

SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL, DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 414/2024, DE 24 DE ENERO

INTERNATIONAL PROTECTION APPLICANTS, RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY, AND RESIDENCE BY LABOUR ROOTS: REGARDING SUPREME COURT RULING 414/2024, DATED JANUARY 24TH

GABRIEL DE LA MORA GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD PARA SOLICITAR RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL III. LA COMPATIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE ASILO CON LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA IV. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA SOLICITANTE DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL V. SOBRE LA REALIDAD SOCIAL Y EL PRESUNTO USO ABUSIVO DEL PROCEDIMIENTO DE ASILO. VI. CONCLUSIONES

RESUMEN: El Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de enero de 2024 ha generado notable polémica al ser posible deducir que los períodos cotizados por la persona solicitante de protección internacional durante la pendencia del recurso de reposición cuando la solicitud haya sido denegada no pueden computar para acceder a la residencia inicial por arraigo laboral. Todo ello motivado, presuntamente, en la imposibilidad de considerar dicho período como estancia conforme el ordenamiento interno por la deficiente transposición del derecho comunitario a un recurso efectivo en materia de asilo y tampoco como residencia según el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE. Esta interpretación, sin embargo, no parece ser coherente con la reciente doctrina del alto tribunal por la que se reconoce la validez de realizar una interpretación conforme con la normativa comunitaria de recursos de asilo a través de las medidas cautelares establecidas en el ordenamiento interno, pero tampoco en relación a la propia naturaleza de la condición jurídica de la persona solicitante de protección internacional ni con los principios generales del procedimiento administrativo, el recurso de reposición y el sistema cautelar. A este respecto se propone reconocer que la situación jurídica del solicitante de protección internacional en España es, a todos los efectos, una estancia legal de carácter temporal y excepcional con pleno encaje en la normativa de extranjería, pero desarrollada por la de asilo, que es compatible con los procedimientos de extranjería y que además se proroga de forma inalterada en vía de recursos, ofreciendo soluciones alternativas al uso abusivo del procedimiento de asilo de conformidad con una eficaz gestión pública y el derecho a una buena administración.

PALABRAS clave: Derecho de asilo, Directivas europeas, protección internacional, derecho a un recurso efectivo, efectos suspensivos de recursos, medidas cautelares, derecho a permanecer, derecho a trabajar, derecho a documentación, solicitantes de protección internacional, residencia legal, arraigo, arraigo laboral.

ABSTRACT: *The Supreme Court in its ruling of January 24, 2024, has sparked considerable controversy by suggesting that periods of contributions by an applicant for international protection during the pendency of an appeal when the application has been denied cannot be counted towards qualifying for initial residency based on*

Fecha de recepción del trabajo: 18 de marzo de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de mayo de 2024.

* Letrado del Ilustre Colegio de Abogados/as de Salamanca nº2975 y del Servicio jurídico del Área de Acogida y Protección Internacional de la Fundación Cepaim. Email: g.delamora.glez@icasal.com

work ties. This is purportedly motivated by the impossibility of considering such periods as stays in accordance with domestic law due to the inadequate transposition of EU law into an effective asylum recourse and also not as residency under Article 9 of Directive 2013/32/EU. However, this interpretation does not seem consistent with the recent doctrine of the high court, which acknowledges the validity of an interpretation in line with EU asylum recourse through precautionary measures established in domestic law, nor in relation to the legal status of the international protection seeker or the general principles of administrative procedure, appeal procedures, and the precautionary system. In this regard, it is proposed to recognize that the legal situation of the international protection seeker in Spain is, in all respects, a legal stay of a temporary and exceptional nature fully compliant with immigration law but developed under asylum law, which is compatible with immigration procedures and is also extended unchanged during the appeals process, offering alternative solutions to the abusive use of the asylum procedure in line with effective public management and the right to good administration.

KEYWORDS: *Right of asylum, European Directives, international protection, right to an effective remedy, suspensive effects of appeals, precautionary measures, right to stay, right to work, right to documentation, international protection applicants, legal stay, legal residence, rootedness, labour settlement.*

I. INTRODUCCIÓN

Las personas *refugiadas* son aquellas que se encuentran fuera de su país y tienen temores fundados a regresar por determinados motivos (persecución, riesgo a sufrir daños graves) y su condición jurídica proviene de una situación de hecho de la que se derivan obligaciones jurídicas especialmente relevantes para el Estado fruto de convenios internacionales, normativa comunitaria e interna. Entre ellas el reconocimiento inmediato de la condición de *solicitante de protección internacional* y la obligación de no devolución desde el mismo instante en que la persona expresa su deseo de solicitar la protección, dando inicio al procedimiento de asilo durante el cual se deben garantizar el acceso a servicios públicos y unas mínimas condiciones de acogida entre las cuales se encuentra la entrega de documentación identificativa y acreditativa de la situación jurídica¹. Es así que el acceso al procedimiento de asilo se configura en varios pasos: formulación, registro, presentación o formalización y admisión a trámite de la solicitud², debiéndose garantizar todos los derechos vinculados a la condición de *solicitante* desde la mera formulación³.

Una vez admitida a trámite la solicitud de asilo, ya sea de forma expresa o más comúnmente por silencio administrativo transcurrido un mes desde la formalización, se procede a la instrucción del expediente por la Oficina de Asilo y Refugio y la redacción de una propuesta de resolución que una vez dictaminada por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio se convertirá en resolución del Ministro del Interior que en caso de estimarse contendrá la declaración o reconocimiento de la *condición de refugiada*, la concesión o constitución del *estatuto de protección subsidiaria* o, en España, la concesión de un *permiso excepcional de residencia por razones humanitarias* como tercer nivel de protección internacional, aplicándose además

-
- 1 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 (refundición), DOUE-L-2013-81290
 - 2 EASO, Análisis judicial. Procedimientos de asilo y principio de no devolución, 2018, disponible en: <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Asylum-Procedures-JA-ES.pdf>
 - 3 Considerando 27 y art. 2 y 6 de la Directiva 2013/32/UE en la interpretación dada por la STJUE de 25 de junio de 2020, C-36/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:495

numerosas disposiciones de carácter protector y asistencial dado el carácter especialmente vulnerable del colectivo pero, en todo caso, facilitándose a la persona una autorización de residencia legal conforme la legislación ordinaria de extranjería: de carácter permanente o larga duración en el caso de la persona refugiada y beneficiaria de la protección subsidiaria o una autorización de residencia inicial de un año de carácter excepcional y prorrogable según los casos, en el caso de las razones humanitarias de protección internacional. En caso de denegación contendrá los plazos para recursos de un mes para el recurso de reposición y dos meses para el recurso contencioso.

La normativa configura así una dicotomía de estatutos o situaciones legales de protección internacional: la situación de persona *solicitante* de carácter provisional y, posteriormente, de *beneficiaria de protección internacional* en el caso de que sea reconocida la necesidad de protección a través del procedimiento de asilo consolidándose los derechos y obligaciones como solicitante y entregándose permisos de residencia.

Sin embargo, la situación jurídica en España de *solicitante de protección internacional* reviste ciertas dificultades de comprensión jurídica al no aludirse a la misma en la normativa general de extranjería, obsoleta, obligando a acudir a la normativa comunitaria para encontrar una definición de la misma. Normativa comunitaria que no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico interno de forma completa con evidentes lagunas en perjuicio de las personas y generando graves problemas de inseguridad jurídica⁴. En este sentido en la Directiva 2013/32/UE⁵ y la Directiva 2013/33/UE⁶ únicamente se define a la persona *solicitante de protección internacional* o *solicitante* como “nacional de un tercer país o apátrida que haya *formulado una solicitud* de protección internacional sobre la cual todavía no se haya dictado una *resolución definitiva*”, constituyendo un especial situación jurídica que garantiza un amplio abanico de derechos y vinculada al procedimiento de asilo y de la que se deduce una regularidad de la situación, confirmado en la Directiva 2008/115/CE⁷ y la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero no una situación de residencia legal conforme la normativa comunitaria que excluiría de forma general tal consideración durante el procedimiento de asilo, como se verá.

Es así que desde que el Tribunal Supremo reconfiguró en mayo de 2021 el tradicional planteamiento de los requisitos para el acceso a la residencia inicial por motivos de arraigo laboral al aceptar la legalidad de las relaciones laborales⁸ se ha venido produciendo una continua discu-

4 GARCÍA VITORIA, I. (2019). Una década sin Reglamento de Asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes. En Anuario CIDOB de la Inmigración 2018, pp. 1-128.

5 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, DOUE-L-2013-81289

6 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 (refundición), DOUE-L-2013-81290

7 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

8 Art. 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, [BOE-A-2011-7703](#) y en la interpretación dada por las [STS nº480/2021](#),

sión entre los operadores jurídicos sobre su aplicación a las personas solicitantes de protección internacional a las que se autoriza provisionalmente a trabajar “transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado”⁹, esto es, como solicitantes de protección internacional y transcurrido el plazo legal para resolver el procedimiento en vía administrativa, como reconocen el art. 19 y 24 de la Ley de Asilo.¹⁰ Situación muy frecuente actualmente por la elevada demora del Ministerio del Interior en la resolución de los expedientes de asilo contando con retrasos incluso de varios años.

Desde hacía ya tiempo se venía produciendo un intenso debate sobre el acceso a la residencia por arraigo social y otras modalidades de residencia por motivos excepcionales por parte de las personas solicitantes de protección internacional, el cual parece que ya había sido superado en buena medida y tras la comunicación del Gobierno en septiembre de 2020¹¹ aceptando las recomendaciones dadas en este sentido por la Defensoría del Pueblo acerca de la plena compatibilidad de los procedimientos de extranjería y asilo¹². No obstante, tras las sentencias sobre el arraigo laboral el Gobierno remitió a las Oficinas de Extranjería la Instrucción SEM 1/2021 por la cual interesaba requerir a quien presentara la solicitud de residencia por arraigo laboral que se encontrara en situación irregular al momento de la solicitud¹³, deduciéndose el intento de evitar su presentación por solicitantes de protección internacional. Requisito que posteriormente incluyó formalmente en la reforma de la normativa practicada en julio de 2022 además de indicar que la relación laboral previa hubiera sido “realizada en situación legal de estancia o residencia”¹⁴. Siendo así que hasta enero de 2024 había sido pacífico que podían computarse los períodos cotizados durante la pendencia de una solicitud de protección internacional, incluso tras su denegación inicial en fase de recursos y hasta constara resolución definitiva o judicial sobre la misma.

de 7 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1184; STS nº599/2021, de 29 de abril ECLI:ES:TS:2021:1806; y STS nº643/2021, de 6 de mayo; ECLI:ES:TS:2021:1802

- 9 DA 21ª 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, BOE-A-2011-7703,
- 10 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE-A-2009-17242
- 11 MISSM, “Los solicitantes de protección internacional podrán obtener una autorización de residencia sin renunciar a su estatus” 8 de septiembre de 2020, disponible online en: <https://www.inclusion.gob.es/web/guest/w/los-solicitantes-de-proteccion-internacional-podran-obtener-una-autorizacion-de-residencia-sin-renunciar-a-su-estatus>
- 12 Defensoría del Pueblo, Recomendación en la queja nº17007399: “Compatibilidad entre procedimientos de asilo y de extranjería. En particular, solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales relativas a menores y trata de seres humanos”, disponible online en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/elaborar-en-coordinacion-con-la-subsecretaria-de-interior-una-instruccion-para-clarificar-la-compatibilidad-de-los-procedimientos-de-asilo-y-los-de-extranjeria-en-particular-las-solicitudes-de-res/>
- 13 MISSM, “Instrucción SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral”, disponible en: <https://lamercedmigraciones.org/noticias/arraigo-laboral-requisitos-solicitados-segun-nueva-instruccion/>
- 14 Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, BOE-A-2022-12504

No obstante, cierto es que resultaba problemática la calificación de la situación de permanencia como regular/irregular del solicitante tras la denegación de la solicitud, especialmente por la dificultad de comprensión del asunto *Gnandi*¹⁵ resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en 2018 y sobre el que se han venido apoyando buena parte de los debates. El tribunal dictaminó, sucintamente, que con la finalidad de poder tomar una decisión de retorno podía considerarse la permanencia del solicitante como irregular siempre que se garantizaran todos los derechos de acogida incluida la autorización para trabajar y hasta que constara resolución definitiva del asunto. El TJUE matizó en *Gandhi* el criterio que venía siguiendo tras el caso *Arslan*¹⁶ que excluía cualquier atisbo de irregularidad de los solicitantes de asilo facilitando cobertura legal a los Estados para que pudieran tomar una decisión de retorno unida a la decisión desestimatoria de la solicitud de asilo con el objetivo de mejorar la eficacia del posible retorno. La cuestión suscitada y objeto de la cuestión prejudicial fue evaluar la compatibilidad con el Derecho comunitario de la adopción de la decisión de retorno contra el solicitante que vea rechazada su solicitud, pudiendo ser definida la situación jurídica como irregular pero únicamente a efectos de la aplicación de la Directiva 2008/115 de Retorno en relación a dicha cuestión concreta y aunque conste autorización para permanecer a la espera del recurso y siempre que se respetaran las garantías apuntadas.

