadi 1992/4711.

⁵ www.migrarconderechos.es, apartado jurisprudencia.

naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización inicial (Art. 51 RELOEx). Se prevé una prórroga automática de validez siempre que la solicitud se presente dentro de dicho plazo o, como máximo, hasta tres meses desde su expiración y hasta que se produzca la resolución del procedimiento. Si bien, en este caso, existirá un procedimiento sancionador. A la solicitud se acompañará la documentación acreditativa de las circunstancias que permiten la renovación (seguro de enfermedad, público o privado, que cubra los riesgos normalmente asegurados a los ciudadanos españoles, haber mantenido escolarizados a los menores a su cargo, haber abonado la tasa de tramitación, pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España). En concreto, además, la de ser titular de una autorización de residencia no lucrativa en vigor o hallarse dentro del plazo de los 90 días naturales posteriores a su caducidad y la documentación acreditativa de recursos económicos o de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia (considerados el solicitante y su familia; el periodo de tiempo por el que se pretenda renovar, y que no necesite desarrollar ninguna actividad laboral. Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 8 de febrero de 2005)⁶.

Con carácter previo a emitir la resolución sobre la renovación, se pueden valorar distintos informes. Destacando el novedoso informe positivo sobre el esfuerzo de integración de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia (art. 51.6 RELOEx). Este informe sirve para estimar las renovaciones en caso de no reunir los requisitos económicos o de cotización suficientes. Se analiza su participación en cursos de formación e integración entre otros extremos que se detallan en la Instrucción DGI/SGRJ/8/2011⁷.

Conviene tener presente, asimismo, que los antecedentes penales no son una razón impeditiva en la renovación, siempre y cuando se haya cumplido la pena, o ésta esté en suspenso o en remisión condicional, como establece el art. 31.7 LOEx, que tam-

⁶ *Ibidem*.

⁷ www.extranjeros.empleo.gob.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/Instruccion.es DGI que concreta su ámbito subjetivo a renovaciones no lucrativas, por reagrupación, por cuenta propia y por cuenta ajena. Su fin es especificar la formación recibida, concretando título, horas de formación, nivel de asistencia y valoración positiva del esfuerzo de integración, para estimar las renovaciones si no reúne condiciones estimatorias. En caso de no lucrativas, sirve para estimarlas en el supuesto de no cumplir los requisitos económicos. En la reagrupación familiar si no cumplen los límites económicos o si todos los miembros de la familia no residen bajo un mismo techo. Y en cuenta propia y ajena, en caso de no tener seis o tres meses de cotización anual, o si el cónyuge o pareja de hecho no reúne requisitos económicos o de vivienda.

bién se refiere al cumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de Seguridad Social (entre otras, las sentencias del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, de 30 de enero de 2004; la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Barcelona, de 15 de marzo de 2012; la del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Bilbao, de 15 de marzo de 2012, o la 41/2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid)⁸.

La resolución favorable se notifica al interesado con indicación de las tasas a abonar para la concesión de la renovación solicitada, así como por la expedición del TIE. El art. 51.8 RELOEx, regula expresamente el silencio positivo de la renovación, de manera que transcurridos tres meses desde la presentación se entiende que la resolución es favorable, aunque este silencio no acredita al extranjero la renovación del permiso sino que le habilita para solicitar, pasado ese tiempo, un certificado a la administración con el que acreditar la renovación por falta de notificación. Una vez obtenido el certificado, deberá instar la renovación del TIE en el plazo de un mes desde su notificación (del certificado se entiende).

2. Causas de extinción de la autorización de residencia temporal

El tratamiento genérico de la extinción se localiza en el Título VII del reglamento que lleva por rúbrica “Extinción de las autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo”. El art. 162 distingue entre los motivos que no exigen pronunciamiento administrativo alguno (discutido), y aquellos que precisan de resolución motivada de la autoridad que lo concedió. De hecho, la falta de pronunciamiento expreso fue objeto de impugnación en el recurso presentado contra diversos artículos del anterior Reglamento de Extranjería por, entre otros, la Asociación de los Chinos en Euskadi.

No obstante, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección cuarta, del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de enero de 2007⁹, no acoge dicha impugnación puesto que entiende que, “en todos estos supuestos no se instruirá un procedimiento administrativo específico, pero ello no implica que pueda prescindirse de practicar una notificación al interesado debidamente motivada, susceptible de recurso y frente a la

⁸ www.migrarconderechos.es, apartado jurisprudencia.

