

Establece el TS que no puede aplicarse al solicitante de asilo las condiciones para que el tiempo de permanencia y el desarrollo de una actividad laboral en España pueda suponer adquirir la residencia por arraigo

Se confirma la sentencia que denegó al actor la autorización de residencia temporal por arraigo laboral, al haber sido desestimada su solicitud de asilo, con suspensión de sus efectos. El debate de autos se vincula a la situación en que se encuentran los extranjeros que soliciten el derecho de asilo en España y se les deniega la protección internacional.

Señala la Sala que la legislación sobre Asilo nada dispone sobre la incidencia que el recurso que pudiera interponerse contra dicha resolución denegatoria tiene sobre la eficacia de dicha denegación, por lo que ha de estarse a lo dispuesto en el Derecho de la UE, que dispone que 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 medida de mera tolerancia de permanecer en el país de solicitud de asilo y con carácter de medida preventiva. Ello determina que la situación de mera permanencia y trabajo en España a los solicitantes de asilo, que le fuera denegada dicha petición y la impugnasen en vía administrativa y jurisdiccional, no puede servir para adquirir la residencia por arraigo laboral.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 5.ª

Sentencia 103/2024, de 24 de enero de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 8727/2022

Ponente Excmo. Sr. WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY

En Madrid, a 24 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 8727/2022 interpuesto por don Edmundo, representado por el procurador don José Noguera Chaparro, bajo la dirección letrada de doña Paula Costa Correa contra la sentencia núm. 245/2022, de 21 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en el recurso de apelación n.º 190/2022, que estima y revoca la sentencia num. 51/2022, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Pamplona, estimatoria del Procedimiento Abreviado n.º 14/2022, interpuesto frente a la resolución de 22 de diciembre de 2021 de la Delegación del Gobierno en Navarra denegatoria de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo laboral.

Han comparecido como recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La representación procesal de D. Edmundo interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de 22 de diciembre de 2021 de la Delegación del Gobierno en Navarra denegatoria de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo laboral, siendo estimado por sentencia de 14 de marzo de 2022 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Pamplona.

Interpuesto frente a ella el recurso de apelación n.º 190/2022, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia en fecha 21 de septiembre de 2022, estimando el referido recurso de apelación y revocando la sentencia apelada, considerando - por cuanto aquí interesa- que "...para la concesión de estas autorizaciones excepcionales de residencia y trabajo se requiere que el extranjero esté en situación irregular, como lo estaba el demandante cuando solicitó protección internacional, puesto que se prevén precisamente para su regularización. Sin embargo, el recurrente no se encuentra en situación irregular en España que le habilite a solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral prevista en el art. 124.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, sino que puede permanecer en España hasta que se resuelva su recurso de reposición y puede también trabajar, por lo que no puede acudir al régimen previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, hasta que se resuelva el recurso de reposición contra la Resolución que deniega la petición de asilo y la protección subsidiaria. En el mismo sentido puede citarse la STSJ Extremadura de 29-06-2022, R. Ap. 133/2022."

SEGUNDO. - El recurso de casación promovido por la parte.-

La representación procesal de D. Edmundo, ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia, denunciando, la infracción de los siguientes preceptos: artículos 24 y 103.1 de la CE; artículo 31.3 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España en relación con los artículos 123 y 124.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en su redacción previa al Real Decreto 629/2022; artículos 18, 36 y 37 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; el artículo 15 de la Directiva 2013/33/ 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; y el artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Asimismo, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en la STJUE (Gran Sala) de 19 de junio de 2018 (Asunto Sadikou Ginandi) y en la STS n.º 452/2021 de 25 de marzo.

Considera que la sentencia recurrida vulnera la normativa y la jurisprudencia referidas y, en particular, el pronunciamiento del TJUE que, a su juicio, posibilita que tras la notificación de la denegación de la solicitud de asilo y su impugnación administrativa pueda acceder a una autorización de residencia, si cumpliera con los requisitos, en su caso, por arraigo laboral, considerando errónea y lesiva la interpretación realizada por la Administración de entender que no se encuentra en situación irregular y que, por tanto, no cumple con el requisito exigido para la concesión de aquella autorización de residencia, interesando el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con la situación de los extranjeros derivada de la falta de resolución en plazo de la impugnación administrativa de la denegación del derecho de asilo en relación con la posible regularización de su situación por cualquier vía prevista en el artículo 31 de la LOEX.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo del recurso, la parte recurrente invoca los supuestos contemplados en la letra f) del artículo 88.2 y letra b) del artículo 88.3 LJCA.