De forma paralela, otro debate jurídico se ha venido produciendo en los últimos años en relación a la aplicación en España del derecho a un recurso efectivo en materia de asilo y motivado por la falta de transposición de las disposiciones comunitarias contenidas en las Directivas 2013/32/UE¹⁷ y Directiva 2013/33/UE¹⁸ que regulan un efecto automático de suspensión de los recursos con el mantenimiento de la condición de solicitante de protección internacional, el derecho a permanecer y el resto de derechos de acogida vinculados al mismo, en especial tras el asunto *CE c. Hungría*¹⁹ e incluida la autorización para trabajar conforme el 15.3 de la Directiva 2013/33/UE, recepcionado por primera vez por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 2022²⁰.

En este sentido desde 2021 la jurisprudencia española se ha venido adaptando al estándar europeo en relación a la situación de la persona solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos. En primer lugar, reconociendo la regularidad de la situación con el archivo o como mínimo suspensión de cualquier procedimiento de expulsión iniciado; posteriormente, aceptando la aplicación de medidas cautelares positivas tales como el derecho a la documentación o la autorización para trabajar; finalmente, llegando a reconocerse por el Tribunal Supremo la prórroga de la aplicación del estatuto legal como solicitante de protección internacional de forma inalterada y con los derechos inherentes al mismo.

15 STJUE de 19 de junio de 2018, asunto *Gnandi*, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465

16 STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Arslan*, C534/11, ECLI:EU:C:2013:343

17 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, DOUE-L-2013-81289

18 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 (refundición), DOUE-L-2013-81290

19 STJUE de 17 de diciembre de 2020, *CE c. Hungría*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029

20 STS nº1582/2022, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4365

Ambas cuestiones jurídicas, unido a la larga demora en la resolución de los expedientes de asilo, podrían estar generando un incremento paulatino de solicitantes de protección internacional que cumplirían los requisitos para acceder al arraigo laboral tras haber trabajado legalmente y cotizado durante meses tras la denegación del derecho de asilo en vía administrativa. Todo ello por las dificultades de la Administración para la gestión de los expedientes de asilo con retrasos en la tramitación de los mismos (1-5 años de demora en expedientes cuyo plazo máximo legal de resolución serían 6 meses) y, en particular, de los recursos de reposición (2-3 años cuando el plazo legal de resolución es de 1 mes). Según se afirma desde la Administración podrían estar generándose incentivos perversos que facilitarían el aumento del uso fraudulento del procedimiento de asilo con fines de regularización y en menoscabo de los derechos de las personas refugiadas y con necesidades de protección internacional.

Es en este marco en el que se pronuncia el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia nº 103/2024, de 24 de enero, cuya conclusión “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”.²¹

Sin embargo, como se verá, el alto tribunal no ha podido estar más desafortunado en una materia que reconoce teóricamente compleja pero de indudable trascendencia práctica, generando más confusión de la ya existente al intentar resolver una problemática que compete, en exclusiva, al Gobierno y el Parlamento, quienes estarían demostrando una escasa asunción de responsabilidades descargando su mala gestión en las personas y los operadores jurídicos. En este sentido, el propio Tribunal Supremo lejos de dar solución a la problemática podría haberla empeorado, provocando un aumento de la conflictividad judicial al definir la situación legal del solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos como “permanencia” o “tolerancia” pero no como “residencia” o “estancia”, sin que conste en el Derecho interno tal nueva categoría al no haber remitido cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia como parece hubiera sido procedente dada la dificultad advertida por el propio tribunal.

II. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD PARA SOLICITAR RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL

Antes de iniciar en análisis de la sentencia parece necesario aclarar el origen del litigio casacional. Y es que la misma tiene su origen en el debate sobre la exigencia del requisito de irregularidad para el acceso al arraigo laboral que el Gobierno incluyó vía instrucciones tras la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2021.

En abril de 2021 el alto tribunal aceptó como medio de prueba la aportación de informes de vida laboral que acreditaran las relaciones laborales dando por buenas, entonces, aquellas realizadas de forma regular o legal, facilitando una nueva solución a situaciones de irregularidad sobrevenida. En este sentido, la Sentencia interpreta la redacción del Reglamento de

21 STS nº103/2024, de 24 de enero, ECLI:ES:TS:2024:414

extranjería del arraigo laboral existente antes de agosto de 2022, confirmando la tesis seguida al respecto por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Navarra.

La sentencia recurrida en casación estimó “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 prevé precisamente para su regularización. Sin embargo, el recurrente no se encontraba en situación irregular en España que le habilitara a solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral prevista en el art. 124.1 del Real Decreto 557/2011²², 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 social²³, 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.”²⁴

Por otro lado, la parte apelada, recurrente en casación, adujo cierta jurisprudencia comunitaria. En concreto la STJUE en el asunto *Gnandi*²⁵, por la cual podría llegar a entenderse que tras la denegación administrativa del derecho de asilo la persona se encuentra en situación irregular aunque deba respetarse su derecho a permanecer y a trabajar como solicitante de asilo, atacando así al motivo expuesto en la sentencia impugnada para denegar el arraigo. Y, para ello, empleó como sentencia de contraste, además de la citada STJUE, la recepción de la misma por Tribunal Superior de Justicia de La Rioja²⁶ y que también estaba siendo empleada por algunos otros juzgados.

El Tribunal Supremo concluye que “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”. Se reafirma por tanto la situación legal del interesado en fase de recurso de reposición como una situación regular y desde la que no podría accederse a una residencia legal por motivos de arraigo laboral.

De este modo no se pronuncia acerca de los frecuentes casos que se presentan por las personas que han podido ostentar la condición de solicitantes, en el pasado, pero a la fecha de la solicitud de arraigo se encuentran en situación irregular. Ya sea porque conste la firmeza de una resolución denegatoria o, porque tras meses o años de espera para resolver el expediente de asilo, se ha desistido de la solicitud o los recursos interpuestos contra una primera denegación en vía administrativa.

22 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, [BOE-A-2011-7703](#), a partir de ahora “Reglamento de Extranjería” o “RELOEX”

23 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, [BOE-A-2000-544](#); a partir de ahora “Ley de Extranjería” o “LOEX”

24 STSJ de Navarra nº245/2022, de 21 de septiembre, ES:TSJNA:2022:524

25 STJUE de 19 de junio de 2018, asunto *Gnandi*, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465

26 STSJ de La Rioja nº32/2023, de 2 de febrero, ECLI: ES:TSJLR:2023:68

Por ello la sentencia del TS alegada se refiere en exclusiva al caso por el cual la persona se encontraba pendiente de recurso de reposición pero no había desistido del mismo y, por tanto, se encontraba en situación regular en calidad de solicitante de protección internacional y con todos los derechos reconocidos, siendo así que el alto tribunal resuelve que no podría entonces acogerse o compatibilizar con el régimen de residencia por arraigo laboral aunque no figurara dicho criterio explícitamente en el Reglamento de extranjería (RELOEX)²⁷. No obstante, sin especificar qué motivos o razones conducirían a tal incompatibilidad.

III. LA COMPATIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE ASILO CON LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA

La necesidad de irregularidad para el acceso a residencia por arraigo laboral es una cuestión que se consolidó con la reforma del Reglamento de extranjería practicada en 2022 positivizando dicho requisito que, por otro lado, no se aplicaba a otras residencias iniciales obtenidas por motivos excepcionales por arraigo, como el formativo de nueva creación, el social o el familiar, la residencia por motivos de violencia de género o la residencia de familiar comunitaria, coexistencia aceptada y determinada compatible por la propia Secretaria de Estado de Migraciones²⁸ e incluso el TSJ de Castilla y León quien ya había tenido ocasión de resolver sobre la tarjeta de familiar comunitario y el arraigo familiar²⁹. Hasta reciente fecha perfectamente aclarado en cuanto en el Reglamento de extranjería no se reconoce la irregularidad de la situación jurídica como un requisito de estas variantes de residencia por motivos excepcionales, salvo para el acceso por arraigo laboral, siendo plenamente compatibles la condición de residente legal con la de solicitante de protección internacional.

Son ejemplos de la compatibilidad y coexistencia de ambos estatutos legales migratorios el art. 11 del Reglamento de asilo³⁰ que reconoce, en relación a la tramitación de la solicitud de asilo, que “supondrá la autorización de permanencia provisional en España, cualquiera que sea la situación jurídica del solicitante según la legislación de extranjería o la documentación de que disponga” o el art. 22 del Reglamento sobre la protección temporal que acepta que las personas beneficiarias de dicho estatuto migratorio –que ostentan autorización de residencia legal– “podrán, en su calidad de extranjeros, solicitar el reconocimiento de la condición de

27 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, [BOE-A-2011-7703](#), a partir de ahora “Reglamento de Extranjería” o “RELOEX”

28 Contestación de la SEM dada al Defensor del Pueblo en la queja nº 21030423 aceptando las compatibilidades, 26 de abril de 2022, disponible en: <https://acogidayasilo.blog/2022/04/26/la-secretaria-de-estado-de-migraciones-confirma-la-compatibilidad-de-la-solicitud-de-asilo-con-la-tarjeta-de-familiar-comunitario/>

29 Sobre la compatibilidad del régimen comunitario la STSJ de Castilla y León nº715/2023, de 20 de junio, ECLI:ES:TSJCL:2023; sobre la compatibilidad con el arraigo familiar la STSJ de Castilla y León nº 650/2023, de 30 de mayo, ECLI:ES:TSJCL:2023:2826

30 Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, [BOE-A-1995-5542](#)

refugiado (...). Recordando esta especial norma que, en todo caso, “No se acumulará el beneficio de la protección temporal con los beneficios del solicitante de asilo cuando se esté tramitando la solicitud”.³¹

La compatibilidad ya fue puesta de relieve por la Defensoría del Pueblo, quien expuso en la queja nº18005254 que “Ni la normativa en materia de extranjería ni las normas aplicables a los familiares de ciudadanos de la Unión Europea contienen previsiones relativas a la incompatibilidad de los procedimientos que regulan con los procedimientos de asilo.”³² Por el contrario, las directivas comunitarias incluyen disposiciones específicas que permiten que los Estados miembros puedan adoptar o mantener disposiciones más favorables para las personas a quienes se aplica conforme el art. 5 de la Directiva 2013/32/UE, el art. 4 de la Directiva 2013/33/UE o el art. 3 de la Directiva 2011/95/UE reconociendo esta última en su Considerando 40 que “Los Estados miembros podrán disponer, dentro de los límites establecidos por sus obligaciones internacionales, que la concesión de beneficios en materia de empleo, protección social, asistencia sanitaria e instrumentos de integración requiera la expedición previa de un permiso de residencia.”³³, como sucede en Portugal que en las leyes de transposición de las Directivas de asilo regular la concesión de permiso de residencia provisional a los solicitantes de asilo tras la admisión a trámite de la solicitud por validez de 6 meses y renovable hasta resolución definitiva.³⁴

En este sentido incluso en el art. 4 de la Directiva 2008/115/CE o de Retorno se reconoce que “se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país” y “sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”.³⁵

Por ello, no parece que conste ninguna disposición legal o reglamentaria que prevea la incompatibilidad de la condición de solicitante de protección internacional con autoriza-

31 Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, [BOE-A-2003-19714](#)

32 Defensor del Pueblo, “Concesión de una autorización de residencia por arraigo a solicitante de protección internacional”, disponible online en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/conceder-la-autorizacion-de-residencia-por-arraigo-a-solicitante-de-proteccion-internacional/>

33 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DOUE-L-2011-82659

34 Act 26/2014, 5th May amending Act 27/2008, 30th June: The first amendment to Law 27/2008 of 30 June establishing the conditions and procedures for granting asylum or subsidiary protection and the statuses of asylum applicant, refugee and subsidiary protection transposing Council and European Parliament Directives 2011/95/EU, of 13th December, 2013/32/EU, of 26th June and 2013/33/EU, of 26th June, 5 May 2014, <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/2014/en/120342> [accessed 15 May 2024].

35 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

ciones de estancia o residencia por motivos excepcionales. Incompatibilidad que sí sería predicable de la condición de persona *beneficiaria* de la protección (condición de refugiada, estatuto de protección subsidiaria o residencia por razones humanitarias) al conllevar aparejado dicho estatus un permiso de residencia temporal o permanente fruto precisamente de la resolución de la solicitud de asilo y, por tanto, incompatible con otras autorizaciones de residencia.

