

Para la renovación de la autorización de residencia y trabajo no puede entenderse cumplida la exigencia de búsqueda activa de empleo mediante la inscripción en el SPE, más de seis meses después del cese en el empleo que justificó la autorización inicial

Confirma la Sala la resolución desestimatoria de la solicitud del recurrente de modificación de residencia por circunstancias excepcionales a autorización por residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial.

Señala que de la interpretación del art. 71.2 c) del RLOEX, que dispone, entre otros requisitos, que la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, cuando se acredite la búsqueda activa de empleo mediante la inscripción en el Servicio Público de Empleo, ha de llegarse a la conclusión de que el cumplimiento de este requisito resulta incompatible con una actitud pasiva del interesado, durante un periodo de tiempo posterior al cese de la actividad laboral, injustificado y de una duración que represente la voluntad de mantener la situación de desempleo, como es el caso del plazo de más de seis meses, que duplica el plazo de tres meses de actividad laboral que se exige como mínimo para solicitar la renovación. Declara el Tribunal que, si bien es cierto que la norma no establece un plazo para la inscripción en el Servicio Público de Empleo, sin embargo, ello no significa que la inscripción pueda llevarse a cabo en cualquier momento a voluntad del interesado.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 5

Fecha: 17/10/2022

Nº de Recurso: 1/2022

Nº de Resolución: 1311/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: OCTAVIO JUAN HERRERO PINA

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Madrid, a 17 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 1/2022, interpuesto por don Pablo , representado por el procurador don Andrés Fernández Rodríguez y defendido por la letrada doña Eva Cañas del Olmo, contra la sentencia de 13 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, estimando el recurso de apelación 254/2021 interpuesto contra la sentencia de 22 de abril de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Valencia en el procedimiento abreviado 384/2020, en el que se impugna la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valencia de 6 de octubre de 2020, por la que se desestima la modificación de residencia por circunstancias excepcionales a autorización por

residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial. Interviene como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por resolución de la Delegación del Gobierno en Valencia de 6 de octubre de 2020, se desestima la solicitud de modificación de residencia por circunstancias excepcionales a autorización por residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se dictó sentencia desestimatoria de 22 de abril de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Valencia, en el procedimiento abreviado 384/2020, en la que señala que la Administración demandada ha admitido ser suficiente el periodo de cotizaciones para completar el supuesto c) del art. 71.2 del Real decreto 557/2011, así como contar con contrato en vigor y haber cesado en la relación que dio origen a la autorización cuya renovación se pretende, por circunstancias ajenas a su voluntad. Que dicha Administración se opone en cuanto a la fecha de inscripción en el servicio público de empleo, pues existe un lapso en el que no lo estuvo.

Frente a dicha alegación, la Magistrada-Juez de instancia razona que la norma no contempla este requisito, es decir, que la inscripción cubra todo el periodo de desempleo y asimismo, la opción por cauces alternativos y privados de búsqueda, se ha materializado en la consecución de un empleo, el que detenta cuando solicita la renovación. Por lo que estima el recurso.

Interpuesto recurso de apelación por el abogado del Estado, se dictó la sentencia estimatoria aquí recurrida de 13 de octubre de 2021, en la que se plantea la cuestión de si se puede dar cumplido este requisito a la vista de los tiempos en que el recurrente no estuvo inscrito en el SERVEF.

Y razona la estimación de la apelación señalando que: "como estos tiempos son los indicados en el escrito de apelación por la Administración del Estado - ... según consta en el informe de vida laboral (...) el actor causó baja de la empresa MANTENIMIENTO INDUSTRIAL FRISER S.L., el 23/09/19 y no se dio de alta como demandante de empleo hasta el 6/4/20 (folio 44), por lo que ha estado más de seis meses sin buscar trabajo

- parece claro que esa exigencia no puede darse por respetada.

Teniendo en cuenta que la extensión a la que llega el desconocimiento del enunciado normativo es de más de seis meses a lo largo de un año."

Añade, frente a las alegaciones del apelado, que el hecho de que la mayor parte de los empleos se obtengan extramuros de los servicios públicos de empleo y que el trabajo logrado por el mismo lo fuese con el intermedio de cauces privados, en nada afecta a la legalidad de la decisión tomada el 6 de octubre de 2020 por el Sr. Subdelegado del Gobierno en Valencia.

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de don Pablo se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, que se tuvo por preparado por auto de 22 de diciembre de 2021, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 2 de marzo de 2022 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en

determinar: "si el requisito que establece el artículo 71.2.c) del Real Decreto 557/2011 relativo a la inscripción en el Servicio Público de Empleo como manifestación de búsqueda activa de empleo, está sujeto a algún límite temporal desde la pérdida del empleo y si cabe compatibilizarlo con la búsqueda privada de empleo que desemboca en un contrato de trabajo."

Se identifican como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, el art. 71.2.c) 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, que regula la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia y precisando el sentido de las pretensiones que deduce, solicitando que, estimando el recurso, se case, anule y revoque la sentencia objeto del mismo, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado en el debate procesal en la instancia, y en consecuencia estime el recurso contencioso- administrativo interpuesto contra la resolución de fecha 6/10/2020 de la Subdelegación del Gobierno en Valencia, que acordó denegar la renovación de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales a autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial solicitada.

QUINTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por el Abogado del Estado argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEXTO.- Por providencia de 7 de julio de 2022, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 11 de octubre de 2022, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición el recurrente alega la infracción del art. 71.2.c) del Real Decreto 557/2011 y la jurisprudencia que lo interpreta, razonando que nada se establece en la ley en cuanto a plazos o temporalidad de la inscripción como demandante de empleo, frente a lo cual: "el juzgador no atribuye relevancia a que el recurrente sí se dio de alta como demandante de empleo en el Servicio Público correspondiente (en fecha de 6/4/2020), ignorando de la misma forma que se cumplían el resto de requisitos recogidos por el art.71.2 c), además de no valorar las circunstancias personales del recurrente, el cual desde el preciso instante en que se quedó sin empleo, buscó trabajo por sus propios medios, no cuenta con antecedentes penales y convive junto a su hermana, cuñado y sobrinas, todos ellos residentes legales en España, incluso una de sus sobrinas posee la nacionalidad española, formando con ellos una unidad familiar."

Invoca en su apoyo diversas sentencias del propio TSJ de la Comunidad Valenciana y de otros TSJ, y reitera que la norma exige búsqueda activa de empleo, y ese requisito legal de búsqueda se cumple mediante la inscripción, pero no exige el legislador que la inscripción se deba hacer en un plazo concreto o determinado tras finalizar la relación laboral, o que deba cubrir todo o parte del periodo en el que el extranjero se encuentra desempleado. Sin excluir que, junto a esa inscripción, se pueda acreditar la búsqueda por otros cauces alternativos, siendo la realidad actual, lamentablemente, que en la mayoría de las ocasiones, estos otros mecanismos resultan más eficaces en la obtención de un empleo que el sistema público habilitado.

Por su parte, el Abogado del Estado, en su oposición al recurso comienza alegando que, sea cual sea la decisión que se adopte respecto a la cuestión de interés casacional, seguirá siendo de aplicación la otra causa que fundamentó la denegación de la modificación solicitada en la autorización de

residencia por circunstancias excepcionales, al haberse informado desfavorablemente por la Dirección General de la Policía la modificación de la autorización por constar antecedentes policiales por delito.

Y ya en relación con la cuestión de interés casacional, mantiene que el art. 71.2.c) es meridianamente claro al exigir que el interesado busque activamente empleo y la única forma de acreditarlo es mediante su inscripción como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo, señalando que siendo la autorización de un año, el actor ha pasado más de la mitad del tiempo sin buscar trabajo, por lo que no consta esa búsqueda activa de empleo que el Reglamento de Extranjería impone.

Considera que debe exigirse el cumplimiento de los requisitos que habilitan la aplicación del plazo residual de trabajo de solo tres meses por año pues una conversión de los requisitos legales en otros más benévolos fijados jurisprudencialmente convertiría la excepción en norma general pues la situación de crisis en el mercado de trabajo español no es excusa para relajar el cumplimiento de los presupuestos establecidos por el legislador.

Por ello, no basta el alta en el servicio público de empleo, sino que es necesario acreditar la participación en acciones o programas de inserción socio-laboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas; lo que subyace en el mencionado precepto es que los períodos de inscripción cubran aquellos períodos en los que no se realizó actividad laboral.

Refiere que el propio Tribunal a quo mantuvo ese criterio en relación con el art. 54 del anterior Reglamento de extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004.

Entiende que el momento en el que el extranjero ha de inscribirse en el Servicio Público de Empleo ha de ser tan pronto como ha quedado en situación de desempleo o, a lo más, dentro del plazo de los 15 días siguientes que concede el TRLGSS a efectos del nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo.

Añade que al Reglamento de Extranjería no le basta con que en el momento de la solicitud de la modificación el trabajador se encuentre inscrito en el Servicio Público de Empleo, a diferencia de lo que sucede con el requisito de tener contrato de trabajo en vigor que es suficiente con tenerlo en ese momento de la solicitud.

El Reglamento de Extranjería no permite que el extranjero se inscriba en el Servicio Público de Empleo unos días antes de solicitar la modificación o renovación de su autorización de residencia sino que - para compensar el privilegio que supone acceder a esa modificación o renovación sin haber trabajado siquiera durante seis meses en un año- exige que el trabajador demuestre que ha buscado activamente empleo mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo de forma real, es decir, tan pronto ha quedado en situación de desempleo o, a lo más, dentro del indicado plazo de los 15 días siguientes.

Considera, igualmente, que la inscripción en el Servicio Público de Empleo no puede sustituirse por "la búsqueda privada de empleo", que esta circunstancia no ha sido probada en el proceso y que ello supondría modificar el texto del precepto legal objeto de examen.

SEGUNDO.- Así planteado el recurso, resulta que la cuestión de interés casacional que se suscita en el auto de admisión del recurso supone la interpretación del art. 71.2.c) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, según el cual:

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

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

1. ° Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.
2. ° Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.
3. ° Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor.