TERCERO. - Admisión del recurso.-

Mediante auto de 28 de noviembre de 2022, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó auto el 29 de marzo de 2023, acordando:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 8324/2022 (sic) preparado por la representación procesal de D. Edmundo, contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2022 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de apelación n.º 190/2022.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional consiste en determinar la posible incidencia de la pendencia de la impugnación administrativa de la denegación de la solicitud de asilo en relación con la posible obtención por parte del solicitante de una autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral.

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Razonamiento Jurídico Segundo, apartado III, de este auto.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Remitir las presentes actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde su sustanciación y decisión con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno."

CUARTO.- Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de don Edmundo con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: "Por todo lo anterior, SUPLIICO a esta Sala que tenga por presentado este escrito y, con estimación del mismo proceda a: 1. ANULAR la Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2022 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. 2. FIJAR Y DETERMINAR que la situación de pendencia del recurso de reposición frente a denegación de asilo con suspensión de la ejecución del acto estimada por silencio administrativo no constituye situación de residencia y trabajo a los efectos de acceder a una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral 3. ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto en su día frente a la Resolución del Delegado del Gobierno en Navarra de fecha 22 de diciembre de 2021 que deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo laboral por considerar que el Sr. Edmundo cumplía todos los requisitos necesarios para obtención de la autorización solicitada. 4. IMPONER LAS COSTAS A LA ADMINISTRACIÓN demandada en todas las instancias."

QUINTO.- Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición, la Abogacía del Estado presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: "que, teniéndome por opuesto al Recurso de casación, tramite el proceso y, tras el desarrollo del mismo, dicte sentencia que DESESTIME el presente recurso de casación y confirme la sentencia impugnada, declarando en su caso la

interpretación jurisprudencial que proponemos en el fundamento sexto o, en su caso, la que la Excma Sala considere ajustada a Derecho, sin perjuicio de las facultades ex 93 LRJCA."

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 16 de enero de 2024, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El objeto del recurso.

La cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, conforme se ha delimitado en el auto de admisión, está referida a la vinculación entre una resolución denegatoria del derecho de asilo, con suspensión de sus efectos, y la autorización de residencia temporal por arraigo laboral. Ahora bien, para una mejor comprensión del debate debemos hacer referencia a los presupuestos fácticos de la actuación administrativa que se impugna en el proceso.

El recurrente, Edmundo, a la sazón ciudadano de la República de Colombia, solicitó el asilo o la protección internacional subsidiaria en España, petición que le fue denegada en resolución de fecha 12 de septiembre de 2018, notificada en fecha 21 de octubre de 2019. Dicha resolución fue recurrida en reposición solicitando en el recurso la suspensión de ejecución de la resolución denegatoria del asilo, si bien, conforme se acepta en la misma resolución impugnada y en las alegaciones de la defensa de la Administración, no constaba dicho recurso debido a la acumulación de trabajo en las dependencias administrativa, habiéndose suplido la falta de constancia del recurso con una declaración responsable del mismo interesado, teniéndose por válida y por presentado el referido recurso administrativo. Lo cierto es que la orden de retorno subsiguiente a la mencionada decisión quedó suspendida, permaneciendo en España y con posibilidad de acceder al mercado laboral, lo cual hizo efectivo en esa situación.

Dadas las condiciones de encontrarse en España y desarrollando un trabajo, solicitó en fecha 24 de abril de 2021 que le fuera reconocida la autorización de la residencia temporal en España por circunstancias excepcionales, en su modalidad de arraigo laboral, por haber estado trabajando en nuestro País durante más de seis meses, en los dos últimos años anteriores a la mencionada solicitud. Dicha petición fue denegada por la Administración en la resolución originariamente impugnada en este proceso, en primer lugar ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Pamplona, en el procedimiento abreviado 14/2022, que concluyó con la sentencia 51/2022, de 14 de marzo, en la que se estimó el recurso, se anuló la resolución impugnada y se reconoció el derecho del recurrente a obtener la residencia temporal por arraigo laboral.