Y es que en la normativa comunitaria las únicas apelaciones de exclusión se refieren a las situaciones concretas de estancias o residencias contenidas en la Directiva 2011/98/UE sobre el permiso de residencia único³⁶, la Directiva 2009/50/CE sobre residencia para trabajadores altamente cualificados³⁷, la Directiva 2016/801/UE sobre estudiantes, investigadores y otros³⁸, y la Directiva 2014/36/UE de estancia de trabajadores temporeros³⁹ relativas autorizaciones de carácter *ordinario* que excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a las personas beneficiarias y solicitantes de protección internacional puesto que las mismas son autorizaciones solicitadas desde el país de origen, contrastando con la protección internacional que se aplica, en exclusiva, a las personas extranjeras que se encuentran en el territorio comunitario o, en todo caso, bajo el control efectivo del Estado como reconoció inicialmente la jurisprudencia del TEDH en relación al principio de no devolución reconocido a partir del art. 3 del CEDH en el asunto *Hirsi Jamma*⁴⁰ aun siendo matizada en los pronunciamientos más recientes en “*A.C. y otros c. España*”⁴¹ y especialmente en *N.D. y N.T. c. España*⁴² donde el Tribunal acabó rechazando la violación del art. 3 en relación al art. 13 del CEDH por el rechazo en frontera y debido a las formas de acceder a la frontera grupal y violentamente pero asumiendo la aplicación del Derecho europeo en dicho contexto.

Sin embargo, no se pone en duda la responsabilidad del Estado y la aplicación del Derecho comunitario cuando las personas se encuentren bajo control aún fuera de su territorio, lo que ha sido reflejado por nuestro Tribunal Constitucional en el recurso de amparo contra las denominadas “devoluciones en caliente”⁴³ donde finalmente acogió la tesis favorable a

36 Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, DOUE-L-2011-82719

37 Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, DOUE-L-2009-81100

38 Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, DOUE-L-2016-80864

39 Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, DOUE-L-2014-80600

40 STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*

41 STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*

42 STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*

43 STC nº172/2020, de 19 de noviembre, ECLI:ES:TC:2020:172

la constitucionalidad de las mismas –cuestión todavía discutible y discutida-⁴⁴ pero reconociéndose, en todo caso, la responsabilidad del Estado español y la aplicación del Derecho interno en la frontera y sus márgenes por lo que, por motivo de la posible persecución, la urgencia del desplazamiento forzoso u otras causas relacionadas, se aceptaría que las personas no podrían obtener la documentación o los visados necesarios para acceder a tales permisos para huir regularmente del país de origen, hecho clave en materia del derecho de asilo y protección internacional. No obstante, el alto tribunal habría dado el visto bueno a la devolución si acaso la entrada irregular se produciría en ciertas condiciones específicas, como fue el caso analizado.

En todo caso, la normativa ampara de forma precisa aplicar de forma inicial los permisos de estancia o residencia obtenidos a través de la legislación ordinaria de extranjería y, una vez en territorio español, posteriormente, solicitar la protección internacional tras advertir riesgos ante un posible regreso, manifestando temores fundados a sufrir persecución o daños graves. Se trataría de la conocida como solicitud *sur place* reconocida en el art. 15 de la Ley de Asilo⁴⁵; o incluso de forma concomitante, cuando la solicitud de tales autorizaciones se permita realizar en el territorio español de forma excepcional, como es el caso de la situación de estancia por estudios regulada en el art. 37.1.a) del Reglamento de extranjería u otros casos similares, siempre y cuando la persona “se halle regularmente en territorio español y presente la solicitud con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración de su situación” no siendo infrecuente el caso que, tras la entrada legal en España como turista, la persona solicite protección internacional y, a su vez, la estancia por estudios, contando con los ingresos y la documentación pertinente.

Esta situación previa a la solicitud de asilo se complementa con la previsión contenida en el art. 37 de la Ley de Asilo para el caso de inadmisión a trámite o denegación que determina una orden de retorno (salida obligatoria, traslado, etc.) salvo que se autorice la estancia o residencia por razones humanitarias o incluso “que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia” de lo que se deduce la aplicación de la legislación de extranjería y, por tanto, el acceso a los regímenes de estancia o residencia ordinarios o excepcionales contenidos en la misma, sin que parezca que la normativa vigente lo impida de forma alguna.

Sin embargo, la Administración parece empeñada en contrariar de forma tajante la propia normativa y su criterio previo⁴⁶, aduciendo en sus últimas directrices –no publicadas oficialmente– en relación a la sentencia objeto de análisis que el procedimiento de asilo es del todo incompatible con cualquier autorización de residencia salvo el permiso para víctimas de tra-

44 El voto particular de la magistrada D^a María Balaguer debe tomarse en consideración dada su mayor rigor jurídico en opinión del autor

45 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, [BOE-A-2009-17242](https://www.boe.es/boe/BOE-A-2009-17242)

46 Contestación de la SEM dada al Defensor del Pueblo en la queja nº 21030423 aceptando las compatibilidades, 26 de abril de 2022, disponible en: <https://acogidayasilo.blog/2022/04/26/la-secretaria-de-estado-de-migraciones-confirma-la-compatibilidad-de-la-solicitud-de-asilo-con-la-tarjeta-de-familiar-comunitario/>

ta⁴⁷, de modo que a partir de abril de 2024 las Oficinas de Extranjería habrían comenzado solicitar la renuncia a las solicitudes o recursos de asilo para facilitar el acceso a permisos de residencia no solo por arraigo laboral, también por motivos de arraigo formativo, social u otros. Todo ello sin realizar la preceptiva modificación legal o reglamentaria que pudiera amparar semejante modificación del criterio de aplicación de la normativa hasta la fecha y haciendo alusión a una pretendida incompatibilidad general de los regímenes de extranjería y protección internacional.

IV. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA SOLICITANTE DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

1. Derecho a un recurso efectivo en materia de protección internacional en la jurisprudencia europea

Cabe reconocer que contrariamente al Derecho español –y la aplicación del mismo realizada por los tribunales–, el derecho a un recurso efectivo en materia de asilo en el Derecho de la Unión Europea conlleva el reconocimiento del efecto automático de suspensión cautelar en vía de recurso como regla general y dada la interpretación conjunta de los artículos 13, 19 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁴⁸ en relación a la tutela de derechos y en el marco del principio de no devolución, cuestión confirmada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y en consonancia con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que debe tenerse en cuenta para interpretar el art. 19, apartado 2 de la CDFUE, como prescribe el art. 52, apartado 3 de la misma.

Y es que la jurisprudencia del TEDH reconoce la suspensión automática como inherente al derecho a recurso efectivo en materia de asilo⁴⁹. Así, cuando la persona alega que su expulsión le expondría a un trato contrario al artículo 2 y 3 del CEDH debe contar con un recurso efectivo tanto en la práctica como en la ley a nivel interno de conformidad con el artículo 13 del CEDH, que exige imperativamente, entre otras cosas, un escrutinio independiente y riguroso de cualquier alegación de que existan motivos sustanciales para temer un riesgo real de tratamiento contrario a los artículos 2 o 3 y efecto suspensivo automático.⁵⁰

47 Secretaría de Estado de Migraciones, “Criterios de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal del Justicia de la Unión Europea y de la Sentencia del Tribunal Supremo 414/2024, de 24 de enero, sobre la incidencia en los procedimientos de extranjería de arraigo laboral de la condición de solicitante de protección internacional”, 9 de abril de 2024, disponible online: <https://acogidayasilo.blog/2024/04/15/permisos-de-residencia-y-solicitantes-de-asilo/>

48 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403 (15 págs.)

49 PIZZOLO, C. (2019). El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea. *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, ISSN-e 2346-9196, Vol. 7, N.º. 2, 2019; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8799332>

50 Asunto *MSS vs Belgium and Greece*, p. 288 y 291. Para una descripción general de la jurisprudencia del CEDH en cuanto a los requisitos del artículo 13 tomados en conjunto con los artículos 2 o 3 en los casos de deportación, véanse, en particular, el asunto *Abdolkhani y Karimniav vs Turquía*, (p. 107-117); El asunto

En el Derecho comunitario por su parte se encuentra consagrado el derecho a un recurso efectivo de carácter suspensivo, con carácter general, en el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE que conforme el art. 47 de la CDFUE reconoce al solicitante de asilo que ha visto rechazada en primera instancia su solicitud el derecho a un recurso con efecto suspensivo obligando a los Estados a permitir “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”. De tal modo que no se reconoce simplemente una autorización de permanencia clara y precisa, si no que en la práctica determina un efecto suspensivo automático de la resolución denegatoria y un derecho incondicionado como ha venido interpretando la jurisprudencia comunitaria de forma reiterada.

La jurisprudencia es abundante al respecto. Así puede citarse el apartado 54 de la STJUE de 17 de diciembre de 2015⁵¹ que reconoce que “cuando un Estado decide devolver a un extranjero a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real de tratos contrarios al artículo 3 del CEDH, la efectividad del recurso interpuesto, prevista en el artículo 13 del CEDH requiere que dicho extranjero disponga de un *recurso suspensivo de pleno derecho* contra la ejecución de la medida que permite su devolución (véanse, en particular, las sentencias del TEDH Gebremedhin c. Francia, § 67, CEDH 2007-II, e Hirsi Jamaa y otros c. Italia, § 200, CEDH 2012-II).”

De forma más contundente, y en interpretación del derogado art. 39 de la Directiva 2005/85/CE⁵², la STJUE de 26 de septiembre de 2018 aseguraba ya entonces que “el artículo 47 de la Carta exige que dicho solicitante disponga de un recurso suspensivo de pleno Derecho contra la ejecución de la medida que permite su devolución (...) Y que “incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución.”⁵³

Resolución que reitera la doctrina ya explicitada en los apartados 56, 58 y 61 de la STJUE del asunto *Gnandi*⁵⁴, y el apartado 50 del ATJUE de 5 de julio de 2018⁵⁵, que igualmente interpretan el derogado art. 39 de la Directiva 2005/85/CE o antigua Directiva de Procedimientos y que no establecía de forma clara y precisa el efecto automático de suspensión regulado actualmente por el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE y que lo sustituye.

Gebremedhin vs. Francia, (p 53-67); *El asunto IM v France; Chahal v. El Reino Unido* (p. 147-154); *El asunto Shamayev y otros vs. Georgia y Rusia*, (p. 460).

51 STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-239/14, ECLI:EU:C:2015:824

52 Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DOUE-L-2005-82465

53 STJUE de 26 de septiembre de 2018, asunto C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776

54 STJUE de 19 de junio de 2018, asunto *Gnandi*, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465

55 ATJUE de 5 de julio de 2018, asunto *C y otros*, C-269/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:544.

La obligación por el Estado de facilitar la permanencia tras decisión desestimatoria sobre la solicitud de asilo, tras la entrada en vigor en 2015 del régimen de recursos contenido en la vigente Directiva 2013/32/UE, ha sido confirmada nuevamente por la STJUE en el asunto *CE c. Hungría*,⁵⁶, país que –al igual que sucede España–, no reconoce en su ordenamiento interno el efecto automático de suspensión de los recursos en materia de asilo, además de mantener otras muchas irregularidades advertidas por el Tribunal⁵⁷.

Esta sentencia, en el apartado relativo “al derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro en cuestión” (apartados 267 y siguientes), se expresa de forma meridiana sobre esta cuestión, y en relación al nuevo art. 46.5 de la Directiva 2013/32/UE vigente en la actualidad, explicando que “La Comisión estima, en primer lugar, que Hungría no ha transpuesto correctamente el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, que garantiza el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate en espera de que se resuelva el procedimiento de examen del recurso judicial interpuesto contra la decisión por la que se haya denegado en primer grado su solicitud. Señala a este respecto que, según el Derecho húngaro, la interposición de recurso contra una decisión administrativa no tiene, en principio, efectos suspensivos, en la medida en que el artículo 50 del Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo solamente prevé la posibilidad de que un tribunal ordene tales efectos suspensivos si se reúnen determinados requisitos.”

Las apreciaciones del Tribunal son taxativas. Así en los apartados 287 y 288 viene a decir que “De ello se deduce, por una parte, que, si bien el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32 se limita a conferir al solicitante de protección internacional comprendido en su ámbito de aplicación un derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate, *la existencia de este derecho se consagra, no obstante, de manera incondicional, sin perjuicio de las excepciones previstas en los artículos 41, apartado 1, y 46, apartado 6, de dicha Directiva, y, por otra parte, que un Estado miembro solamente puede fijar condiciones de ejercicio de este derecho en la medida en que sean conformes, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33.*”

Es por ello que la normativa comunitaria reconoce un derecho no una mera autorización rogada a permanecer en el territorio y mientras se estudia la solicitud de asilo durante el procedimiento administrativo, pero también en fase de recursos y hasta una resolución definitiva que se reconoce debe ser judicial.

Sin embargo, deja en manos de los Estados la calificación jurídica de dicha permanencia legal conforme el Derecho interno, admitiendo que, incluso, pudiera ser necesaria la entrega de permisos de residencia en determinados casos justificados como, de hecho, sucede en nuestro vecino Portugal.

