



Roj: **STSJ PV 7/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:7**

Id Cendoj: **48020330032015100002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **21/01/2015**

Nº de Recurso: **20/2013**

Nº de Resolución: **49/2015**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 20/2013

SENTENCIA NUMERO 49/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D^a. MARTA ROSA LÓPEZ VELASCO

MAGISTRADOS:

D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

D^a. MARIA DEL MAR DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a veintiuno de enero de dos mil quince.

La Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 11-10-12 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 529/2011, en el que se impugna, Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa de 17 de octubre de 2.011, por la que se deniega la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, segunda renovación.

Son parte:

- **APELANTE**: Gabriel, representado por la Procuradora D^a. NAIARA ELORRIETA ELORRIAGA y dirigido por el Letrado D. CARLOS GONZALEZ FINAT.

- **APELADO**: MINISTERIO DE INTERIOR - SUBDELEGACION DEL GOBIERNO DE GIPUZKOA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL MAR DÍAZ PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Gabriel recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que revoque la de instancia y resuelva ordenar a la Subdelegación en Guipúzcoa que otorgue la autorización de trabajo y residencia a la apelante.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a



la apelación, verificada la oposición por la apelada, suplicó el dictado de sentencia por la que se desestime el recurso de apelación interpuesto por la parte contraria y se confirme la sentencia de instancia.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 13/1/2015, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Letrado D. Carlos González Finat en nombre y representación de D. Gabriel , se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián, de fecha 11 de octubre de 2.012, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 529/2011 , seguido por el procedimiento abreviado, formulado frente a la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa de 17 de octubre de 2.011, por la que se deniega la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, segunda renovación.

La Sentencia apelada confirma la resolución administrativa denegatoria, en los siguientes términos:

Refiriéndose al art. 71 del RD 557/2011 << *Por lo tanto, que junto con la solicitud de renovación se presenten los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión y que vienen integrados por acreditar la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende, extremo que no es el presente ya que nos encontramos ante un nuevo pre contrato de trabajo. Procediéndose también a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación o disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos reglamentariamente; extremo que tampoco concurre. Procediéndose también a la renovación cuando el trabajador haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente: 1.º Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad. 2º Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo. 3º Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor. En este último supuesto se trata de tres elementos acumulativos, de suerte que la ausencia de cualquiera de ellos determina la imposibilidad de proceder a la renovación con base en ese epígrafe. Resultando que no se cumple el presupuesto del periodo de actividad, y de vida laboral, acompañándose además únicamente pre contrato de trabajo de duración determinada. >>*

Sobre el aludido esfuerzo de integración, con mención del art. 71.6 del RD 557/2011, la Sentencia dice:

<< *Pues bien, resulta que el informe del Sr. Gabriel , folio26 y ss del e.a, no se aporta con la solicitud de renovación, únicamente con posterioridad, por vía de recurso. La solicitud de emisión es incluso posterior a la resolución denegatoria. En este sentido, podría ser aplicable ya el artículo 112.1.2º párrafo de la Ley 30.1992 LRJPAC cuando dice que no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos hechos documentos o alegaciones del recurrente cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo hayan hecho. Resultando en todo caso que si el artículo 71.6 del RD 557.2001 determina de manera concreta la naturaleza de las acciones formativas valorables: "conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia ", los cursos o formación que se contienen en el informe presentado hacen referencia únicamente a formación como soldador o en programas de empleo: obsérvense los certificados de los folios 92 y ss del e.a; siendo por otro lado genéricos los informes de instituciones humanitarias.*

Por lo tanto, no puede atribuirse relevancia a la documentación adjuntada: máxime si se tiene en cuenta el escaso periodo de actividad laboral desarrollado, como queda enunciado por el contenido del e.a y en la propia resolución impugnada, Fundamento de Derecho Segundo. >>

SEGUNDO.- Interesa la representación procesal de D. Gabriel que con la estimación del recurso de apelación, se revoque la sentencia de instancia y se conceda la autorización que le fue denegada.

En favor de la pretensión articulada, alega:



- Que habiéndose aportado en vía administrativa junto a su instancia, entre otra documentación, el despido de su anterior trabajo, un precontrato de un nuevo trabajo, su alistamiento en las oficinas de desempleo, y su esfuerzo de integración mediante la realización de cursos de aprendizaje profesional, cumplía lo dispuesto en el art. 71 del RD 557/2011 .
- Que en la sentencia existe error en la interpretación del art. 71.2.2.c) del RD 557/2011 de 20 de abril , por cuanto el periodo de actividad debe computarse "por año" de modo que habiendo trabajado durante los años 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011 un total de 415 días, la actividad por año a tener en cuenta es de 103,75 días; es decir, más de tres meses por año.
- Que respecto a los tres siguientes requisitos acumulativos exigidos por el art. 71.2.2.c): fue despedido en el empleo para el cual consiguió la primera autorización en España, lo que se acredita en su vida laboral, doc. nº 6 bis de la demanda y de los certificados aportados como docs nº 7 y 8, donde consta que percibió el subsidio de desempleo al que solo se tiene derecho cuando se rescinde el contrato del trabajador por causas ajenas a él. Ha buscado activamente empleo y así figura inscrito en el organismo del Gobierno autónomo (docs nº 11,12, y 13 de la demanda). Al instar la renovación tenía un contrato de trabajo en vigor, pues la ley no obliga a que el contrato sea de duración indefinida; el pre-contrato presentado es perfectamente válido según los artículos 1.258 y 1.261 del C. Civil al reunir todos sus requisitos formales y materiales y bien podría denominarse "contrato sujeto a condición suspensiva", condición que viene expuesta en su última línea : *"El presente pre-contrato entrara en vigor una vez el interesado aporte el correspondiente permiso de trabajo en vigor"*.
- Que debe ser valorado el Esfuerzo de Integración de estimarse que no se cumple alguno de los requisitos exigidos por la norma; el Informe de Integración emitido por el Departamento de empleo y asuntos sociales del Gobierno Vasco es positivo, siendo válido tanto formalmente por haberse presentado en vía administrativa junto al recurso de reposición, como por su contenido material donde se enumeran y acreditan tanto las actividades formativas profesionales, como su inclusión social y su actividad laboral y de búsqueda de empleo.

TERCERO.- El Abogado del Estado se opone al recurso en los términos de la sentencia apelada.

Así, reitera que no concurren en el apelante ninguno de los supuestos del art. 71 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , por lo siguiente:

Gabriel ha sido titular de un permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena (primera renovación) desde el 12 de mayo de 2.009 hasta el 11 de mayo de 2.011. Durante dicho periodo sólo ha trabajado 21 días, tal y como resulta del informe de vida laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social que obra al folio 40 del expediente administrativo.

En el momento de solicitar la renovación (3 de agosto de 2.011), el actor no figuraba en situación de alta o asimilada al alta; si se observa el folio 22 del expediente (consulta de situaciones laborales efectuada por la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa), resulta que el actor se dio de alta en el Régimen Especial Agrario (cuenta ajena) el 9 de agosto de 2011, esto es, seis días más tarde de solicitar la renovación de su autorización de residencia y trabajo.

Asimismo, junto con su solicitud de renovación, el actor procede a presentar un pre-contrato de trabajo de duración determinada (folios 5 y 6) suscrito con el empleador Salvador , para trabajar como peón agrícola, extendiéndose la duración del presente contrato desde el 29 de julio de 2011 hasta fin de campaña; no cumpliendo los requisitos de la letra b) del artículo 71.2 (núm.2°).

Ha de tenerse en cuenta el artículo 71.8 del Real Decreto 557/2011 que dice que será causa de denegación de las solicitudes además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en el artículo 69 de este Reglamento, estableciendo este artículo (artículo 69.1 a), entre las causas que permiten al órgano competente denegar las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, no acreditar el cumplimiento *de alguno* de los requisitos establecidos en el artículo 64.

Para finalizar, hace referencia al informe positivo de esfuerzo de integración del extranjero emitido por el Gobierno Vasco el 22 de septiembre de 2011.

En primer lugar, recuerda lo dispuesto en el artículo 71.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , que determina con claridad que es junto con la solicitud de renovación cuando deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para la concesión de la renovación instada; por lo que el informe presentado es extemporáneo al presentarse después del dictado de la resolución denegatoria el 12 de agosto de 2.011.



En segundo lugar, el citado informe no tiene en ningún caso un efecto vinculante para el órgano que ha de conceder la renovación, siendo únicamente un elemento a valorar en el caso de que el extranjero no acredite el cumplimiento de alguno de los requisitos mencionados en el artículo 71 del Reglamento.

En tercer lugar, si se observa el contenido del informe de esfuerzo de integración emitido por el Gobierno Vasco el 22 de septiembre de 2011, se desprende que el mismo no tiene el contenido mínimo que el artículo 71.6 del Reglamento exige al no contemplarse la participación activa del actor en ninguna de las acciones formativas recogidas en dicho artículo por lo que, en consecuencia, dicho informe, en su caso, tampoco podría haber sido tenido en cuenta como elemento de valoración por el órgano competente al no adecuarse a las prescripciones recogidas en el citado artículo 71.6.

CUARTO.- Los requisitos para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo se encuentran contemplados en el art. 71 ROEX, en desarrollo del art. 38.6 de la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, cuyo contenido es el siguiente:

"Artículo 71 Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

1. La renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

2. La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración en los siguientes supuestos:

a) Cuando se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende.

b) Cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

1.º Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.

2.º Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación.

c) Cuando el trabajador haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:

1.º Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

2.º Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.

3.º Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor.

d) Cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 38.6 b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

e) De acuerdo con el artículo 38.6.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de que la trabajadora sea víctima de violencia de género.

f) Igualmente, en desarrollo del artículo 38.6.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando:

1.º El trabajador acredite que se ha encontrado trabajando y en alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un periodo de doce, o de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro, siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo.