La mencionada sentencia fue recurrida en apelación por el Abogado del Estado antes la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso 190/2022, que concluyó con la sentencia 245/2022, de 21 de septiembre, que es la que aquí se revisa, en la que se estima el recurso de apelación, se anula la sentencia de primera instancia y se desestima el recurso originariamente interpuesto, confirmando la resolución denegatoria de la residencia temporal.

Las razones que se contienen en la sentencia recurrida para concluir en el mencionado fallo se contienen, en lo que trasciende al objeto del recurso, en el fundamento tercero, en el que se declara:

"Hay que destacar que la Administración no ha resuelto el recurso de reposición ni ha desestimado en plazo la medida cautelar de suspensión interesada por la parte actora. Por ello, el demandante sigue ostentando la condición de solicitante de asilo y de protección subsidiaria y, en consecuencia, dispone de un derecho de permanencia en España durante el examen de la solicitud y de la autorización para trabajar.

"En efecto, respecto a la autorización de residencia, el art. 9.1 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece que: "Los solicitantes estarán autorizados 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. Ese derecho a permanecer no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia".

"Asimismo, el art. 46.5 de la misma Directiva prevé que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, 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".

"En nuestro Ordenamiento, el art. 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, dispone que "Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o esta no sea admitida".

"Conforme al art. 37 de la misma Ley "La no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo, se de alguno de los siguientes supuestos:

"a) que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia;

"b) que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente".

"Del precepto se desprende que en el periodo de decisión existe una situación legal que es incompatible con cualquier otra autorización del régimen de extranjería, y para el caso de denegación de la protección solicitada, se acuda al régimen de extranjería, en los términos indicados en el apartado a y b del precepto referido.

"En cuanto a la autorización para trabajar, 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, también reconoce que los solicitantes tengan acceso al mercado laboral y el art. 15 prevé expresamente que "No se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinaria, hasta la notificación de su desestimación".

"Además, el art. 32 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, señala que: "Las personas solicitantes de protección internacional serán autorizadas para trabajar en España en los términos que reglamentariamente se establezcan".

"También la Disposición Adicional 21.^a del Real Decreto 557/2011, de 20 abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 dispone 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 esta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado. La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción "autoriza a trabajar" en el documento de solicitante de protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda

esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la Oficina de Asilo y Refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado".

"El demandante esta empadronado en Beriáin desde el día 27 de febrero de 2019 y a fecha 4 de junio de 2021, en el que se consulta el Sistema de información laboral, ha estado trabajando 3 años, 7 meses y 23 días. También tiene asignado NIE NUM000. En la consulta de vida laboral se comprueba que con posterioridad a la fecha de denegación de la protección internacional (Resolución de fecha 12 de septiembre de 2018), el demandante ha continuado trabajando, por lo menos hasta la fecha de la consulta del Sistema el día 4 de junio de 2021, por lo que no consta que haya existido ningún impedimento para acceder al mercado laboral o para mantener el empleo.

"Respecto a la solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, el art. 123 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, prevé que: "De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, 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, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes".

"El art. 124 siguiente se refiere a la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de arraigo laboral, y dispone, en la redacción vigente en el momento de la solicitud, que "Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses".

"Como aduce el Sr. Abogado del Estado, para la concesión de estas autorizaciones excepcionales de residencia y trabajo se requiere que el extranjero este en situación irregular, como lo estaba el demandante cuando solicitó protección internacional, puesto que se prevén precisamente para su regularización. Sin embargo, el recurrente no se encuentra en situación irregular en España que le habilite a solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral prevista en el art. 124.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, sino que puede permanecer en España hasta que se resuelva su recurso de reposición y puede también trabajar, por lo que no puede acudir al régimen previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, hasta que se resuelva el recurso de reposición contra la Resolución que deniega la petición de asilo y la protección subsidiaria. En el mismo sentido puede citarse la STSJ Extremadura de 29-06-2022, R. Ap. 133/2022.