⁹ www.poderjudicial.es. Buscador jurisprudencia. Id. CENDOJ 28079130042007100017.

cual se dispone de las garantías que otorga el ordenamiento” (Fundamento Derecho Octavo –FD, en adelante-).

3. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales

La previsión de este tipo extraordinario de autorización fue objeto de una modificación de tipo formal en la reforma de la Ley 4/2000 por la Ley 14/2003. El desarrollo reglamentario se encuentra en el Título V (arts. 123 a 146); sigue una sistemática diferenciada en cuatro capítulos, de modo que cada supuesto adquiere una entidad propia. Pero, a grandes rasgos, mantiene las características de la redacción del anterior reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, aunque trata de articular respuestas jurídico-normativas, tomando en consideración el cambio de ciclo migratorio, que viene dado con el contexto de la crisis económica (Robles, 2011).

3.1. El arraigo

Sin duda, la figura del arraigo sigue siendo el supuesto singular de nuestra legislación (no la encontramos en los países de nuestro entorno), y tiene expresa mención en el número 3 del art. 31 LOEx que dice: “La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.”

Por su parte, el art. 123.1 RELOEX indica que: “De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley orgánica 4/2000, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias o colaboración con autoridades públicas, previstos en los artículos siguientes”.

Y añade un apartado 2 clarificador sobre otras posibles circunstancias sobre la base de lo previsto en el art. 31bis, 59 y 59 bis de la LOEx o de la Disposición Adicional 1ª apartado cuarto del reglamento.

El arraigo implica acreditar que un extranjero se halle en nuestro territorio de un modo continuado e ininterrumpido por un período de tres años. El principal problema

sigue siendo determinar la prueba de dicho tiempo, al ser un concepto jurídico indeterminado, no delimitado legalmente; cuyo vacío legal desarrolla la jurisprudencia, como ocurre con la Sentencia de 23 de marzo de 2001 del TSJ de Las Palmas¹⁰. La práctica administrativa exige demostrar de forma objetiva los periodos de estancia con pruebas adverables públicamente. A estos efectos, los documentos de mayor utilidad y carácter preferente para la Administración son los que tienen registro telemático (empadronamientos; informes públicos sanitarios; cuentas corrientes bancarias, entre otros); y aquellos documentos emitidos o registrados por una Administración pública española (originales o copias debidamente compulsadas) y los que contengan datos de identificación del interesado. Es importante conocer que no interrumpen la continuidad de la permanencia las ausencias no superiores a 120 días en el plazo de tres años.

De otro lado, desaparece la condición volitiva (no actuar de mala fe) contemplada en el anterior reglamento (Rodríguez, 2005), pero se mantienen otros que se consideraron extralimitaciones legales según el recurso planteado por SOS RACISMO (Núm. 001/0000039/2005).¹¹ Sin embargo, tampoco lo entiende así la STS de 10 de enero de 2007¹², en cuyo FD Tercero afirma “que en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno debe, sin contravenirlos, desarrollar los preceptos de la Ley y no limitarse a una mera repetición de los mismos, pues en caso contrario carecería de sentido y contenido la potestad reglamentaria...”. Argumentando que dicho desarrollo reglamentario es posible, aunque afecte a derechos y deberes de las personas, siempre y cuando se haga conforme a derecho, respetando el ordenamiento jurídico, y no arbitraria ni irracionalmente.

3.1.1. El arraigo laboral

El arraigo laboral se desarrolla en el art. 124.1 RELOEx. Entró en vigor el 8 de agosto de 2005, una vez concluido el denominado “proceso de normalización” contemplado en la Disposición Adicional 3ª del RD 2393/2004 (última regularización de alcance, hasta la fecha); y su procedimiento se determinó en la Orden PRE/140/2005,

¹⁰ Aranzadi 2001/185969.

¹¹ www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/SGCTO2.pdf en www.reicaz.es, que critica la condena en costas de 8.000.- € por el exceso de confianza de la Asociación de Chinos de Euskadi y otras dos organizaciones no gubernamentales, entre ellas SOS Racismo, al plantear un recurso de ilegalidad contra el Reglamento de Extranjería del R.D. 2393/2004, que desarrolló la L.O. 4/2000, en su última reforma tras la LO 14/2003.