56 STJUE de 17 de diciembre de 2020, en el asunto C808/18, ECLI:EU:C:2020:1029

57 FERRER LLORET, JAUME (2021). “La Unión Europea ante el derecho de asilo: a propósito del asunto “Comisión/Hungría (acogida de solicitantes de protección internacional)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2021, 68: 25-66. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.68.02>

2. La necesaria calificación jurídica del estatuto legal del solicitante de protección internacional como estancia legal temporal y excepcional según la normativa de extranjería

No obstante, la argumentación principal de la sentencia que ha generado más confusión se refiere, principalmente, a la interpretación del art. 9 de la Directiva 2013/32/UE y, en especial, a la falta de consideración como situación de *estancia* o *residencia* durante la pendencia de recursos al efecto de computarse para el arraigo laboral. Al punto de poder llegar a entenderse –de la literalidad de la sentencia– que los períodos cotizados laboralmente en vía administrativa no habrían sido realizados válidamente a tales efectos.

Ciertamente cabe reconocer que existen posiciones contradictorias y controvertidas sobre esta cuestión, que no es otra que la condición jurídica del estatuto del solicitante conforme la normativa interna. Así, por ejemplo, el TSJ de Castilla y León considera que la situación jurídica, al menos a efectos de acceso al arraigo laboral, sí es de *residencia legal*, en doctrina reiterada desde la Sentencia nº 99/2022, de 1 de abril⁵⁸ y, posteriormente y, por todas STSJ de Castilla y León nº 58/2023, de 24 de marzo⁵⁹, que determina “que se ostenta la autorización de residencia legal en España durante el tiempo de tramitación de la solicitud” al entender la existencia de una residencia de carácter excepcional regulada por la normativa de asilo. Sin embargo, la mayoría de tribunales superiores⁶⁰ se limitan a reconocer como un derecho o autorización para permanecer en el territorio que, en todo caso, se trataría de una *situación regular* a todos los efectos, y tal como se desprende del considerando 9 de la Directiva de Retorno⁶¹.

En todo caso, desde numerosos sectores jurídicos ha querido deducirse que la sentencia realiza una peculiar interpretación del derecho a permanecer por la cual las situaciones de hecho o de derecho generadas durante el procedimiento de asilo, y en virtud del derecho de estancia como solicitante de protección internacional, no podrían aplicarse o computar para obtener la residencia por arraigo laboral e, incluso, para la residencia por arraigo social y cualquiera otra residencia por motivos excepcionales de arraigo.

Y es que el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE refiere que la permanencia en el territorio del solicitante es un derecho pero que “Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.” Por ello se deduce que se reconoce entre los derechos de la persona solicitante de protección internacional el de permanecer legalmente o de forma regular en el país, pero sin que deba entenderse tal derecho como una autorización de residencia legal conforme la normativa general de extranjería, es decir, que no existe equivalencia entre ambos conceptos o situaciones, evitando generar o consolidar derechos. Siendo así como se advierte, además, en las traducciones en otros idiomas. En la versión francesa se recoge como “Ce droit de rester dans l’État membre ne constitue pas un droit à un titre de séjour.” En la

58 STSJ de Castilla y León nº 99/2022, de 1 de abril, ECLI:ES:TSJCL:2022:1463

59 STSJ de Castilla y León nº 58/2023, de 24 de marzo, ECLI:ES:TSJCL:2023:791

60 Por todas la STSJ del País Vasco nº196/2018, de 18 de abril, ECLI: ES:TSJPV:2018:1215

61 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

versión en italiano más clara como “Il diritto a rimanere non dà diritto a un titolo di soggiorno” o en inglés como “That right to remain shall not constitute an entitlement to a residence permit.”.

Aceptando pues que no se trata de una residencia legal “ordinaria” o del “régimen general” parece que la propuesta interpretativa más conforme al ordenamiento jurídico español conlleva a considerar que se trata más bien de una situación de estancia temporal acercándose al planteamiento realizado por el TSJ de Castilla y León⁶² pero de conformidad con el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE. Y ello porque se trata de un estatuto migratorio de una persona extranjera que habilita a permanecer de forma temporal y excepcional, siendo aplicable al respecto la normativa de extranjería y asilo en su conjunto y no como dos cajones estancos como se pretende por parte de la Administración y, pareciera ahora, por el Tribunal Supremo.

En este sentido debe comprenderse que la situación jurídica de la persona durante la pendencia de la solicitud de protección internacional es idéntica independientemente del resultado del procedimiento, puesto que el mismo no se puede prever, y de forma principal trata de garantizar un derecho negativo, la no devolución, con unas obligaciones positivas del Estado: una autorización para permanecer provisionalmente, entre otros derechos sociales y económicos, y que cuenta con una regulación especial, y además bien detallada, contando incluso con disposiciones de Derecho internacional directamente aplicables por su especialidad, por lo que es indubitado que se trata de un estatuto legal y completo, pero de cierta complejidad por la defectuosa transposición al ordenamiento interno de la normativa internacional y comunitaria, debiendo calificarse dentro del ordenamiento jurídico español.

Por ello, parece debido interpretar de conformidad con el método argumentativo empleado por el TSJ de Castilla y León –aunque no en su conclusión– que se trataría de una *estancia legal* de carácter especial y excepcional, temporal y vinculada al procedimiento de asilo, puesto que cumpliría los requisitos legales establecidos (art. 30 de LOEX). Si bien regulados de forma específica por la normativa de asilo y no por la normativa reglamentaria de extranjería, aplicable únicamente de forma supletoria en aquello no regulado específicamente por la de asilo.

Y es que el art. 1 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX) delimita su ámbito de aplicación a las personas que carezcan la nacionalidad española “sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte” y el mismo Reglamento de Extranjería reconoce sobre su ámbito de aplicación que las normas contenidas “se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”.

Así pues cabe deducir que a las personas solicitantes de protección internacional se les debe aplicar la normativa general de extranjería siendo desarrollada las situaciones de protección internacional por la normativa especial, la internacional de los refugiados y la normativa comunitaria de asilo, transpuesta al ordenamiento interno principalmente a través de la Ley de

62 STSJ de Castilla y León nº 99/2022, de 1 de abril, ECLI:ES:TSJCL:2022:1463; reiterada hasta la fecha, por todas STSJ de CyL nº 58/2023, de 24 de marzo

Asilo y su propia normativa reglamentaria⁶³, complementada la transposición por instrucciones ministeriales que hacen alusión a las situaciones de protección internacional: solicitantes y beneficiarias, y al que se vinculan un amplio abanico de derechos y obligaciones. Mientras que la normativa general de extranjería se aplicaría en otras cuestiones no reguladas por la normativa especial y con carácter supletorio a las personas que solicitan protección internacional.

En este sentido el art. 29 de la LOEX enumera de forma taxativa las situaciones en las que podrán encontrarse los extranjeros en España –todos ellos–, concretando de forma específica situaciones de *estancia* o *residencia*, exclusivamente, esto es, en situación regular frente a quienes careciendo de tales estatutos migratorios se encontrarían en situación irregular, siéndoles de aplicación las prescripciones correspondientes conforme la Directiva de Retorno.

Así es como en el art. 30 de la ley se define la situación de estancia como “la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”. Y que “transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia”. Además, se recuerda que “En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses”⁶⁴.

El desarrollo reglamentario se encuentra principalmente en el Título III del Reglamento de Extranjería sobre “La estancia en España” y que contiene Capítulo I con un único artículo 28 que antecede a tres secciones y que reconoce que “Se halla en situación de estancia de corta duración el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo II de este título para la admisión a efectos de estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.” y que “Si se trata de una estancia con fines de tránsito, la duración de la estancia autorizada corresponderá al tiempo necesario para efectuar el tránsito.”⁶⁵

La primera sección se refiere a requisitos y procedimiento, la segunda a las prórrogas y extinción y la tercera (art. 36) a los supuestos excepcionales de estancia y de indudable aplicación a la protección internacional, por cuanto se refiere a los supuestos de “entrada o documentación irregulares”, explicando que “Excepcionalmente, y siempre que existan *motivos humanitarios*, de interés público u *obligaciones internacionales*, el titular del Ministerio del Interior o el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración *podrán autorizar la estancia en territorio*

63 Principalmente el anticuado Reglamento de asilo, el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, [BOE-A-1995-5542](#)

64 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, [BOE-A-2000-544](#)

65 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, [BOE-A-2011-7703](#),

español, por un máximo de tres meses en un periodo de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en él con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto.”

Finalmente, en el Capítulo II se desarrollan algunas situaciones de estancia específicas y debidas a motivos de “estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado” y que adaptan las reglas generales establecidas anteriormente a estos casos particulares. Es de resaltar que no se hace referencia a la conocida como estancia por motivos de turismo, del cual el reglamento únicamente reserva unos breves apartados en el art. 8 sobre los motivos a justificar para autorizar la entrada y estancia en España.

Tampoco a la estancia especial por motivos de solicitar asilo de forma explícita, reconociéndose, sin embargo, en el art. 25 de la LOEX sobre los requisitos para la entrada legal (puestos habilitados, pasaporte o documento de viaje, visado y justificar finalidad y condiciones de permanencia en el país, etc.) que los mismos “no serán de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.”⁶⁶

Por su parte, la normativa específica de asilo es de origen internacional⁶⁷ y principalmente comunitaria como la Directiva 2011/95/UE que se fija en las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado/a y la concesión de la protección subsidiaria y el contenido de tales estatutos migratorios⁶⁸, la Directiva 2013/33/UE que regula de forma pormenorizada la situación jurídica del solicitante de protección internacional y las condiciones de acogida, su definición (art. 2), el ámbito de aplicación (art. 3), la posibilidad de disposiciones más favorables (art 3) y los derechos y obligaciones: de información (art. 5), de libramiento de documentación acreditativa de la situación mientras conste autorización para permanecer (art 6), de domicilio y libre circulación (art. 7), del posible internamiento (art. 8, 9, 10 y 11), sobre la familia (art. 12), reconocimiento médico (art. 13), escolarización de menores (art. 14), empleo (art. 15), formación profesional (art. 16), condiciones materiales de acogida y asistencia sanitaria (art. 17, 18 y 19), así como otras cuestiones, que deberían haber sido transpuestas en la normativa interna de asilo de forma completa e íntegra.

Y la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo (a los que precisamente se vincula la condición de solicitante) que también reconoce una serie de garantías para los solicitantes,

66 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, [BOE-A-2011-7703](#),

67 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el texto del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE-A-1978-26331 o “Convención de Ginebra”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, BOE-A-1979-24010 o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE-Z-2010-70003 a partir de ahora “CDFUE”

68 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DOUE-L-2011-82659

derechos y obligaciones, tales como el derecho a permanecer en el territorio mientras se estudia la solicitud (art. 9), acceso a la información, a intérprete, a que el ACNUR conozca de la misma y otras (art. 12), sobre cómo debe realizarse la entrevista de asilo (art 15, 16 y 17), la asistencia letrada (art. 20, 21, 22 y 23) y en general sobre los procedimientos, incluidos los recursos y sus efectos (art. 46), incluida la autorización para permanecer, con carácter general, hasta al menos la primera resolución judicial, que se considera como definitiva.

Regulación pormenorizada de la protección internacional que debería haberse transpuesta de forma explícita en la normativa interna a partir de 2015 mediante una nueva ley y reglamentos de asilo, estando todavía vigentes la Ley de asilo de 2009 y el Reglamento de asilo de 1995 que desarrollaba la Ley de asilo de 1984.

Nos encontramos por tanto con un desarrollo normativo completo e integral del que se deduce que el solicitante de protección internacional cuenta con su propio estatuto legal que debe enmarcarse en aras a la seguridad jurídica y a una adecuada inserción de la norma especial en la normativa general de extranjería como una situación de estancia excepcional vinculada al procedimiento de asilo y por tanto plenamente válida al efecto de cumplir el requisito establecido en el art. 124.1 del RELOEX en cuanto las relaciones laborales deben haberse realizado en situación previa de estancia o residencia, al menos en su redacción actual.

Estas consideraciones de Derecho interno además son plenamente compatibles con el Derecho comunitario resultando de gran interés el debate suscitado en el asunto *Gnandi* sobre la situación regular/irregular del solicitante pendiente de recursos. Así, explicó el Abogado General del TJUE en el asunto *Gnandi* en sus Conclusiones⁶⁹ que en fase de recursos debe reputarse la situación del solicitante como regular a todos los efectos y tal como el considerando 9 de la Directiva de Retorno lo reconoce mientras no se ponga fin al “derecho de estancia como solicitante de asilo”⁷⁰, aunque en la sentencia finalmente se estableciera, de forma excepcional, que fuera posible emitir una decisión de retorno unida a la desestimación del asilo, como excepción.