En este recurso, admitida la concurrencia de los demás requisitos, la controversia se limita a la interpretación del apartado 2º, sobre el momento y tiempo en que ha de producirse la inscripción en el Servicio Público de Empleo.

La interpretación sistemática del precepto pone de manifiesto, que el art. 71 del Reglamento, al regular la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, toma en consideración como elemento determinante el periodo de actividad laboral correspondiente a la autorización que se trata de renovar, estableciendo requisitos gradualmente más exigentes en sentido inverso al periodo de actividad laboral acreditado. Así, cuando se acredite la continuidad de la actividad laboral no se exigen más requisitos; cuando se acredite la actividad laboral durante un mínimo de seis meses, los requisitos exigidos se limitan a la suscripción de un nuevo contrato, alternativamente, en los términos de los apartados 1º y 2º de la letra b); y cuando se acredite una actividad laboral de al menos tres meses por año, no basta con que al momento de la solicitud de renovación se tenga un contrato de trabajo en vigor, sino que se exige, además y acumulativamente, que la interrupción de la relación laboral que dio lugar a autorización que se pretende renovar sea debida a causas ajenas a la voluntad del solicitante y que este haya buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo.

Estos específicos requisitos se orientan claramente a evitar que, por propia voluntad y actitud del interesado, se mantenga una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, sin que esta relación laboral tenga un contenido mínimo y se utilice como sistema o medio para obtener la residencia en territorio nacional.

Por ello, el cumplimiento de los requisitos establecidos ha de exigirse de manera estricta en los términos dispuestos por el Legislador, que ha previsto al respecto dos circunstancias objetivas para descartar la renovación a voluntad del interesado, cuales son: que la interrupción de la relación laboral que dio lugar a la autorización no se deba a causas imputables al mismo; y que el solicitante busque activamente empleo, justificándolo de manera objetiva por la inscripción en el Servicio Público de Empleo, que no presenta dificultades de cumplimiento inmediato tras la interrupción de la relación laboral inicial.

De manera que el cumplimiento de este requisito en sus propios términos, de acuerdo con la finalidad perseguida por la norma, resulta incompatible con una actitud pasiva del interesado, durante un periodo de tiempo posterior al cese en la actividad laboral, injustificado y de una duración que represente la voluntad de mantener la situación de desempleo, como es el caso del plazo de más de seis meses, que duplica el plazo de tres meses de actividad laboral que se exige como mínimo para solicitar la renovación.

Ciertamente la norma no establece un plazo para la inscripción en el Servicio Público de Empleo, y tampoco se pone en relación con la obtención de una prestación por desempleo, a que se refiere el abogado del Estado, supuesto que se contempla en la letra d), por referencia al art. 38.6.b) y c) de la LOEX, para el caso de que al interesado se le hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo o sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral. Sin embargo, ello no significa que la inscripción pueda llevarse a cabo en cualquier momento a voluntad del interesado, pues, por mandato legal, ha de producirse de manera que represente una actitud activa de búsqueda de empleo por dicho medio público, lo que

significa que tras el cese en el empleo no puede demorarse injustificadamente por un tiempo que, atendidas las circunstancias, no se corresponda con dicha actitud.

Por otra parte, el cumplimiento de este requisito en sus propios términos, es decir, mediante la inscripción en el Servicio Público de Empleo, es una decisión legislativa, que tiene su justificación en la consecución de la finalidad de la norma a que antes nos hemos referido y su control de manera objetiva, que no puede soslayarse mediante lo que la parte denomina "búsqueda privada de empleo", no sujeta a ese control objetivo, de la que podrá hacerse uso de manera complementaria por el solicitante, pero no como sustitución de aquella exigencia establecida por la norma.

TERCERO.- Por todo ello y dando respuesta a la cuestión de interés casacional que se plantea en el auto de admisión del recurso, ha de entenderse que el cumplimiento del requisito que establece el artículo 71.2.c) del Real Decreto 557/2011 relativo a la inscripción en el Servicio Público de Empleo como manifestación de búsqueda activa de empleo, exige que la inscripción no se demore injustificadamente tras la pérdida del empleo por un plazo incompatible con la voluntad de búsqueda activa de empleo, sin que pueda soslayarse mediante la búsqueda de empleo por otros medios, de la que podrá hacerse uso de manera complementaria por el solicitante, pero no como sustitución de aquella exigencia establecida por la norma.

CUARTO.- La aplicación de dicha interpretación de la norma al caso conduce a la desestimación del recurso, pues, de acuerdo con lo expuesto, no puede entenderse cumplida la exigencia de búsqueda activa de empleo mediante la inscripción en el Servicio Público de Empleo, que se produce, sin ninguna justificación, más de seis meses después del cese en el empleo que justificó la autorización inicial, sin que pueda sustituirse tal exigencia por lo que la parte llama búsqueda privada de empleo, al margen de que se haya justificado o no esta circunstancia.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

Desestimar el recurso de casación n.º 1/2022, interpuesto por la representación procesal de don Pablo contra la sentencia de 13 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimando el recurso de apelación 254/2021, que queda firme; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.