¹² www.consejogeneraldelpoderjudicial.es, buscador jurisprudencia CENDOJ 28079130042007100039

de 2 de febrero¹³. En el arraigo laboral el periodo de acreditación de permanencia continuada en España se reduce a un mínimo de dos años; siempre y cuando carezca de antecedentes penales aquí y en el país de origen o en el país o países en que se haya residido durante los últimos cinco años¹⁴; y se demuestre la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses (el plazo se ha reducido a la mitad). Para acreditar la relación laboral y su duración, el interesado debe presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Hay voces críticas de que éstos sean los dos únicos medios de acreditación, como la de SOS RACISMO, que la considera una prueba muy exigente, lo que desmiente el Tribunal Supremo, en la sentencia analizada anteriormente, al considerar dichos medios de prueba ajustados a derecho. Ahora bien, el problema es que, a veces, las actas de infracción no acreditan la duración de la relación laboral, por lo que se fuerza a recurrir a la vía litigiosa (Juzgado de lo Social) para que en los hechos probados de la sentencia, se fije la antigüedad. Por su parte, la Sentencia núm. 558/10 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Córdoba de 9 de diciembre de 2010, señala en su FD Tercero que, como quiera que se invoca un tipo concreto de arraigo, que es el derivado de una relación laboral con alta en la Seguridad Social (amparada en una autorización provisional de residencia derivada de solicitud de asilo), procede su admisión a trámite y la sustanciación del expediente, hasta decidir definitivamente la cuestión, por lo que se ordena retrotraer el procedimiento al momento en que se dictó la inadmisión a trámite¹⁵. En todo caso, dado el incremento de sanciones y de inspecciones para frenar la contratación de inmigrantes de forma irregular, el arraigo laboral debe ser efectivo para reducir tales prácticas.

Se tramita con la presentación de la correspondiente solicitud ante la Oficina de Extranjería del lugar de residencia habitual donde se esté empadronado. La acreditación de la prueba de los dos años se realiza mediante sentencia o en el acta de Inspección de Trabajo y se debe probar asimismo la ausencia de antecedentes penales en su país de

¹³ Proceso que tuvo lugar entre el 7 de febrero y el 7 de mayo de 2005. Con posterioridad, no se ha producido ninguno otro proceso de alcance para incorporar a la legalidad administrativa a extranjeros que se hallen en España. A día de hoy, solo es posible de manera excepcional y caso por caso.

¹⁴ *Vid.* Instrucción DGI/SGRJ/06/08 sobre aportación de documentos extranjeros. Enlace en la web: www.reicaz.es.

origen durante los cinco últimos años. De otro lado, es importante tener presente la incidencia que tiene la obligación de renovación periódica bianual de las inscripciones en el Padrón de los extranjeros no comunitarios que no tengan la residencia permanente, para evitar su caducidad. El empadronamiento histórico refleja la continuidad del extranjero en el municipio concreto. Dicha renovación exige un acto expreso personal o mediante representante, aunque los ayuntamientos deben emitir un preaviso de esa caducidad¹⁶.

3.1.2. El arraigo social

Cuando concluyó el ya mencionado “proceso de normalización” (7 de febrero de 2005), los extranjeros que no pudieron acceder a la regularización con las condiciones en él exigidas y los que han ido llegando con posterioridad, tienen una vía excepcional si acreditan cumplir acumulativamente los presupuestos comunes y condiciones recogidas en el apartado 2 del art. 124 RELOEx.

- a) Permanencia continuada en España durante un periodo de tres años;
- b) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido los últimos cinco años;
- c) Contar con un único contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo mínimo de un año; siendo la principal novedad del nuevo reglamento, el que permite excepcionalmente para empleadores agrícolas, la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos con una duración mínima de seis meses.
- d) En caso de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admite que se presenten varios contratos -todos ellos de duración mínima de un año-, siempre y cuando su suma represente una jornada semanal no inferior a 30 horas en el cómputo global.

¹⁵ Consultada en la web: www.migrarconderechos, apartado jurisprudencia.

¹⁶ Resolución de 26 de mayo de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 28 de abril de 2005, del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, que dicta instrucciones técnicas a los ayuntamientos, sobre el procedimiento para acordar la

- e) Tener vínculos familiares con un extranjero residente que sea cónyuge o pareja de hecho registrada o ascendiente o descendiente en primer grado y línea directa, o contar con un informe emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tenga su domicilio habitual, que asevere su integración social.