"En cuanto a la Nota de prensa emitida el día 8 de septiembre de 2020 por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a la que se refiere la apelada, en ella que se indica que los solicitantes de protección internacional podrán obtener una autorización de residencia sin renunciar a su estatus y que si un solicitante de asilo demanda una autorización temporal de residencia no se le podrá exigir su renuncia al procedimiento de su expediente. Asimismo, dicha solicitud de autorización de residencia por arraigo en ningún caso podrá ser inadmitida a trámite. Sin embargo, la Nota de prensa no tienen carácter normativa, no forma parte del Ordenamiento Jurídico y desde que fue publicada no consta que el Ministerio haya publicado ninguna normativa ni Instrucción al respecto. Par ello, no enerva la normativa vigente, que debe ser aplicada por la Administración, conforme al art. 103 de la C.E.

"Tampoco puede prosperar la invocación genérica que realiza la defensa de la demandante de quiebra de los principios de buena fe y confianza legítima por parte de la Administración, puesto que no consta que se le haya causado perjuicio por la actuación de la Administración, sino que la pendencia

del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 12 de septiembre de 2018, por la que se denegó a la recurrente la solicitud de asilo y protección subsidiaria, le permite residir y trabajar legalmente en nuestro país, del mismo modo que ocurriría con la concesión de la autorización de residencia y trabajo.

"Por todo ello, debe estimarse el recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida y, en su consecuencia, debe desestimarse la demanda interpuesta, al ser la resolución recurrida conforme al Ordenamiento jurídico."

Frente a los argumentos que se contienen en la sentencia del Tribunal territorial, se aduce por la defensa del recurrente en el escrito de interposición del recurso, con carácter preliminar, que tras los pronunciamientos de este Tribunal Supremo de 2021, que se citan, sobre la obtención de la residencia por arraigo laboral, se aprueba el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, que debe tenerse en cuenta a la hora de examinar el debate que se suscita en este recurso.

Seguidamente se hace una relación de la situación del recurrente desde su llegada a España, conforme ya se ha expuesto anteriormente, para examinar a continuación la normativa nacional de asilo y protección internacional, en concreto, la situación de los extranjeros solicitantes de asilo durante el periodo en que, habiéndose denegado la protección internacional, se encuentra pendiente su revisión en vía de recurso, que es el caso del recurrente. En ese sentido se sostiene que la Ley de Asilo no ha sido adaptada a la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre Procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, ni a la Directiva 2013/33 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. Así mismo existe una normativa complementaria que se considera por la defensa del recurrente que "la cuestión sobre la protección internacional en España no es una cuestión sencilla ni transparente, y si a esta cuestión le sumamos los retrasos fruto del anormal funcionamiento de la Administración Pública, la situación es aún más compleja."

No obstante lo anterior, se sostiene en el escrito de interposición que la impugnación, en vía administrativa o jurisdiccional, de la resolución denegatoria de asilo, comporta la aplicación del artículo 15.3.º de la Directiva 2013/33, aduciéndose que la situación de la tramitación de los expedientes por la Administración española comporta un colapso de los derechos reconocidos, al no poderse acreditar ante la Administración Laboral los presupuestos para acceder al mercado de trabajo.

Se aduce por el recurrente que la jurisprudencia del TJUE es reiterada sobre los supuestos en que se haya interpuesto recurso contra la resolución denegatoria del asilo y mientras se decide el recurso en vía administrativa o jurisdiccional, en el sentido de que ha de quedar en situación irregular, aun cuando podrá acceder a una autorización de residencia, siempre que cumplan los requisitos de una autorización nacional, que se dice en este caso, por arraigo laboral.

Se examina a continuación los argumentos de la resolución impugnada y de las sentencias de instancia. Se reprocha que se ponga como condición para obtener la residencia por arraigo laboral que debe tratarse de una situación irregular de los solicitantes de asilo, circunstancia que fue impuesta por una Instrucción de la Administración que carece de eficacia normativa, como ya declaró esta misma Sala. En los reproches que se hacen a los argumentos de la sentencia objeto del recurso, se hace referencia a la consideración de la situación de estancia irregular, que, a juicio de la defensa del recurrente, debe corresponderse como una alternativa a la legal, conforme al régimen de la LOEX. De la consideración de los solicitantes de asilo en la situación de pendencia de su recurso, a que se hizo referencia, se considera que no pueden considerarse en situación de residencia legal, citándose sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y varios juzgados en que así lo declaran.