No obstante, los motivos aducidos conducen también, de forma evidente, a la situación de estancia del solicitante de asilo conforme art. 30 de la LOEX, dado que consta autorización para permanecer al que se encuentran anudados un catálogo de derechos vinculados y como ha interpretado de forma meridiana la STJUE de 17 de diciembre de 2020 (apartado 285)⁷¹, afirmando que además de existir un vínculo incondicional al resto de derechos –que no son otra cosa que derechos sociales y de acogida generando obligaciones positivas del Estado–, en su apartado 289 que “cuando un Estado miembro decide fijar condiciones de ejercicio del derecho a permanecer en su territorio, consagrado en el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, deben definirse con la suficiente claridad y precisión para que el solicitante de

69 Conclusiones del Abogado General en el asunto *Gnandi*, C-181/17, ECLI:EU:C:2018:90

70 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

71 STJUE de 17 de diciembre de 2020, en el asunto C808/18, ECLI:EU:C:2020:1029

protección internacional pueda conocer el alcance exacto de tal derecho y para que se pueda apreciar si son compatibles, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33”.

Lo contrario, como adujo el Abogado General del TJUE en el asunto *Gnandi*, es decir: entender como situación irregular, mera tolerancia, etc., a quien ostenta autorización para permanecer hasta se resuelvan los recursos planteados “socava el objetivo de seguridad jurídica que persigue, favoreciendo la creación de zonas grises y promoviendo la difusión de prácticas diferentes entre los Estados miembros, lo que, además, resulta contrario a la propia misión de dicha Directiva, que consiste en crear un corpus de normas y de prácticas comunes.” Recordando la inseguridad y falta de garantías que puede resultar dando “lugar a la creación de una situación de inseguridad, o a veces de opacidad, jurídica que puede menoscabar no sólo la transparencia, sino también la eficacia de los procedimientos de retorno, así como interferir con el respeto, por las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, de las normas en materia de acogida de los solicitantes de protección internacional mencionadas anteriormente.”

Por ello, en relación al derecho a permanecer y un recurso efectivo regulado por la normativa comunitaria, de indudable efecto directo, la autorización para permanecer hasta resolución definitiva es un derecho incondicionado y que forma parte del estatuto legal del solicitante en toda la Unión Europea al que se vincula el derecho a estar documentado y un abanico de derechos de acogida, sociales y económicos. Y esta regulación coexiste y es plenamente compatible y coherente con la normativa interna que considera –en una lectura integradora– al solicitante de protección internacional como una situación de estancia legal especial y excepcional, tal como el propio Tribunal Supremo reclama en la sentencia comentada, al aducir que la situación jurídica debe establecerse por el Derecho interno.

La especial peculiaridad de la situación es la concomitancia o simultaneidad de aplicación de los diferentes estatutos migratorios de extranjería y protección internacional de modo que cualquier persona extranjera puede obtener un permiso de estancia o residencia (turismo, estudios, trabajo por cuenta ajena, etc..) y, a su vez, solicitar protección internacional adquiriendo la condición de estancia legal como solicitante debiéndose garantizar los derechos derivados de dicho estatuto especial.

3. La prórroga del estatuto de estancia durante el procedimiento judicial tras la incorporación del derecho comunitario a un recurso efectivo en materia de asilo

La sentencia del TS advierte que este peculiar estatuto migratorio, no obstante, no podría considerarse como *estancia* durante la pendency de recursos. Sin embargo aduce que el motivo sería la defectuosa transposición de las directivas comunitarias en esta materia, puesto que el Derecho interno de aplicación lo impediría. Afirma así 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 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.”

Es por ello que de forma indirecta el Tribunal Supremo no habría rechazado, al menos explícitamente, que durante el procedimiento administrativo se tratara de una estancia legal, y por tanto sí computable a efectos de arraigo, negando por el contrario la consideración de *residencia* por cuanto el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE lo excluiría de forma clara, como la propia sentencia indica.

Sin embargo, pareciera que yerra al considerar que dicho estatuto legal de estancia cambia o se modifica tras la denegación en fase de recursos, siendo contrario a su propia doctrina jurisprudencial consolidada y, en mi opinión, por motivos extrajurídicos ajenos a una rigurosa aplicación del Derecho vigente.

Así pues, parece justificar esta diferenciación en la falta de transposición del peculiar régimen jurídico comunitario del derecho a un recurso efectivo en materia de asilo alegando que, durante la pendencia de recursos, la situación jurídica se debe reconducir, en todo caso, al sistema de medidas cautelares cuya única finalidad u objeto sería suspender la decisión de retorno unida a la desestimación del derecho de asilo contenida en el art. 37 de la Ley de Asilo, no siendo posible medidas positivas de otorgamiento de derechos o prórroga de un estatuto de estancia (“Es decir, no confiere más derecho que esa suspensión de efectos”) tratando la permanencia legal durante el recurso de reposición como una supuesta “mera tolerancia” no asimilable a la situación de estancia entendiendo por tanto que los períodos laborables realizados durante la misma no podrían ser computados a efectos del arraigo laboral.

Argumentación contradictoria con la propia doctrina reiterada y consolidada del propio Tribunal Supremo que reconoce la prórroga del estatuto legal del solicitante garantizando el derecho –en palabras del TS– “a permanecer, trabajar y estar documentado para ello” durante el procedimiento judicial y aunque esta prórroga se instrumente en España por la falta de transposición de las Directivas a través del sistema cautelar de recursos al efecto de dar conformidad al Derecho interno.

Y es que en realidad tal régimen, de *estancia como solicitante de asilo*, se prorroga en vía de recurso administrativo y judicial, como viene aplicando la Administración y reconoce el mismo Tribunal Supremo al menos desde noviembre de 2022, al cambiar radicalmente la doctrina cautelar en materia de asilo en relación al derecho a un recurso efectivo precisamente para considerar el mantenimiento de la legislación de asilo en fase de recursos y contra el criterio precedente del propio TS, por el cual se entendía que una vez denegada la solicitud se aplicaba la normativa de extranjería con el paso a situación irregular pero con las prevenciones de suspensión de la ejecución en caso de motivos de asilo o el principio de no devolución, siendo ejemplo de tal doctrina el Auto de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2018⁷².

Bajo esta doctrina jurisprudencial el mecanismo de recursos y el sistema cautelar de asilo partiría del principio general de la ejecutoriedad de los actos administrativos y de la irregularidad de la situación del solicitante de asilo tras recibir la notificación desestimatoria, siendo única-

72 AAN nº110/2018, de 7 de mayo, ECLI:ES:AN:2018:691A

mente posible la suspensión cautelar de la ejecución material de la orden de retorno y cuando hubiera riesgo de una deportación inmediata, exclusivamente⁷³.

Por ello en caso de constar una situación de riesgo inminente de deportación podría solicitarse medida cautelar ante la jurisdicción contenciosa encaminada a suspender, igualmente, decisiones de retorno fruto de expedientes de extranjería partiendo de la situación irregular “frente a la cual se podrá recurrir con todas las garantías que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de no devolución”⁷⁴, es decir “un recurso de carácter suspensivo siempre que se acuerde devolver o expulsar a un solicitante de protección internacional a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real para su derecho a la vida, o a no ser sometido a tortura, o a tratos degradantes, crueles o inhumanos o penas y para la libertad y seguridad de la persona”⁷⁵, pero no aplicando la normativa de asilo que establece obligaciones positivas del Estado hacia el solicitante con la prórroga del estatuto legal contenido en la normativa de asilo.

En este marco, constarían escasísimas ocasiones en las cuales se aceptarían medidas cautelares en recursos contra la denegación del asilo y ante la falta de aplicación e incorporación de la normativa y jurisprudencia comunitaria en la materia analizada anteriormente. Así, la solicitud de medidas cautelares en recursos contra la denegación del asilo ante la Audiencia Nacional se venía encauzando a través del art. 129 de la LJCA por mor del art. 29 de la Ley de asilo, y se venía resolviendo tradicionalmente mediante la valoración y análisis del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que se desprende del propio art. 130.1. de la LJCA, cuya interpretación por el Tribunal Supremo se concretaba de forma general en analizar el riesgo de producción de perjuicio al recurrente consecuencia de la ejecución del acto administrativo impugnado, debiendo considerarse irreparable o de muy difícil reparación, “única situación en la que se compromete la virtualidad del recurso”, además de interesar que “la suspensión del acto administrativo no produzca perturbación grave a los intereses generales o de terceros.”⁷⁶ que en materia de asilo se resolverían en enjuiciar “primordialmente la apariencia de riesgo de persecución por alguna de las razones que justifican la concesión de asilo, lo que ha de valorarse en función de las condiciones objetivas del país de origen, y también en función de las circunstancias personales del solicitante de asilo sin olvidar que también existe un interés público en que la institución del asilo no se desnaturalice y se transforme en un mecanismo de emigración fraudulenta”⁷⁷. Considerando hasta noviembre de 2022 no ser “asumible” que ante la petición cautelar pueda determinarse la “automática suspensión de la ejecutividad de tal medida, al margen de las circunstancias objetivas y personales invocadas”⁷⁸.

73 MARTÍN VALERO, A.I (2018). Las medidas cautelares en materia de asilo: algunas cuestiones procesales y sustantivas que se plantean en la práctica. Actualidad Administrativa, Nº 12, Sección Ejercer en forma y plazo, diciembre 2018, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 14202/2018

74 AAN nº 1289/2021, de 22 de noviembre, ECLI:ES:AN:2021:8720A

75 ídem

76 Por todas, la STS de 8 de mayo de 2015, RC. 1201/2015

77 Por todas, el ATS de 24 de Enero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1490^a. Pero también en las STSS de 14 de octubre de 2008, RC. 193/2007 o de 17 de septiembre de 2009, RC 3660/08.

78 STS de 18 de marzo de 2011, RC. 1698/2010; ATS de 6 de marzo de 2014, RC. 2957/2013

Esta doctrina habría cambiado radicalmente a partir de la incorporación del Derecho comunitario y la aplicación por efecto directo del art. 46 de la Directiva 2013/32/UE, fruto de la actividad judicial de la Sección 2ª de la Audiencia Nacional desde su Auto de 10 de septiembre de 2021⁷⁹, confirmada la misma por la STS nº1582/2022, de 29 de noviembre⁸⁰ manteniéndose de forma reiterada los nuevos criterios en las sentencias de 26 de octubre, 31 de octubre y, la última, de 11 de diciembre de 2023, todas en los mismos términos⁸¹.

En este sentido es de especial interés la sentencia de 31 de octubre de 2023 por cuanto se refiere a la incidencia de la Directiva 2013/32/UE “en relación con los criterios contenidos en nuestra legislación procesal para acordar la tutela cautelar en materia de asilo.” Así se refiere en el FJ5 que “Un examen completo de la norma europea que resulta de aplicación, art. 46 de la Directiva 2013/32, y de la jurisprudencia que expresamente la interpreta, como la STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-808/18 (Comisión contra Hungría) –la STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, asunto *Gnandi*, no se refería exactamente a ese precepto, sino a la Directiva anterior derogada por aquélla, Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado– nos puede proporcionar una más amplia perspectiva para responder a lo que, en definitiva, se nos demanda: la compatibilidad de nuestra regulación sobre la tutela cautelar en materia de asilo con los postulados que derivan del derecho europeo y, en concreto, del art. 46 de la Directiva 2013/32, y de la jurisprudencia que lo interpreta. Como veremos, nuestras conclusiones no diferirán, en sustancia, de nuestro anterior pronunciamiento, si bien debemos completar y matizar aquéllas.”⁸²

Disposición que hace referencia al derecho incondicional a permanecer en el territorio español del solicitante de protección internacional durante el plazo de interposición de recursos y hasta la notificación de su desestimación y que viene a prorrogar el estatuto legal completo del solicitante en fase de recursos, resolviendo nuevamente el alto tribunal en el mismo sentido su doctrina por la cual “de conformidad con el art. 46 de la Directiva 2013/32, el derecho a un recurso judicial efectivo conlleva que el solicitante a quien la Administración ha denegado la protección internacional obtenga, en el recurso jurisdiccional interpuesto contra dicha decisión, un pronunciamiento que, como regla general, reconozca durante su pendencia el *mantenimiento inalterado de su estatuto como solicitante de asilo* y, por tanto, su autorización para permanecer en España hasta que se resuelva dicho recurso y a que durante esa permanencia disfrute de las condiciones de acogida contempladas en la Directiva 2013/33”⁸³.

Razonamiento evidente en cuanto el derecho a permanecer del solicitante durante el procedimiento administrativo tiene exactamente la misma finalidad que se predica del sistema cautelar, de prevenir una situación y asegurar la decisión sobre la solicitud, durante los procedimientos de recurso o revisión. Esto, la naturaleza jurídica del estatuto del solicitante es en

79 AAN n.º 826/2021 de 10 de septiembre, ES:AN:2021:6074A

80 STS nº 1582/2022, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4365

81 STS nº1334/2023, de 26 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4468; STS nº1357/2023, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4598; STS nº1643/2023, de 11 de diciembre, ECLI:ES:TS:2023:5537

82 FJ5 A. STS nº1357/2023, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4598

83 FJ5 C. de la STS nº1357/2023, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4598

realidad provisional y cautelar, por lo que no puede esgrimirse diferenciación alguna tras la denegación por que esté pendiente de revisión de la misma reconociendo el propio tribunal la “inalteración” del mismo.