De otro lado, aparte de detallarse su regulación mediante instrucciones internas, se añaden mayores garantías al informe de inserción social, puesto que exige ser resuelto y notificado al extranjero en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, y simultáneamente a la Oficina de Extranjeros por vía telemática. Como contenido mínimo, debe hacer referencia al tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual (en el que debe estar empadronado); sus medios de vida y económicos; su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen; los vínculos con familiares residentes en España; la inserción en las redes sociales de su entorno; los programas de inserción socio-laboral y culturales de instituciones públicas o privadas en los que haya participado; y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo, que además ha sido desarrollado por instrucciones internas¹⁷. Previsiones que concretan el criterio jurisprudencial como es el caso de la STS de 24 de noviembre de 2004 al afirmar que no existe arraigo por la pura permanencia durante un tiempo en el territorio, sino que la persona ha de haber establecido vínculos familiares, sociales o económicos estables que son los que se pueden ver perjudicados en el caso de tener que abandonar el territorio español¹⁸.

El Ayuntamiento debe dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente mediante fax o correo electrónico. De no emitirse respuesta en el plazo de treinta días, y pudiendo acreditarlo el interesado, este requisito puede justificarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Dicho informe puede eximir de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, si acredita contar con medios económicos suficientes sobre la base de una actividad a desarrollar por cuenta propia. Al hacer la previsión al hilo del informe de inser-

caducidad de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios, sin autorización de residencia permanente, que no sean renovados cada dos años. BOE de 30 de mayo de 2005.

¹⁷ www.intermigra.info/extranjeria que desarrolla los Anexos para realizar el informe de inserción social.

ción social del arraigo, pudiera colegirse que sólo es aplicable a dicho supuesto; sin embargo, la propia Instrucción de la Administración la extiende al arraigo por vínculos familiares.

El informe se solicita a instancia de parte y conlleva un pronunciamiento favorable o desfavorable, que no es vinculante. El informe de inserción social, podrá ser emitido por el Área de Servicios Sociales del Ayuntamiento donde esté empadronado el solicitante, cuando así lo haya establecido la Comunidad Autónoma y se haya puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración o Emigración, o si transcurridos quince días desde la solicitud, la Comunidad Autónoma no se hubiera pronunciado.

El vínculo debe quedar probado en documento que reúna los elementos necesarios para producir efectos en España (cuando la relación se hubiera constituido en otro país), lo que nos sitúa en el ámbito de las exigencias de los artículos 144 y 323 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, bastando que sea traducido al español, y legalizado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores. La legalización de la traducción no es necesaria en caso de que la traducción se realice por un Traductor Intérprete Jurado. En caso de ser traducido en el país de origen, necesita asimismo ser legalizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores¹⁹.

Por otra parte, la ausencia de antecedentes penales en España y en nuestro país de origen es preceptiva y hay instrucciones internas que la han desarrollado, como la DGI/06/2008,²⁰ pero se mitigan jurisprudencialmente, en casos de vínculos familiares con nacional español y tener descendientes (Sentencia 255/2011 de 21 de septiembre del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona); o cuando no se ejecute una condena (Sentencia del Juzgado contencioso-administrativo núm. 3 de Pamplona de 25 de marzo de 2012²¹ que acoge la doctrina de la Sala tercera –sección 5ª- del TS en la Sentencia de 21 de junio de 2011). La acumulación de condiciones ha sido objeto de críticas al entender que se aparta del criterio jurisprudencial de definición del concepto jurídico indeterminado del arraigo, que alude a “los vínculos del extranjero

¹⁸ Consultada en la web: www.reicaz.es.

¹⁹ Instrucción DGI/SGRJ/06/2008 aportación de documentos extranjeros.

²⁰ [www.intermigra.info/extranjeria, apartado instrucciones](http://www.intermigra.info/extranjeria_apartado_instrucciones).

con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral o de otro tipo” (Sentencias del TS de 11 de abril de 2000²², 14 de marzo de 2002²³ o 16 de julio de 2002²⁴), sin que sea exigible una concurrencia de tales vínculos.

En la actualidad, hay instrucciones internas en materia de solicitudes de autorización de residencia temporal y trabajo por razones extraordinarias de arraigo, en las que se prevé el requerimiento al empresario o empleador para que acredite los medios económicos, materiales o personales para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo²⁵. Según el tipo de empleador, podrá aportar la declaración del IRPF; el resumen anual del IVA; la certificación catastral rústica de sus tierras; una memoria explicativa de la actividad a desarrollar; la vida laboral del código de cuenta de cotización y, en caso de ser empresario individual, copia del DNI. Si se trata de una persona jurídica, la escritura original de constitución de la empresa así como su CIF.

Por último, y como novedad más destacable, se debe tener presente que el arraigo social se puede condicionar por la situación nacional de empleo (art. 124.4 RELOEx), pues los términos literales del precepto establecen que: “Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social”.