Se procede, así mismo, a hacer un examen de la reforma efectuada por el ya mencionado Real Decreto 629/2022 en el artículo 124.1.º del RLOEX, estimando que la nueva redacción no afecta a la situación de los solicitantes de asilo tras la impugnación de la resolución denegatoria de su petición, porque, a juicio de la defensa del recurrente, no comporta que con esa impugnación se mantenga su situación inicial de solicitante de asilo, sino que comporta "un "nuevo estatus", que en ningún caso tiene el efecto de "status quo", es decir, que el recurrente no vuelve a su situación anterior como solicitante de asilo. En este sentido lo dice el artículo 46 de la Directiva 2013/32 de Retorno." Y en ese sentido se sostiene que conforme a la jurisprudencia del TJUE, que no se cita, "debe distinguirse lo que se considera situación irregular a los efectos de la Directiva de Retorno, y lo que se considera situación irregular a los efectos de plantear solicitud de autorización de residencia. Y es que la división no es baladí, ya que no es lo mismo la permanencia provisional en territorio español que el pleno disfrute de derechos como residente legal, entre los cuales se incluyen los derechos políticos, económicos, sociales, laborales, etc."

Se termina por suplicar, que se fije la interpretación de los preceptos en la forma expuesta, se declare haber lugar al recurso y se anule la sentencia objeto de impugnación, confirmándose íntegramente la sentencia de primera instancia.

Ha comparecido en el recurso la Abogacía del Estado que suplica la declaración de no haber lugar al recurso de casación al estimar que los razonamientos de la sentencia recurrida son plenamente acordes a la normativa aplicable.

SEGUNDO. Examen de la cuestión casacional.

La cuestión que se suscita en el presente recurso no deja de ofrecer una cierta complejidad teórica, pero de indudable trascendencia práctica como demuestra este recurso, generada, entre otras circunstancias, por nuestra confusa regulación en materia de asilo y, más concretamente, por la falta de adecuación de nuestra legislación a las Directivas Comunitaria.

En efecto, todo el debate de autos se vincula a la situación en que se encuentran los extranjeros que soliciten el derecho de asilo en España y se les deniega la protección internacional. La resolución denegatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria (en adelante, LRDAPS), supone acordar "el retorno, la devolución, la expulsión", salvo que, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre extranjería, se autorice la permanencia o residencia en España.

Nuestra Legislación sobre Asilo nada dispone sobre la incidencia que el recurso que pudiera interponerse contra dicha resolución denegatoria tiene sobre la eficacia de dicha denegación, sin perjuicio de que la impugnación en vía jurisdiccional pudiera ser objeto de las medidas cautelares que se regulan en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como ya hemos tenido ocasión de declarar en reiteradas ocasiones, nuestra LRDAPS (2009), no ha sido adaptada a las previsiones establecidas en las Directivas 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y 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. Esa omisión del Legislador nacional tiene una relevante consecuencia en el caso de autos porque, en virtud del principio de eficacia directa de las Directivas, los derechos reconocidos a los ciudadanos en la norma comunitaria tienen plena eficacia, pese a lo establecido en las normas nacionales (efecto vertical). Ello comporta que los derechos que se reconocen a los demandantes de asilo en España por la Directiva le son plenamente aplicable, conforme al régimen establecido en la norma comunitaria, siempre que beneficie a dichos solicitantes de la protección internacional.

Centrándonos ahora en la aplicación de las Directivas mencionadas, debe recordarse, como se hace constar por la parte recurrente, el régimen jurídico establecido en ellas sobre la situación de los solicitantes de asilo a quienes se les haya denegado dicha protección y mientras dure la pendencia de la revisión de esa denegación tanto en la previa vía administrativa como jurisdiccional. En efecto, el artículo 46.5.º de la Directiva 2013/32 dispone 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." Por su parte, el artículo 15.3.º de la Directiva 2013/33 dispone que "[n]o se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación."