Así pues, antes de que se produjera la incorporación del Derecho comunitario a un recurso efectivo en materia de asilo cabía reconocer que no constaba en el Derecho positivo interno posibilidad de otorgar autorización expresa para permanecer tras una denegación del derecho de asilo de forma excepcional ni tan siquiera en el plazo para interponer recurso judicial o para que una posible solicitud judicial de medidas cautelares fuera valorada, al menos en la praxis administrativa española, siendo, además, únicamente aceptadas las solicitudes de suspensión cuando constaba un efectivo riesgo de deportación inminente y en vía judicial o contencioso-administrativa relativa a la revisión de las resoluciones tomadas conforme la normativa de extranjería y con el mero efecto de suspensión o no ejecución de la deportación.

En sentido análogo tampoco se venían archivando expedientes de expulsión por motivo de aplicación del principio de no devolución a las personas en situación irregular cuando no constara formalmente solicitud de protección internacional en trámite, aplicándose únicamente la garantía reconocida en el art. 57.6 de la LOEX de *inejecutabilidad* de la deportación, manteniendo a la persona en la irregularidad y con vigencia de la orden de retorno y no facilitando ningún tipo de autorización para permanecer legalmente, en cuyo caso sí que se trataría un estatuto de mera tolerancia, ni estancia ni residencia, dando lugar al denominando colectivo de personas *inexpulsables* por razones de hecho o de derecho, situadas en un limbo intolerable a la luz de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad de la persona⁸⁴.

La existencia de tales situaciones es contraria a la claridad exigida por la Directiva de Retorno en relación a la situación administrativa regular/irregular de las personas y que exige facilitar algún tipo de estatuto migratorio que garantice unos derechos mínimos a quien no pueda ser expulsado de facto⁸⁵ y al menos en relación al principio de no devolución, debiéndose reputar en tal especial caso la situación de irregularidad como anacrónica y entendida como una mera obligación del Estado de un no hacer y sin consideración con las obligaciones positivas hacia la persona necesitada de protección internacional –principalmente el archivo de cualquier expediente de expulsión con autorización expresa para permanecer legalmente– que, en principio, sólo se activaría cuando la persona accediera al procedimiento de asilo a través de las formas regladas y, únicamente, durante la instrucción y tramitación del procedimiento.

84 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, N. (2010). Inexpulsables. Un análisis jurídico y social de su realidad en España. *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, ISSN-e 1698-1006, Nº. 7 8, 2020, págs. 1-16; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7974331>

85 En este sentido, el considerando 12 reconoce que “Debe abordarse la situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados. Procede definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional. Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación. Los Estados miembros deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma y formato de la confirmación escrita y deben también poder incluirla en las decisiones relativas al retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva.”

En una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2022 se encuentra un avance relevante en la resolución del problema de las personas inexpulsables por motivo de aplicación del principio de no devolución. En ella se estima el recurso de casación contra la confirmación judicial de la resolución que ordena la expulsión del recurrente del territorio nacional en aplicación del art. 57.2 de la LOEX motivada en que el interesado, nacional de Ucrania, había sido condenado por varios delitos de hurto continuado y robo con fuerza sumando penas superiores a dos años de prisión. Y se resuelve *archivar* el expediente de expulsión como resultado de la aplicación del principio de no devolución sin que constara solicitud de protección internacional en trámite al reconocer de forma contundente la imbricación con los derechos fundamentales con dicho principio y la especial protección resultante de ello.⁸⁶ Doctrina que ha sido confirmada por sentencia del alto tribunal de 21 de diciembre de 2022 al menos en cuanto al reconocimiento del principio de no devolución como derecho fundamental de especial relevancia con necesidad de la más elevada protección.⁸⁷

No obstante, una cosa es el principio de no devolución en expedientes de extranjería y otra diferente es haber iniciado una solicitud de protección internacional. De modo que una vez en trámite se debe acceder a la situación de estancia como solicitante, disfrutando de los derechos y obligaciones inherentes a la misma.

4. La prórroga del estatuto de estancia durante la pendencia del recurso de reposición de asilo

La prórroga del estatuto legal del solicitante en vía de recurso judicial a través del sistema cautelar debe ser entendido, por tanto, que se mantiene en vía de recurso de reposición dada la misma naturaleza revisora y cautelar. No obstante, parece necesario realizar ciertas matizaciones, puesto que mientras no exista procedimiento judicial sólo nos podemos encontrar con un procedimiento administrativo y una solicitud pendiente de resolución definitiva, esto es, en trámite.

Y es que la resolución administrativa de denegación y hasta que no se resuelva el recurso de reposición no es firme y ejecutiva incluso aunque no se soliciten medidas cautelares suspensivas, por lo que se debe mantener el estatuto legal previo a la notificación de la resolución denegatoria dado que el procedimiento administrativo no ha finalizado.

En apoyo a dicha tesis es aplicable la doctrina contenida en la STS nº586/2020, de 28 de mayo al entender que no pueden entrar en vigor los efectos de la resolución hasta la resolución del recurso.⁸⁸ Resolución que de cumplir los plazos legales se debería producir como máximo al mes de la interposición del recurso sin perjuicio de la obligación de resolver en caso de transcurso de dicho plazo.

Así pues, si el recurso de reposición no es contestado en el plazo de un mes, el único efecto que puede deducirse de la desestimación por silencio del mismo es la habilitación para acudir a la

86 STS nº1634/2022, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2022:4625

87 STS nº1726/2022, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2022:4822

88 STS nº586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

vía judicial según el art. 24.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común o LPAC⁸⁹, por lo que mientras la Administración no resuelva el recurso, estando obligada a ello (art. 21 LPAC y art. 24 de Ley de Asilo), ningún perjuicio puede suponerle a la persona tal demora, al estar atribuida la misma a la propia Administración. Lo contrario podría suponer una vulneración del derecho a la buena administración (art. 41 CDFUE de la UE) y el principio de confianza.

Sobre la ejecución de las resoluciones administrativas pero pendientes de recurso de reposición la misma sentencia del TS de 28 de mayo de 2020 recuerda que incluso aunque el interesado no hubiera solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto al interponer el recurso potestativo de reposición la Administración no puede ejecutar el acto hasta que no resuelva dicho recurso, refiriéndose a ejecuciones tributarias, lo que de forma obvia puede aplicarse con mayor motivo, y dado el bien jurídico protegido, al derecho de asilo.

Así, la doctrina contenida en dicha resolución del alto tribunal expresa que “(...) de la recta configuración legal del principio de ejecutividad y de sus límites, así como del régimen del silencio administrativo –lo que nos lleva a extender el elenco de preceptos interpretados a otros como los artículos 21 a 24 de la LPAC y sus concordantes; de los artículos 9.1, 9.3, 103 y 106 LJCA; así como el principio de buena administración –que cursa más bien como una especie de *metaprincipio* jurídico inspirador de otros–, puede concluirse la siguiente interpretación: 1) La Administración, cuando pende ante ella un recurso o impugnación administrativa, potestativo u obligatorio, no puede dictar providencia de apremio sin resolver antes ese recurso de forma expresa, como es su deber, pues el silencio administrativo no es sino una mera ficción de acto a efectos de abrir frente a esa omisión las vías impugnatorias pertinentes en cada caso. 2) Además, no puede descartarse a priori la posibilidad de que, examinado tal recurso, que conlleva per se una pretensión de anulación del acto, fuera atendible lo que él se pide. De esa suerte, la Administración no puede ser premiada o favorecida cuando no contesta tempestivamente las reclamaciones o recursos, toda vez que la ejecutividad no es un valor absoluto⁹⁰, y uno de sus elementos de relativización es la existencia de acciones impugnatorias de las que la Administración no puede desentenderse.”⁹¹

Además, la misma sentencia recuerda que “Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus

89 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, [BOE-A-2015-10565](#)

90 El principio de ejecutividad tiene unos límites que deben ser respetados en su aplicación. Para ampliación es de interés la síntesis realizada por MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Ejecutividad y suspensión del acto administrativo en el Derecho administrativo español: especial referencia a los actos sancionadores. *Derecho & Sociedad*, 2017, no 49, p. 429-445.

91 FJ3 de la STS nº586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

deberes y mandatos legales estrictos y no se ampare en su infracción –como aquí ha sucedido– para causar un innecesario perjuicio al interesado.”⁹²

De todo lo anterior se desprende que durante el plazo para interponer el recurso de reposición y hasta que se resuelva el mismo la resolución no es firme y ejecutable, por lo que no puede entrar en vigor sus efectos y entre ellos la salida obligatoria o la pérdida del estatuto de estancia como solicitante. De modo que interpretado conforme la normativa comunitaria constaría derecho a permanecer provisionalmente vinculado al estatuto legal como *solicitante* que no se extinguiría hasta *resolución definitiva* según la definición contenida en las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE (art. 2), por lo que se debe interpretar, en todo caso, que la situación es regular al prorrogarse el régimen y a todos los efectos debiéndose garantizar los derechos vinculados a la permanencia y la solicitud conforme el art. 18 y 19 de la Ley de Asilo y la normativa comunitaria.

Una vez resuelto el recurso de reposición adquiriría firmeza el acto administrativo con la entrada en vigor de la decisión desestimatoria y podría llegar a entenderse se pondría fin a la situación de estancia legal como *solicitante*. Si no fuera porque operaría nuevamente la suspensión automática con el derecho a permanecer reconocido en el art. 46.5 de la Directiva 2013/32/UE durante el procedimiento judicial, a través del sistema cautelar y como argumenta la doctrina judicial consolidada del TS referenciada en materia de recursos judiciales de asilo.

En todo caso, constan en el Reglamento de extranjería numerosos apelativos a la prórroga de las situaciones de estancia o residencia aun cuando las mismas hayan finalizado y cuando se encuentra una solicitud en trámite o pendiente de renovación, prórroga o modificación⁹³ y como sería el caso, al prorrogarse la condición de solicitante de protección internacional durante la pendencia del recurso de reposición.

5. Las medidas cautelares suspensivas por silencio en vía de recurso de reposición

En todo caso, una vez se solicita medida cautelar de suspensión en el recurso de reposición debe entenderse estimada la misma por silencio conforme el apartado tercero del art 117.3 de la LPAC que establece la entrada en vigor cuando “(...) el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto”. En el caso del recurso de reposición transcurrido un mes desde la presentación del mismo o la solicitud de medida cautelar.

Por ello, incluso teniendo por tomada la decisión desestimatoria sobre la solicitud de asilo que conllevaría aparejada una decisión de retorno conforme el art. 37 de la Ley de asilo –habitualmente la salida obligatoria conforme al art. 24 de la LOEX– cabría entender que la misma queda

92 FJ2 de la STS nº586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

93 Artículo 40,2 (prórroga autorización de estancia por estudios); Artículo 51.1 (renovación de autorización de residencia temporal no lucrativa); Artículo 61.1 (renovación de autorización de residencia por reagrupación familiar); Artículo 71.1 (renovación autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena); Artículo 109.2 (renovación autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia)

suspendida por silencio transcurrido un mes sin respuesta al recurso y la medida cautelar solicitada, como efecto principal pero no único, al establecerse un conjunto de derechos vinculados a la permanencia en el territorio de la persona recurrente de una resolución denegatoria del asilo.

Por un lado la normativa comunitaria reconoce la condición de *solicitante* a quien se encuentra pendiente de recurso hasta una resolución definitiva (art. 2 Directiva 2013/32/UE y Directiva 2013/33/UE), y el mantenimiento, a priori, de los derechos derivados de tal condición (permanecer, trabajar, atención sanitaria, estar documentado, etc.), por lo que no cabe más que reconocer que este expreso contenido de la medida cautelar es plenamente acorde al ordenamiento cuando sea solicitado de forma expresa en el propio recurso o posteriormente a través de medidas cautelares haciendo uso del efecto directo de las Directivas y cumpliendo así la exigencia contenida en la STS de 28 de junio de 2004 en relación a la teoría del silencio la cual “ (...) no implica de ningún modo que su consecuencia permanente, aun en el caso de que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos, sea la de reconocer incólume y sin objeción alguna la petición formulada por el administrado, sino que además ha de constar el requisito sustancial de que el contenido de la petición sea acorde con el ordenamiento, de forma que de ningún modo cabe obtener por vía de silencio lo que no fuese pertinente con arreglo a derecho”.