3.1.3. *El arraigo para personas concretas*

Aparte del arraigo laboral y social detallado, hay otras situaciones excepcionales de naturaleza económica, social o laboral en supuestos no regulados de especial relevancia que pueden dar lugar a una autorización según menciona el art. 123. 2 *in fine* RELOEx por remisión a la Disposición Adición Primera en su apartado cuarto.

²¹ www.migrarconderechos.es apartado jurisprudencia.

²² www.consejogeneralpoderjudicia.es, buscador jurisprudencial CENDOJ. Id. 28079130062000100826.

²³ *Ibidem*. CENDOJ 28079130062002100489.

²⁴ *Ibidem*. CENDOJ 28079130062002100158.

En este caso, el Consejo de Ministros puede dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de estancia o autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que pueden estar vinculadas a una ocupación laboral o un territorio, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad. Dichas instrucciones fijan la forma, sus requisitos y los plazos de concesión de las autorizaciones. En la Disposición Adicional Primera del reglamento en su apartado cuarto in fine, se alude también a supuestos individuales de autorizaciones de residencia en caso de concurrir circunstancias excepcionales no previstas reglamentariamente. Cada caso específico debe ser propuesto por el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, que puede otorgar dichas específicas autorizaciones individuales de residencia temporal.

3.1.4 El arraigo familiar

Se desarrolla en el art. 124.3 RELOEx:

- a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el menor esté a cargo y conviva con el progenitor que solicite la autorización.
- b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

La jurisprudencia ya había recurrido a la expresión arraigo familiar y personal para justificar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales cuando afectaba al ascendiente de un español, inclusive existiendo antecedentes penales, al ser por un delito no grave y en aplicación del principio de proporcionalidad (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de San Sebastián de 2 de diciembre de 2008)²⁶. La regularización del ascendiente de ciudadano español se ha justificado en otros casos por razones de interés público como se verá más adelante. Lo que parece claro es que es un supuesto que puede regularizar la situación de los progenitores extracomunitarios de un español, debatiéndose el fundamento jurídico entre su subsunción por analogía en el reglamento de extranjería; la aplicación directa del

²⁵ www.intermigra.info/extranjeria que desarrolla las Instrucciones Internas en materia de la actividad continuada del contrato de un año del empresario en el arraigo social DGI/SGRJ/09/2008.

²⁶ Consultada en la web: <http://www.reicaz.es>, el 23.02.09.

art. 31.3 de la LOEx; o la aplicación de la jurisprudencia *Chen* y la inconstitucionalidad de la discriminación inversa (Iglesias, 2010).

3.2 *Por razones socio-políticas (protección internacional)*

Sirve para autorizar la residencia temporal a personas indocumentadas o a las que se inadmite a trámite o deniega su solicitud de asilo pero se advierten razones humanitarias o de interés público. Se desarrolla en el art. 125 RELOEx, y se vinculan al principio de no devolución y a la situación del país de origen, que justifican su permanencia en el territorio español, según los supuestos descritos en los arts. 37, b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria²⁷. En cuanto a la autorización de trabajo, la Disposición adicional vigésimo primera del reglamento de Extranjería señala que: “los solicitantes de protección internacional estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite”.

Un caso que ha encajado en este acogimiento de la persona que ha visto rechazada su solicitud de asilo es el referido a la ablación de clítoris como paso previo a un matrimonio forzado (El PAÍS, 12.04.2006). Se entendía que había motivos fundados de riesgo real para la vida o su integridad física si se la retornaba al país de origen. No obstante, la CEAR recurrió al Tribunal Supremo la decisión denegatoria de la Audiencia Nacional a la solicitud de Estatuto de Asilo. En este ámbito, también hay que anotar la reciente STJCE²⁸ en el asunto *Elgafi*, en la que se afirma que “(...) la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria no está supeditada al requisito de que éste aporte la prueba de que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal; y que la existencia de tales amenazas puede considerarse acreditada, excepcionalmente, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente –apreciado por las autoridades nacionales competentes a las que se ha presentado una solicitud de protección subsidiaria o por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se ha impugnado la decisión de denegación de tal solicitud–, llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil

²⁷ BOE del 31 de octubre de 2009.

²⁸ DOUE de 12.01.2008.

expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir dichas amenazas.”