Es evidente que el régimen establecido en el artículo 37 de nuestra Ley es contrario a los derechos que reconocen los dos mencionados preceptos de las Directivas comunitarias que, como ya se dijo, deben ser de aplicación preferente por su eficacia directa. Esta cuestión ha suscitado una problemática sobre la interpretación de los preceptos comunitarios, en especial, con relación al primero de ellos, por el criterio sostenido por algunas Secciones de la Sala homónima de la Audiencia Nacional, en relación a sí la aplicación de los derechos que se reconocían en las Directivas debían comportar la suspensión inmediata de la resolución que acordaba la denegación de asilo, conforme a los criterios establecidos en nuestra Ley procesal. Dicha cuestión ha sido resuelta por esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia 1502/2021, de 16 de diciembre, dictada en el recurso 7864/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4937), en la que declaramos que "la solicitud de protección internacional implica la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a) LOEX) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud."

Es decir, en el ámbito de la regulación interna en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de permanencia que comporta la impugnación, al menos en vía contencioso-administrativo, reconocida en la Directiva, se articula por la vía procesal de adopción de la medida cautelar de suspensión de los efectos de la resolución denegatoria de la protección internacional. Obviamente, ese derecho se extiende al derecho de acceder a un puesto de trabajo durante ese tiempo de permanencia en el país en que se solicita, y se deniega, la protección internacional.

Llegados a este punto el debate es en qué situación jurídica se encuentra el solicitante de asilo mientras se revisa la resolución que le deniega la protección internacional, en otras palabras, la trascendencia que tiene esa suspensión de los efectos de la decisión denegatoria del asilo. Es ese el debate que centra el recurso y la cuestión casacional que se suscita.

La parte recurrente y la sentencia de primera instancia hacen un esmerado esfuerzo dialéctico sobre la consideración de que esa situación no puede ser sino la de una situación de residencia ilegal o, cuando menos, una situación peculiar pero que, en todo caso, autoriza al solicitante de asilo a la plenitud del derecho de residencia, entre ellos el de poder acceder a un trabajo. De ahí se llega a la conclusión que esa situación peculiar, que habilita para trabajar en España, puede dar lugar a la obtención de la residencia legal por circunstancias extraordinarias, en concreto, por arraigo laboral, siempre que se reúnen los presupuestos para ello. Es importante destacar que en ese argumento se inserta un argumento ciertamente recurrente cual es el de que la Administración es la que con su pasividad --la calamitosa tramitación del expediente de autos es buen ejemplo-- permite que se produzcan esas situaciones que, en ese mismo argumento, se acepta que son atípicos.

En efecto, se razona en ese sentido que el artículo 31 de la LOEX regula la situación de residencia temporal y las condiciones para su otorgamiento, estableciendo en su párrafo tercero la posibilidad de que pueda obtenerse por situaciones de arraigo, conforme a lo establecido reglamentariamente. Esa

remisión reglamentaria se cumplimenta en el RLOX, que en su artículo 124.1.º regula la autorización de residencia por arraigo laboral, con tres condiciones, a saber, (i) que se encuentren en España de forma continuada en un periodo de dos años como mínimo, (ii) carecer de antecedentes penales y (iii) demuestren una relación laboral superior a seis meses. El precepto ha sido modificado por Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, que no es aplicable al caso de autos, por cuanto, conforme a la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto de reforma, no se aplicará a las solicitudes presentadas con anterioridad a su entrada en vigor. Con la reforma, se añade el requisito de que la estancia que se requiere debe ser "irregular"; exigencia no exenta de confusión porque en la reforma que se introduce en el párrafo segundo del artículo 124.2.º se dispone que la "relación laboral previa realizada [debe serlo] *en situación legal de estancia o residencia*."

Pues bien, lo que se sostiene por el recurrente es que, como quiera que su situación era la de permanencia en España por suspensión de los efectos de la resolución denegatoria del asilo, en tanto se resuelva el recurso interpuesto contra dicha denegación, y como quiera que en ese tiempo ha venido desarrollando una actividad laboral en los términos exigidos en el precepto, antes de la reforma, tiene derecho a la autorización de residencia por arraigo laboral.