Por otra parte, cabría discutir si esta peculiaridad del sistema español de recursos administrativos en asilo de contar con un recurso de reposición de carácter potestativo –dada la actual demora ante la elevación del número de recursos y la escasez de recursos para hacerla frente– podría entenderse como una demora atribuible al interesado cuando decida interponer dicho recurso frente al recurso contencioso o judicial.

Esta cuestión que ha sido rechazada de forma reiterada y de plano por el alto tribunal, siendo de ejemplo la misma Sentencia referenciada del TS de 28 de mayo de 2020 al expresar como “práctica intolerable la concepción de que el recurso de reposición no tiene ninguna virtualidad ni eficacia favorable para el interesado, aun en su modalidad potestativa, que es la que aquí examinamos. En otras palabras, que se trata de una institución inútil, que no sirve para replantearse la licitud del acto, sino para retrasar aún más el acceso de los conflictos jurídicos, aquí los tributarios, a la tutela judicial”.⁹⁴

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria en relación a la autorización para trabajar del solicitante de protección internacional. En la paradigmática STJUE de 14 de enero de 2021 se reconoce que la demora producida por la interposición de recursos contra una decisión de traslado en aplicación del Reglamento de Dublín III⁹⁵ no puede atribuirse al interesado, por cuanto se trata de un derecho y la posible demora en resolución causa imputable a la administración y no se le puede penalizar por el ejercicio del mismo, en el caso enjuiciado con la denegación del acceso al mercado de trabajo⁹⁶ el que cual debe prorrogarse

94 FJ2 de la STS nº586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

95 Reglamento UE 604/2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), DOUE-L-2013-81288

96 YANINI, M. M. (2021). Empleo y solicitantes de protección internacional: una garantía social del sistema comunitario de asilo: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de

hasta la efectiva deportación material del solicitante, dado que la autorización de trabajo estaría estrechamente relacionado con la dignidad de la persona y en beneficio, también, de la “estructuras de acogida del Estado”.⁹⁷

Además, una vez estimada la medida cautelar solicitada por efecto del silencio positivo no cabe acordar su desestimación posterior pues se deben atribuir a los actos obtenidos por silencio los mismos efectos que los obtenidos de forma expresa, incluyendo la posibilidad de no ser contradichos por la propia Administración, como recuerda la STS de 5 de junio de 2006⁹⁸.

Por todo ello debe entenderse que la estimación por silencio de las medidas cautelares conllevaría el mantenimiento del estatuto migratorio de solicitante de protección internacional con todos los derechos por aplicación del Derecho administrativo interno, y sin necesidad de referencia alguna al Derecho comunitario.

Con esta argumentación se pronunció la Abogacía del Estado en Soria a los efectos de dictaminar sobre la situación legal de las personas a las que se les habría notificado la incoación de expediente de expulsión tras la denegación del asilo y que habían interpuesto recurso de reposición con solicitud de medida cautelar de suspensión no resuelta por el Ministerio del Interior en el plazo legal. El Abogado del Estado responsable de este informe concluyó que el silencio positivo operaba con toda su fuerza suspendiéndose la totalidad de los efectos de la resolución denegatoria y recuperándose la condición de *solicitante* y, por tanto, todos los derechos anudados a la misma y reconocidos en la Ley de Asilo, procediendo el archivo del expediente de expulsión. No obstante, no se hace referencia ni se fundamenta adecuadamente en el Derecho comunitario, por lo que deja cuestiones no bien resueltas, si bien contiene un hilado y convincente entramado argumentativo.⁹⁹

Entre las cuestiones mal resueltas se encuentra la pérdida de la condición de solicitante tras la notificación de la resolución denegatoria del asilo y hasta que las posibles medidas suspensivas entren en vigor, cuando se pretende concluir que se recuperaría el estatuto de solicitante, transcurrido un mes sin respuesta al recurso de reposición. Sin embargo, de una adecuada interpretación de la normativa procedimental debe comprenderse que el estatuto legal debe prorrogarse al menos hasta que el incidente cautelar en vía administrativa sea resuelto, ya sea por desestimación o estimación expresa o por silencio y dado que el acto administrativo no es firme o ejecutivo, constando la solicitud, por tanto, en trámite o inmersa en el procedimiento administrativo también durante el plazo para su interposición, debiendo mantenerse la condición de *solicitante* o, en todo caso, una vez estimada la medida teniendo efecto retroactivo desde la notificación de la resolución impugnada.

Cuestión resuelta por la normativa comunitaria de aplicación (art. 2 Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE, y art. 46.5 de la Directiva 2013/33/UE) que reconocen el mantenimiento de

enero de 2021 (asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 2021, *CEF*, 127-137.

97 STJUE de 14 de enero de 2021, asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19, ECLI:EU:C:2021:11

98 STS de 5 de junio de 2006, ECLI:ES:TS:2006:3227

99 AE R.5/2021, disponible en: <https://acogidasalamanca.files.wordpress.com/2021/04/aer-5-2021-solicitante-asilo-pendiente-recurso-expulsiones.pdf>

la condición de *solicitante* y el derecho a permanecer durante el plazo para interposición de recursos, por lo que la regularidad del período entre la notificación de la resolución y la contestación a medidas cautelares solicitadas con el recurso de reposición se encontraría garantizada por la aplicación del efecto directo de la directiva, en todo caso, siendo razonable únicamente discutir en relación a este breve período en particular si por la deficiente transposición nos encontramos ante una mera tolerancia o a una prórroga inalterada del estatuto migratorio como solicitante de protección internacional

Finalmente, cabe reconocer que el propio Ministerio del Interior documenta a las personas en fase de recursos cuando las medidas suspensivas son aceptadas por silencio e incluso llega a emitir certificados de acto presunto (art. 24.4 de la LPAC), especificando que la persona mantiene sus derechos y obligaciones como solicitante de asilo entre ellos el derecho y deber de obtener documentación identificativa. A este respecto, desde 1 de junio de 2023 también la Policía Nacional facilita un nuevo documento acreditativo de la condición de solicitante. Ejemplo de estos documentos puede consultarse en internet¹⁰⁰.

De igual modo desde 1 de enero de 2023 el Ministerio de Inclusión también habría empezado a garantizar las condiciones materiales de acogida al solicitante en fase de recurso de reposición permitiendo el ingreso o reingreso en el Sistema de Acogida regulado por el Reglamento de Acogida o Real Decreto 220/2022¹⁰¹ que transpone parcialmente la Directiva 2013/33/UE para lo que tiene establecido como requisitos documentales para el acceso el justificante de la presentación del recurso pero también de haber solicitado el certificado de acto presunto de modo que se acredite haber transcurrido un mes sin respuesta al recurso por demora de la Administración y por tanto tras la entrada en vigor de las medidas cautelares.¹⁰²

V. LA REALIDAD SOCIAL Y EL PRESUNTO USO ABUSIVO DEL PROCEDIMIENTO DE ASILO PARA SOLICITAR ARRAIGO LABORAL

La negativa de la Administración a facilitar la residencia por motivos de arraigo laboral (e incluso otras residencias por arraigo desde abril de 2024) a quien haya pedido asilo y la confusión de parte de la jurisprudencia en hacer frente a la situación debería resolverse, en mi opinión, por otros caminos de los planteados con una mejora de la gestión del asilo, los flujos migratorios en general y una adecuada reforma conjunta de la normativa de extranjería y asilo resolviendo las lagunas existentes.

100 Acogidayasilo.blog, “Documentos de solicitantes de protección internacional en España”, disponibles en: <https://acogidayasilo.blog/procedimiento-de-asilo/>

101 Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, «BOE» núm. 76, de 30/03/2022.

102 Acogidayasilo.blog, “El MISSM permitirá el ingreso en el Sistema de acogida de las personas solicitantes de asilo pendientes de recurso”, 4 de enero de 2023, disponible en: [acogidahttps://acogidayasilo.blog/2023/01/04/el-missm-facilitara-la-permanencia-en-el-sistema-de-acogida-de-las-personas-solicitan-tes-de-asilo-pendientes-de-recurso/](https://acogidayasilo.blog/2023/01/04/el-missm-facilitara-la-permanencia-en-el-sistema-de-acogida-de-las-personas-solicitan-tes-de-asilo-pendientes-de-recurso/)

Es evidente que la desidia de la Administración en no disponer de medios suficientes para la gestión del asilo facilita que a gran cantidad de personas les sea admitida a trámite su solicitud y sea respondida con gran demora (varios años), en especial en relación a los recursos de reposición, de modo que la práctica totalidad de las medidas cautelares solicitadas durante los recursos se vienen estimando por silencio. Esta incapacidad de resolver por la Administración en los plazos legales conferidos ha generado en la práctica un efecto automático de suspensión incluso de aquellas solicitudes manifiestamente infundadas. Y, por ello, también una mayor facilidad para el acceso a la residencia inicial por motivos de arraigo laboral u otros, dado que mientras la persona espera en el territorio va –como es lógico y natural– adquiriendo vínculos sociales, laborales e incluso familiares.

Así pues, constarían en las estadísticas sobre asilo de 2021 la presentación de más de 20.000 recursos administrativos en los últimos dos años¹⁰³. En “2021 se presentaron 15.002 recursos administrativos frente a los 6.910 recursos interpuestos en 2020. Esto es, en un año el número de recursos administrativos interpuestos contra resoluciones de protección internacional se ha duplicado. En ámbito judicial, se ha pasado de registrar 3.317 recursos en 2020 a los 12.429 recursos interpuestos en 2021, esto es, se ha multiplicado casi por cuatro”¹⁰⁴.

En cuanto al avance en la resolución de los mismos en el informe de 2022 se afirma la constancia de 484 recursos administrativos desestimados y 2.817 recursos judiciales desestimados y, por contra, se habrían resuelto con estimación 349 recursos en vía administrativa y 290 en vía judicial, en los que se incluye el reconocimiento de la condición de persona refugiada, la concesión de la protección subsidiaria y la autorización por razones humanitarias de protección internacional.¹⁰⁵

En cuanto a los datos de las solicitudes no puede afirmarse que constituyan una “avalancha” o “coladero” como se viene aduciendo por opiniones interesadas desde ciertos ámbitos, puesto que la saturación de la instrucción se debe de forma evidente a los escasos recursos disponibles para el alto número de solicitudes que, desde lejos, siguen correspondiendo a las personas nacionales de Venezuela, con más de 45.670 solicitudes en 2022 de un total de 119.240, es decir un 38%, de las cuales suelen ser estimadas la inmensa mayoría esperándose para el 2023 tasas superiores al 90%¹⁰⁶

La siguiente nacionalidad corresponde a Colombia con 36.074 solicitudes, siendo resueltas favorablemente de forma inicial 852 solicitudes constituyendo así el grupo más importante que

103 Ministerio del Interior “Asilo en cifras”, estadísticas sobre asilo, disponible online en: <https://www.interior.gob.es/opencms/ca/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/asilo-en-cifras/>

104 Ministerio del Interior, “Asilo en cifras 2021”, disponible para descarga en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Informe_actividad_OAR_2021.pdf

105 Ministerio del Interior, “Asilo en cifras 2022”, disponible para descarga en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/asilo-en-cifras/Asilo_en_cifras_2022_12615089.pdf

106 En 2022 se reconoció algún tipo de protección internacional a menos del 45% de las solicitudes de Venezuela de forma excepcional y por motivos no aclarados, volviendo a un criterio más favorable en 2023 que se espera una tasa superior al 95%.

tras la denegación se espera presentaría recursos de reposición y que en la práctica se podría estar beneficiando en mayor medida del arraigo laboral, lo que tampoco se compadece con los datos, pues dicho grupo opta mayoritariamente por el arraigo familiar y social.

Es de resaltar que las solicitudes procedentes de vías de entrada irregular son muy inferiores y casi testimoniales. Y en relación a países de origen los datos del año 2022 expresan que de todo el continente africano no se habrían alcanzado las 10.000 solicitudes, de las cuales el 40% aproximadamente procederían de Marruecos. No obstante, los datos de 2023 con gran probabilidad marcarán un gran repunte tras la crisis política del Senegal con un incremento general de las solicitudes de dicho país y países adyacentes como Gambia o inmersos en graves conflictos, como Mali o Burkina Faso, con alto nivel de reconocimiento.

Por otro lado, las solicitudes por arraigo laboral no se han incrementado de forma exponencial como se podría deducir del interés manifiesto de la Administración en limitar su acceso a los solicitantes de asilo. El incremento importante de concesiones de residencia por arraigo se debe a la modalidad social y familiar, reduciendo el tiempo medio de irregularidad que se venía manteniendo elevado¹⁰⁷; pues en junio de 2023 se encontraría en 2,8 años reduciéndose en 8 meses en comparación con el año anterior y según las estadísticas oficiales ofrecidas por el Observatorio Permanente de la Inmigración¹⁰⁸.