De todos modos, la jurisprudencia de protección internacional es mayoritariamente desfavorable. Así lo vemos en la STS de 31 de octubre de 2008, que no reconoce la condición de refugiado al no quedar acreditada la situación de persecución por terroristas chechenos²⁹; o por reiteración de solicitudes anteriormente denegadas en el caso de un nacional cubano como ocurrió en la STS de 30 de noviembre de 2006, al no haberse producido nuevas circunstancias o acontecimientos que, ni aun indiciariamente, pueden suponer un cambio sustancial en el fondo de la solicitud que obligue a revisar los criterios determinantes de la denegación previamente manifestada³⁰. O que la solicitud se basa en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsas o inverosímiles, como recoge la STS de 30 de abril de 2008³¹, al denegar la protección internacional a un ciudadano de Afganistán. Otras veces, la jurisprudencia deniega dicha protección por no corresponder a España su examen conforme a los Convenios Internacionales en que somos parte, como ocurrió en la STS de 23 de octubre de 2009, por aplicación del Convenio de Dublín, ya que Italia había aceptado su responsabilidad para el examen de la solicitud a instancias de España³². O el caso reciente que hemos podido seguir por los medios de comunicación (El País, 27 de enero de 2011), en el que se ha rechazado la solicitud de asilo presentada por 16 saharauis.

Por extensión, se pueden beneficiar de la autorización por razones de protección internacional: el cónyuge o pareja estable (salvo separación de hecho, legal o divorcio), ascendientes y descendientes en primer grado (excepto si han alcanzado la mayoría de edad o tienen independencia familiar). Las excepciones se valorarán por separado. Y, de otra parte, si el parentesco por vínculo matrimonial o convivencia estable se determina con posterioridad, el interesado sólo podrá solicitar para éstos el trato más favorable con arreglo a la normativa vigente de extranjería.

²⁹ Base de datos Bosch (BDB) TS 8136/2008.

³⁰ BDB TS 13611/2006.

³¹ BDB TS 2500/2008.

³² BDB TS 12863/2009.

La propia resolución denegatoria –de la concesión de asilo, se entiende-, deberá contener la justificación y especificar el régimen jurídico de la situación de permanencia y su duración de conformidad con la normativa de extranjería vigente. Recordemos la extensión del efecto de la autorización para residir temporalmente por un año como autorización para trabajar –una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud (DA Primera RELOEX)-, circunstancia que se hará constar expresamente en la propia resolución (art. 129.1 in fine RELOEX).

3.3. Razones humanitarias definidas en nuestra normativa de extranjería

Los supuestos de razones humanitarias están regulados en el art. 126 RELOEX, y son:

- a) Extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 315 del Código Penal (delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros), de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, (tipificada en el artículo 22. 4ª, del Código Penal), o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima de tales delitos.
- b) El ámbito subjetivo alcanza a los extranjeros que sufren una conducta discriminatoria castigada penalmente bien por discriminación laboral bien antisemita.
- c) Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. Se regula en el art. 126.2 RELOEX, por lo que a efectos de acreditar su necesidad, es preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente. Se exceptúa a los menores (art. 126.2 RELOEX) de la exigencia de enfermedad sobrevenida. Es imprescindible que el tratamiento requiera la prolongación de la situación de estancia, y se convierte en presupuesto necesario para la renovación de esta autorización.

- d) Extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

Este supuesto se desarrolla en el art. 126. 3 RELOEx. No debe confundirse con la autorización por razones de protección internacional, que sólo concede el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, conforme al art. 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria. Se suele pedir cuando se supera el plazo de un mes desde la entrada en España para pedir protección internacional; aunque su concesión es muy improbable ya que es difícil demostrar que no pueden volver a su país para solicitar un visado por correr un grave riesgo su vida o la de su familia.

La previsión reglamentaria de estos tres supuestos humanitarios, está sometida a la discrecionalidad en su otorgamiento, sin perjuicio de la habilitación puntual del Gobierno para concretar los motivos humanitarios o las circunstancias excepcionales: La jurisprudencia, por su parte, ha fijado doctrina sobre el seguimiento de estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento (STS de 30 de abril de 2008)³³, o la existencia de un estatus del individuo solicitante³⁴, si ha sido con anterioridad titular de autorizaciones de residencia y trabajo en España. En todo caso, las pruebas se han de valorar de manera individual como ya exigió la STS de 9 de enero de 2008, obligando a retrotraer las actuaciones a la vía administrativa, para proceder a dicha valoración probatoria³⁵.