Este Tribunal no puede compartir los razonamientos que se contienen en el escrito de interposición del recurso para llegar a la conclusión del reconocimiento del derecho reclamado y ha de mantenerse el criterio acogido por el Tribunal territorial de Navarra. En efecto, toda la argumentación del recurso parte de considerar que la situación de permanencia de los solicitantes de asilo ha de asimilarse a las condiciones que se requieren para la obtención de la residencia por arraigo laboral. No es admisible esa asimilación.

Partiendo, como ya antes se dijo, que nuestra Ley de Asilo no contempla esa permanencia con la extensión que se recoge en la norma comunitaria, será ésta la que deba establecer el régimen de dicha permanencia. Pues bien, como puede constatarse en dicha normativa, 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.

Ya la propia Directiva define la situación en el artículo 2.p) como "la permanencia en el territorio, con inclusión de la frontera, o en las zonas de tránsito del Estado miembro en el que se ha formulado o se está examinando la solicitud de protección internacional." Es decir, se pone de manifiesto la vinculación entre la permanencia y el examen de la solicitud. Pero cuando se deja patente esa finalidad medial entre permanencia y procedimiento de revisión es en el propio artículo 9 de la Directiva, que es precisamente el que reconoce el derecho de permanencia, cuando declara en su párrafo primero que "Los solicitantes estarán autorizados 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 por si cupiese alguna duda, pese a los claros términos del precepto, se declara en el mismo precepto y párrafo que "*Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.*"

Es decir, 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.

Con mayor claridad se aprecia la naturaleza de la permanencia del solicitante de asilo si integramos la normativa comunitaria, de aplicación directa por ser más beneficiosa, con la española. En efecto, la norma comunitaria determina el derecho de los solicitantes de asilo a permanecer en el país de solicitud de la protección internacional, mientras se revisa la resolución denegatoria de dicha protección, pero, obviamente, deja al criterio de la norma interna de cada Estado la forma en que ha de garantizarse ese derecho. Pues bien, en nuestro Derecho, dada la discordancia entre ambas normas comunitaria y nacional, la única vía para hacer efectivo el derecho de permanencia no puede ser sino el de las medidas cautelares de nuestro sistema procesal contencioso-administrativo, como ya hemos declarado en la jurisprudencia antes mencionada. Es decir, el derecho del solicitante de asilo en nuestro ordenamiento se hace efectivo, como hemos dicho, por la vía de la protección cautelar, en otras palabras, mediante la suspensión de los efectos de la resolución denegatoria del asilo que, como ya dijimos, el artículo 37 de la LRDAPS comporta la expulsión.

Pues bien, la propia naturaleza de las medidas cautelares, precisamente por su carácter medial o instrumental en cuanto están contempladas en función del proceso en tramitación, no puede suponer sino eso, dejar sin los efectos que serían propios de un acto administrativo sujeto a revisión. Es decir, no confiere más derecho que esa suspensión de efectos. 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. No se correspondería con la naturaleza de medida cautelar y sería contrario al mandato claro de la Directiva, como ya vimos. Y en ese sentido ha de salirse al paso del argumento de reprochar a la Administración la deficiente tramitación de los procedimientos, que concurre en el caso de autos, porque esa situación de mera permanencia se extiende, conforme tenemos declarado, durante la tramitación de la impugnación de la denegación de asilo en sede jurisdiccional --la instancia y recurso de casación, en su caso--, de donde es fácil concluir que pocos supuestos --sin perjuicio de ser escandaloso el de autos-- evitarían que los solicitantes de asilo con resolución denegatoria que se impugna, no pudieran obtener la residencia por cualquiera de los variados supuestos que autoriza nuestra legislación sobre extranjería.

La conclusión de lo razonado es que, dando respuesta a la cuestión casacional suscitada, es que la situación de mera permanencia y trabajo en España a los solicitantes de asilo, que le fuera denegada dicha petición y la impugnasen en vía administrativa y jurisdiccional, no puede servir para adquirir la residencia por arraigo laboral. De ahí que deba declararse que no ha lugar al presente recurso de casación.

TERCERO. Costas procesales.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

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

Dando respuesta a la cuestión casacional conforme a lo reseñado en el último párrafo del fundamento segundo, no ha lugar al presente recurso de casación 8727/2022, interpuesto por la representación procesal de D. Edmundo, contra la sentencia núm. 245/2022, de 21 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, mencionada en el primer fundamento, sin hacer expresa condena de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.