2.º El cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Se procederá igualmente a la renovación, cuando el requisito sea cumplido por la persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal en los términos previstos en materia de reagrupación familiar.

3. Junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, así como informe emitido



por las autoridades autonómicas competentes que acredite la escolarización de los menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria.

4. En caso de que a partir de la documentación presentada junto a la solicitud no quede acreditada la escolarización de los menores en edad de escolarización obligatoria que estén a cargo del solicitante, la Oficina de Extranjería pondrá esta circunstancia en conocimiento de las autoridades educativas competentes, y advertirá expresamente y por escrito al extranjero solicitante de que en caso de no producirse la escolarización y presentarse el correspondiente informe en el plazo de treinta días, la autorización no será renovada.

5. Para la renovación de la autorización se valorará, en su caso, previa solicitud de oficio de los respectivos informes:

a) Que el extranjero haya cumplido la condena, haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena.

b) Que el extranjero haya incumplido sus obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social.

6. Igualmente se valorará el esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia.

Dicho esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización.

El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados.

El informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas.

7. Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de la autorización, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. El órgano competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierta de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

8. Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en el artículo 69 de este Reglamento, excepto el relativo a que la situación nacional de empleo permita la contratación.

9. Transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta se entenderá estimada. El órgano competente para conceder la autorización vendrá obligado, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero."

No hallándose el recurrente en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del art. 71.2 transcrito, pues ni existe continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende (a), ni se da la realización de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año (b), y estando el supuesto de autos al margen de los incluidos en los apartados d), e) y f) del Reglamento, hemos de analizar si se dan los requisitos del art. 71.2.c) del propio Reglamento, como interesa finalmente el recurrente.

Dicha norma exige que el trabajador haya tenido un período de actividad laboral de al menos tres meses por año, debiendo, además, de forma acumulativa, cumplir con las condiciones establecidas en los puntos 1º a 3º del citado art. 71.2.c) ROEX.

Pues bien, del contenido del folio 40 del expediente administrativo (Informe de Vida Laboral) se constata que a partir del 18 de mayo de 2.009 el recurrente solo ha tenido un periodo de actividad de 14 días, con lo cual durante el período de vigencia de la autorización anterior que concluyó el 11 de mayo de 2.011, la actividad laboral no fue superior a 180 días (por dos años).

El supuesto examinado está lejos del requisito señalado en la norma (3 meses por año) pues el cómputo de la actividad laboral no es un cómputo proporcional de toda la vida laboral como propone el recurrente en esta



alzada, si no que requiere trabajar tres meses por año natural, estando referido al período de vigencia de la última autorización deresidencia.

La falta de encaje de la situación del recurrente en la situación de partida exigida en el art. 71.2.c) del ROEX, siendo tal requisito una conditio sine qua non, impediría el examen de la acreditación del resto de requisitos acumulativos que la norma establece.

En cualquier caso, en el momento de solicitud de larenovacióntampoco contaba el recurrente con un contrato de trabajo en vigor (punto 3 del art. 71.2.c).

El documento que presenta junto a la solicitud de renovación se denomina "Pre-contrato de duración determinada" que se corresponde fielmente con su contenido, pues su duración abarca "desde el 29 de julio de 2.011 hasta fin de campaña" como peón agrícola, estando sometida su entrada en vigor a que el interesado aporte el correspondiente permiso de trabajo.

Con lo cual ni es un contrato de trabajo en vigor, ni su duración se extiende al periodo de vigencia de la autorización que se interesa, exigencia que lleva implícita la norma.

La ausencia de dos de los cuatro requisitos que la norma dispone para la renovación de la autorización de residencia, siendo uno de ellos llave del resto, no puede ser suplida por el Informe de Esfuerzo de Integración aportado por el extranjero cuya valoración entra en juego " *en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para larenovaciónde la autorización* ", lo que hace intrascendente el análisis de su contenido.

En consecuencia, la sentencia de instancia debe ser confirmada.

QUINTO.- Procede la desestimación del recurso; con expresa imposición de costas a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos, por los que este Tribunal emite el siguiente

FALLO

DESESTIMAR EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 20 DE 2.013, INTERPUESTO POR EL LETRADO D. CARLOS GONZÁLEZ FINAT EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. Gabriel , CONTRA LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, DE FECHA 11 DE OCTUBRE DE 2.012, DESESTIMATORIA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 529/2011 , SEGUIDO POR EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, FORMULADO FRENTE A LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GUIPÚZCOA DE 17 DE OCTUBRE DE 2.011, POR LA QUE SE DENIEGA LA RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA, SEGUNDA RENOVACIÓN, QUE CONFIRMAMOS. CON EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE APELANTE.

DEVUÉLVANSE AL JUZGADO DE PROCEDENCIA LOS AUTOS ORIGINALES Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN DE LO RESUELTO, JUNTO CON TESTIMONIO DE ESTA SENTENCIA.

ESTA SENTENCIA ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE RECURSO ALGUNO.

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA DE LA QUE SE LLEVARÁ TESTIMONIO A LOS AUTOS, LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.