³³ STS de 30 de abril de 2008, Sala IV, Sección Quinta, Ponente Mariano de Oro Pulido López (Rec. casación 5490/2004), que determina en su FJ IV este concepto jurídico indeterminado de arraigo, aludiendo a SSTS 13 de mayo de 1993, 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 21 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1994, 21 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1994, 8 de abril de 1995, 19 de diciembre de 1995, y 20 de enero de 1996. En www.poderjudicial.es, buscador jurisprudencia. Id. CENDOJ. 28079130052008100200.

³⁴ STS de 23 de junio de 1998. www.poderjudicial.es, buscador jurisprudencia. Id. CENDOJ. 28079130061998100629 e Id. CENDOJ.

³⁵ STS de 9 de enero de 2008, Sala IV, Sección Quinta, Ponente Enrique Caceres Lalanne (Rec. casación 2468/2004). *Ibidem* www.poderjudicial.es, buscador jurisprudencia. Id. CENDOJ. 28079130052008100476.

3.4. Por colaboración con las autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público

También puede concederse una autorización de residencia temporal a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, “en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que lo justifiquen” (Art. 127.1 RELO-Ex). Cualquiera de estas autoridades puede instar a los organismos competentes la concesión de dicha autorización.

En la reciente sentencia (la 16/2011 del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Bilbao núm. 1)³⁶, se ha aplicado dicho precepto para regularizar a un extranjero interceptado en 2007 en un cayuco en Canarias y ser trasladado al País Vasco. Desde esa fecha ha estado bajo los auspicios de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), dentro del programa para extranjeros en situación de vulnerabilidad promovido por el Consejo de Ministros. Se argumenta que en dicha tesitura ha desarrollado un comportamiento claramente favorable a su inserción en el tejido socio-comunitario, que es en definitiva el fin último en la normativa de extranjería. Por otro lado, en la sentencia de 29 de octubre de 2007 del TSJ de Palma de Mallorca, se dilucidaba la denegación de una petición de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo, al considerarse los hechos como una situación doméstica. En su Fundamento de Derecho Cuarto entiende que el supuesto de hecho no se subsume en el arraigo por vínculos familiares (en el RD 2393 sólo se alude a vínculos con familiares extranjeros residentes) pero sí encuentra respaldo en el número 5 del art. 45 RELOEx (RD 2393): el interés público. Así, se afirma que no existe mayor interés público atendible que el de favorecer la protección de la familia, su unidad y, por tanto, favorecer así el interés superior del menor permitiendo que sus padres obtengan autorización para residir y así ocuparse del hijo.

El mismo Tribunal, en Sentencia de 23 de marzo de aquel mismo año, subsume el supuesto del padre argentino de una niña que se registra como española (su madre también es argentina) en el ámbito de la regulación de los “comunitarios”. Como sabemos, el art. 17. 1, c) del Código civil contempla otorgar la nacionalidad española

³⁶ www.migrarconderechos.es, apartado jurisprudencia.

de origen a los nacidos en España de padres extranjeros cuando la ley de su nacionalidad (de ninguno de ellos) le atribuye la nacionalidad al hijo. El Derecho argentino utiliza el criterio de atribución *ius soli* y un derecho de opción, en su caso, para los hijos de argentinos nacidos fuera del territorio argentino. Cuando los progenitores no hacen uso de esa opción, nuestro derecho acoge al menor para que éste no incurra en un caso de apátrida.

Desde el momento en que un nacido queda inscrito como español, sus padres son ascendientes directos de español y, por tanto, susceptibles de quedar integrados en el ámbito de aplicación del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, como ya se fijó en el asunto *Chen*³⁷, y ha corroborado la STS de 1 de junio de 2010. Parece que éste es el fundamento que se va a consolidar aunque, recordemos, cuenta con un voto particular de la Magistrada Pilar Teso Gamella que no comparte la inclusión en el ámbito de aplicación del RD 240 por ser un supuesto doméstico. En el trabajo de (IGLESIAS, 2010) encontramos argumentos jurídicos para defender la opción de un tratamiento que parte del derecho de igualdad para evitar una discriminación inversa. Por tanto, la regularización procede con independencia de que la situación se encuadre en el ámbito doméstico o interno o a propósito del ejercicio de las libertades fundamentales. Si nos atenemos a la lectura de la STS de 1 de junio de 2010 en el recurso contra el RD 240/2007, esta solución sale reforzada.