Así, las autorizaciones de residencia inicial por arraigo habrían alcanzado a 30 de junio de 2023 y en el último año las 190.414 personas con un crecimiento del doble respecto el año anterior en el que constaban registradas 95.948 personas y que se debe en un 43% al arraigo familiar (crecimiento interanual de 190,4%) y en un 38% al arraigo social (crecimiento interanual del 61,8%), mientras que el arraigo laboral habría tenido un incremento muy modesto (17,4%) tras la reconfiguración del mismo en 2021 que supuso el paso de 656 personas a junio de 2021 a 16.486 en junio de 2022. Sin duda, incrementos debidos a la modificación reglamentaria de 2022 de las figuras por arraigo, aumentando los supuestos de arraigo familiar y flexibilizando los requisitos económicos en el caso del arraigo social.

Por ello aunque conste la existencia de cierto número de personas que solicitando asilo ven facilitada su regularización y aunque provengan de países con un escaso reconocimiento de la necesidad de protección internacional, como Colombia, Marruecos o Senegal, no debe generarse una alarma desproporcionada aduciendo un presunto uso abusivo del procedimiento para obtener arraigo laboral, puesto que no consta en los datos y aunque de los requisitos del mismo pueda deducirse que podría facilitar o incentivar un uso instrumental saturando el sistema.

Una distorsión que, en todo caso, sería generada en exclusiva por la Administración ante la demora en los expedientes de asilo y las dificultades evidentes para facilitar una migración económica a través de vías legales alternativas como podrían representar prórrogas de estancia para búsqueda de empleo que podrían habilitar el acceso a residencia inicial conforme la

107 El País, “Los inmigrantes tardan en España 7,5 años de media en lograr permisos de residencia”, 7 de julio de 2022, disponible en: <https://elpais.com/espana/2022-07-07/los-inmigrantes-tardan-en-espana-7-5-anos-de-media-en-lograr-permisos-de-residencia.html>

108 OPI, “Estadística de personas con autorización de residencia por arraigo, 30 de junio de 2023, disponible en: <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/arraigo>

finalidad utilitarista de la normativa de extranjería y en consonancia con la actual coyuntura económica con alta demanda de empleo por la patronal en determinados sectores, como la agricultura, la hostelería, la construcción o el transporte.¹⁰⁹

Y es que es evidente que cualquier persona extranjera que permanezca largo tiempo en España en situación regular verá facilitado el acceso a residencia por arraigo puesto que dicha figura, modelada por la jurisprudencia, es definida como “la existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado”¹¹⁰

Por ello no parece lo más adecuado intentar retorcer el Derecho vigente con interpretaciones que generan confusión y distorsiones en una recta aplicación por los operadores jurídicos tanto del Derecho de asilo como el Derecho de extranjería, los cuales forman parte de un único cuerpo de Derecho en la actualidad: el Derecho de migraciones. Y en especial manteniendo lagunas de interpretación, debiendo dar por el contrario soluciones a las problemáticas actuales integrando la normativa comunitaria sin menoscabo del derecho de asilo.

Y en este mismo sentido incluso se ha pronunciado el Tribunal Supremo en varias sentencias, por todas la STS de 3 de febrero de 2022 al expresar que “El riesgo de fraude de ley al que se alude por la Abogacía del Estado es fácilmente evitable por la Administración con la simple solución de resolver, en los breves plazos establecidos en la ley de asilo, sobre la admisión a trámite de las solicitudes manifiestamente infundadas, pero como advertíamos en nuestra sentencia de 8 de abril de 2021, rec. 2461/2020, “La necesaria conexión entre el derecho de asilo y el control de la inmigración no puede producirse a costa del derecho de asilo, sino partiendo de su riguroso respeto. La Administración es la que tiene en sus manos evitar el efecto previsto por el legislador con el simple mecanismo de resolver las peticiones que considere infundadas en plazo.”. Es, por tanto, la Administración la que tiene en sus manos, en los breves plazos de la ley de asilo, evitar los supuestos en los que se utilice de forma indebida el procedimiento de protección internacional para eludir de forma artificiosa las finalidades que persigue la Directiva de retorno que, por esta razón, no consideramos restringida en su eficacia por la interpretación que proponemos.”¹¹¹

Por ello no puede negarse la situación de estancia legal de las personas solicitantes de protección internacional porque la Administración no inadmita a trámite solicitudes manifiestamente infundadas o se demore en la resolución de recursos de reposición, facilitando el acceso al arraigo laboral.

109 Cartv, “El sector del transporte asegura que faltan 1000 conductores profesionales en Aragón”, 16 de enero de 2020, disponibles en: <https://www.cartv.es/aragonnoticias/aragon/el-sector-del-transporte-asegura-que-faltan-1-000-conductores-profesionales-en-aragon-23062>

110 Por todas la STS 7514/2007, de 22 de noviembre, ECLI:ES:TS:2007:7514, más reciente la STS nº303/2020, de 2 de marzo

111 STS nº132/2022, de 3 de febrero, ECLI:ES:TS:2022:278; en la que se hace referencia a la doctrina de la STS nº1458/2021, de 13 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4935; y reiterada en STS nº1502/2021, de 16 de diciembre, ECLI: ES:TS:2021:4937

En todo caso, si es de interés del Gobierno restringir el acceso al arraigo laboral no sólo de los solicitantes de protección internacional (objeto de la reforma de 2022 del art. 124.1 del RELOEX al incluir el requisito de irregularidad) sino también de los ex solicitantes, pues no tendría más que enviar al BOE una modificación del reglamento explicitando, aclarando y fijando tal solución de forma auténtica, evitando el uso de instrucciones contrarias a Derecho y/o tener que dejar en manos del resto de operadores como Oficinas de Extranjería, letrados/as, Juzgados de lo Contencioso, Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo el intentar resolver esta cuestión, con cuantiosos daños para las personas afectadas y para el propio Estado de Derecho, especialmente para aquellas con necesidad de protección internacional que, en su mayoría, incluso, prefieren acogerse a la residencia por arraigo dada la demora de la Administración en resolver las solicitudes de asilo con un adecuado estudio de las mismas.

Ya de paso no estaría de más que se realice la tan ansiada reforma y actualización de la normativa de asilo (reglamento del 1995 que desarrolla la ley de 1984 y ley de asilo de 2009 que no transpone las Directivas de 2013 ni la jurisprudencia...) resolviendo con seguridad jurídica el peculiar estatuto jurídico del solicitante de asilo y en relación y concordancia con la normativa general de extranjería, evitando los continuos problemas de aplicación de dicha normativa a las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional por la falta de transposición¹¹², al menos en relación a la situación jurídica del solicitante de protección internacional y la coordinación de dicho régimen con los procedimientos de extranjería.

En relación a la sentencia analizada parece una ocasión desaprovechada por el Tribunal Supremo que ha generado enorme confusión entre los operadores jurídicos recordando errores pasados en la interpretación de normativas nacionales e internacionales¹¹³ y sin que se justifique por qué no plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el concepto de “permanencia del solicitante de asilo” y como se le viene reclamando desde la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre el caso y antes de resolver una cuestión de notoria complejidad¹¹⁴.

VI CONCLUSIONES

En primer lugar, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo 414/2024 de 24 de enero tiene su origen en dos cuestiones jurídicas clave en los últimos años en materia de extranjería y asilo. Por un lado, la reconfiguración del arraigo laboral al comprenderse incluidas relaciones laborales no clandestinas y, por otro, la modificación del planteamiento judicial cautelar en materia de asilo conforme al derecho a un recurso efectivo contenido en la norma-

112 GARCÍA, N. C. (2021). Cuestiones prácticas y problemas derivados de la falta de transposición de las directivas europeas en materia de asilo en España. *Unión Europea Aranzadi*, (12), 5.

113 Cabe recordar la polémica y dilatada situación de inseguridad jurídica creada por las numerosas decisiones jurisprudenciales sobre el art. 53.1.a) de la LO 4/2000 (sanción de multa y/o expulsión por estancia irregular) y su finalmente conformidad con la Directiva 2008/115/CE.

114 NÚÑEZ HERRERA. V.E. (2024). Vinculación entre una resolución denegatoria del derecho de asilo, con suspensión de sus efectos, y la autorización de residencia temporal por arraigo laboral. *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 103/2024 de 24 de enero de 2024 Rc. 8727/2022, Artículo Monográfico*, marzo 2024, SP/SENT/1209688

tiva comunitaria, prorrogándose el estatuto del solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos.

Así pues el recurso de casación interpuesto que da origen a la sentencia se refiere a la discusión acerca de la necesidad del requisito de la irregularidad para el acceso a la residencia por arraigo laboral antes de que se incluyera de forma explícita dicho requisito en la normativa reglamentaria. El Tribunal Supremo confirma la doctrina jurisprudencial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra por la cual se requiere partir de la irregularidad para el acceso a dicha residencia, incluso antes de la reforma del Reglamento de extranjería de julio de 2022.

No obstante, el Tribunal Supremo aprovecha el caso para interpretar que, durante la pendencia del recurso de reposición, la situación legal del solicitante de protección internacional no es de residencia legal conforme el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE y ni siquiera de estancia, por motivo de la defectuosa transposición al ordenamiento interno del estatuto del solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos y la propia naturaleza del procedimiento de asilo durante dicha fase.

De este modo, se deduciría de la sentencia que es la normativa interna la que debe establecer cuál es la situación jurídica del solicitante durante la pendencia de recursos, interpretando que se trataría de una mera tolerancia fruto de la naturaleza revisora de los recursos y las medidas cautelares, impidiendo así la prórroga de la situación legal previa o la obtención de derechos, puesto que la efectividad cautelar se debería limitar meramente a la suspensión de efectos.

No obstante, y por aplicación del efecto directo de las directivas comunitarias, en todo caso se vuelve a reconocer que deben garantizarse los derechos de acogida, como el derecho a la permanencia, la autorización a trabajar y estar documentado durante dicho período, pero no siendo posible computar los períodos de cotización obtenidos durante la pendencia de recursos a efectos del acceso al arraigo laboral y al no tratarse de una situación de estancia o residencia.

Esta interpretación podría ser contraria a la normativa interna que reconoce de forma taxativa que las personas extranjeras deberán estar en situación de estancia o residencia, no siendo incompatible con el procedimiento de asilo. Además se define la situación de estancia como toda aquella permanencia legal de carácter temporal, siendo posible su prórroga en los casos en que se establezca y siendo posible autorizar la misma de forma excepcional cuando la entrada sea irregular o sin cumplir los requisitos generales en el cumplimiento de obligaciones internacionales o por motivos humanitarios, siendo de aplicación así los casos de solicitantes de protección internacional, cuyo estatuto legal se regularía por tanto por su especialidad en la normativa de asilo y, supletoriamente, por la normativa de extranjería, declarándose a todos los efectos como estancia.

Por otro lado, la naturaleza jurídica de la situación del solicitante de protección internacional es idéntica durante todo el procedimiento de asilo –en cualquier fase– y como el mismo Tribunal Supremo desde noviembre de 2022 en doctrina reiterada habría confirmado a través del cambio en la doctrina cautelar interpretando que de conformidad con la normativa comunitaria debe seguir aplicándose el derecho de asilo tras la denegación de la solicitud en vía administrativa y durante el procedimiento judicial, manteniéndose *inalterado* el estatuto como solici-

tante de protección internacional siendo posible garantizar a través de las medidas cautelares el derecho a permanecer, trabajar y estar documentado para ello.

En la normativa administrativa interna la presentación del recurso de reposición evita que la resolución desestimatoria sea firme o ejecutiva impidiendo entre en vigor los efectos de la misma, por lo que en definitiva provoca la prórroga del procedimiento administrativo y por tanto que la solicitud siga en trámite, debiéndose entender que durante dicho período la situación legal del solicitante es la misma que la previa la notificación de la desestimación y mientras no se conteste al recurso.

En todo caso las medidas cautelares solicitadas durante la pendencia del recurso en aplicación del derecho interno y comunitario apuntalan el mantenimiento y/o recuperación íntegra del estatuto legal del solicitante de protección internacional, no pudiendo atribuir a la persona consecuencia negativa alguna dado que la demora en la resolución es plenamente responsabilidad de la Administración.

Finalmente, la realidad social y los datos ofrecidos por el propio Ministerio del Interior no hacen más que confirmar que no hay un problema real sobre un uso abusivo del procedimiento de asilo para fines de regularización por motivos específicos de arraigo laboral, siendo la causa de la saturación y bloqueo del procedimiento de asilo la desidia de la Administración en resolver problemas de gestión pública como la excesiva demora en la resolución de los expedientes de asilo, las escasas vías de inmigración y la deficiente regulación legal del derecho de asilo y extranjería al no transponer adecuadamente la normativa comunitaria, por lo que no debería recortar los derechos de los solicitantes de asilo impidiendo el acceso a residencias por arraigo y descalificando la situación legal de estancia del solicitante en fase de recursos por ese motivo ni derivando al Poder judicial la resolución de problemas políticos y legislativos, quien además debería haber planteado una cuestión prejudicial en caso de duda razonable sobre la aplicación del Derecho comunitario.