3.5. Procedimiento y autorización de trabajo

El procedimiento se regula en el art. 128 RELOEx. Se solicita personalmente (salvo menores o incapaces en que lo hará su representante legal), no requiere visado, y se adjunta la siguiente documentación:

- a) Copia del pasaporte en vigor o título de viaje válido en España, con vigencia mínima de cuatro meses, previa exhibición del original; aunque excepcionalmente puede exceptuarse este requisito por resolución del Ministro del Interior que autorice la permanencia del interesado en España en caso del art. 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

³⁷ STJCE de 19 de octubre de 2004 asunto c-200/02 (CHEN).

- b) Contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario, cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización solicitada, cuando sea necesario.
- c) Documentación acreditativa de encontrarse en alguna de las situaciones de arraigo, y concretamente para el arraigo social:
 - c.I) Si es mayor de edad penal, certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país o países en que haya residido los cinco años anteriores a su entrada en España, donde no consten condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.
 - c.II) Para el arraigo social, deberá presentarse documentación acreditativa del grado de parentesco alegado o, en su caso, el correspondiente informe de arraigo.
 - c.III) Si se alega la exención de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, se deberá presentar documentación acreditativa de contar con medios económicos suficientes o, en su caso, del cumplimiento de los requisitos para trabajar por cuenta propia.

El art. 128.3 RELOEx establece que si falta algún documento, se requiera al solicitante para su subsanación dentro del plazo máximo de un mes, aunque suele concederse el plazo de diez días, advirtiéndole que, en caso contrario, se le tiene por desistido de su solicitud con la resolución de archivo; si bien jurisprudencialmente se suele flexibilizar dichos requisitos formales, como ocurrió en la Sentencia núm. 536/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Málaga de 29 de noviembre de 2010³⁸, que concedió residencia por arraigo aunque el certificado de antecedentes no estaba legalizado, por considerar que la exigencia de requerir por diez días del art. 71.1 de la Ley 20/1992 para presentar la legalización de los antecedentes penales, es difícil de aplicar a nacionales de países que tienen dificultad para su obtención, como es el caso de Nigeria.

³⁸ www.migrarconderechos.com, apartado jurisprudencia.

También puede pedirse la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal, en cuyo caso deben estar presentes dos representantes de la Administración, además del intérprete si fuere necesario, quedando constancia del contenido en acta, de la que se entrega copia al interesado; de modo que si hay indicios suficientes de duda en la identidad de las personas, en la validez de los documentos o de la veracidad de otras circunstancias de la solicitud, se recomienda denegar con remisión de copia del acta al órgano competente para resolver. Si la duda versa sobre el criterio a seguir, el órgano competente elevará consulta a la Dirección General de Inmigración.

La eficacia de la autorización concedida en el supuesto de arraigo social, se condiciona a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante, salvo en el caso de que se haya eximido al interesado de la presentación de contrato de trabajo y siempre que los medios económicos no deriven de la realización de una actividad por cuenta propia: cumplida la condición, la autorización comenzará su periodo de vigencia (art. 128.6 RELOEx). Por su parte, el art. 128.7 RELOEx establece que en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión, o en su caso desde su entrada en vigor, el extranjero debe pedir personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondiente, y que el arraigo lleva aparejada la autorización de trabajo durante su vigencia (art. 129 RELOEx), excepto si son menores de edad laboral, o en casos de exención de contrato por contar con medios económicos que no deriven de realizar trabajo por cuenta propia. La autorización tiene una duración de un año, por lo que hay que pedir su renovación por motivos excepcionales antes de su expiración, bien dentro de los sesenta días naturales previos a su fecha de terminación, o incluso dentro de los tres meses siguientes a su fecha de conclusión, sin perjuicio de la sanción correspondiente (multa) por presentarse fuera de plazo (art. 130.5 RELOEx); de modo que en tales caso la validez de la autorización anterior se prorroga hasta la resolución de la renovación.

Referencias

Espluges, C. (2010). *Legislación de Extranjería*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Iglesias, S. (2010). La regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles en situación irregular. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Año VIII, 25, 35-40.
- López, J. (2007). Residencia temporal por circunstancias excepcionales. En Ramos, M.I. y Rojas, G.P (Dir.). *Comentarios al Reglamento de Extranjería* (pp. 305-316) Valladolid: Lex Nova.
- Ramos, M. (2011). Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Año IX, 28, 29-48.
- Rodríguez, A e Ybarra, A. (2005). La situación de residencia de los extranjeros en España. En Sánchez, M.A. (Dir.) *Derecho de Extranjería (Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España)*. (pp. 405-415) Murcia: Diego Martín.
- Trinidad, M.L. y Martín, J. (2005). *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*. Valladolid: Lex Nova.