

RENOVACIÓN DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO POR CUENTA AJENA: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

(Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 4 de Córdoba, de 22 de octubre de 2008, n.º 306/2008 y Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2 de Zaragoza, de 19 de noviembre de 2008, n.º 388/2008) *

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca

Extracto:

COMENTARIOS de dos sentencias en las que existen interpretaciones divergentes en el cómputo de los períodos de cotización como requisito para renovar la autorización de residencia y trabajo. En relación con lo señalado en el artículo 54.3 y 4 del Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el que, una, realiza una interpretación más flexible de la norma, y, la otra, aplica la literalidad de esta.

Palabras clave: extranjeros, autorización de residencia y trabajo y renovación.

* Véase el texto íntegro de estas sentencias en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 313, abril 2009 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

1. Requisitos para renovar la segunda renovación de la autorización de residencia y trabajo.
2. Renovación de la autorización de residencia y trabajo al cumplir un período de actividad de tres o seis meses por año.
3. Interpretación dada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 4 de Córdoba.
4. Interpretación dada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2 de Zaragoza.
5. Reflexión final.

1. REQUISITOS PARA RENOVAR LA SEGUNDA RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) ¹, en el artículo 38.3 señala las condiciones para la renovación de la autorización de trabajo, la cual se concederá siempre que permanezca una de las siguientes circunstancias:

- a) Persistencia o renovación del contrato o la oferta de trabajo que haya motivado su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo.
- b) Disfrutar de una prestación contributiva por desempleo.
- c) Ser beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr la inserción social o laboral del extranjero.
- d) Al concurrir las circunstancias que el reglamento de la Ley señale. A partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

El artículo 54 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en

¹ BOE n.º 10, de 12 de enero de 2000.

España y su integración social (RLOEX) ², señala los requisitos para renovar la segunda autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ampliando lo señalado en su propia ley al establecer:

- «1. La renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 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 tres meses 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. 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 los apartados siguientes.
3. La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende.

Asimismo, se procederá 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 se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

- a) 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.
 - b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 50, con excepción del párrafo a).
4. Se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite:
 - a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.
 - b) Que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas.
 - c) Que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor.
 5. También se renovará la autorización cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 38.3 b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

² BOE n.º 6, de 7 de enero de 2005.

6. 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. La autoridad 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.
7. Cuando proceda, la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se hará por un período de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia permanente, y permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.
8. Notificada la resolución favorable, el extranjero deberá solicitar en el plazo de un mes la tarjeta de identidad de extranjero.
9. 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 esta sección, excepto el recogido en el apartado 1 b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.
10. Transcurrido el plazo para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, esta se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, 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 su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero».

2. RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO AL CUMPLIR UN PERÍODO DE ACTIVIDAD DE TRES O SEIS MESES POR AÑO

La autorización de residencia y trabajo se renovará cuando el trabajador haya tenido un período de actividad de seis o tres meses, como mínimo, por cada año. Para el supuesto de seis meses deberá concurrir una de las siguientes condiciones:

- a) Que se haya suscrito un nuevo contrato de trabajo con un nuevo empleador afín a las características de su autorización de trabajo, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.
- b) Que cuente con una nueva oferta de empleo siempre y cuando cumpla con las siguientes exigencias: 1) Que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el período

do de vigencia de la autorización para residir y trabajar; 2) Que la empresa solicitante haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social; 3) Que las condiciones fijadas en la oferta de empleo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad; 4) Que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada por el Ministerio correspondiente o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión; que el trabajador extranjero carezca de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; y, 5) Que no se encuentren irregularmente en territorio español.

En cambio, para el supuesto de tres meses deberán concurrir todas las siguientes condiciones:

- a) Que la relación laboral que permitió la autorización inicial se haya interrumpido por causas ajenas a su voluntad.
- b) Que el trabajador haya buscado de manera activa un empleo, a través del servicio público de empleo o mediante programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas subvencionadas.
- c) Que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor.

La diferencia principal entre ambos supuestos radica en que en el primero los requisitos no son acumulativos y en el segundo sí, por lo que deberán concurrir todas las exigencias señaladas en el precepto. De manera que el legislador ha sido más flexible en el caso del trabajador extranjero que haya cotizado seis meses por año, ya que debe cumplir uno solo de los requisitos, en comparación al trabajador que haya cotizado tres meses por año en el que se le exige cumplir simultáneamente tres requisitos.

3. INTERPRETACIÓN DADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, N.º 4 DE CÓRDOBA

El criterio de este Juzgado se fundamenta en que el artículo 54 del RLOEX da lugar a dos interpretaciones. Por una parte, la administrativa, conforme a la cual los tres meses aludidos se habrían de corresponder con tres meses al menos del primer año de la autorización y los otros tres meses al segundo año de la autorización de residencia y trabajo.

Por otra parte, la segunda forma de interpretación es más acorde a las situaciones que concurren no solo en el mercado laboral sino en la propia demandante de empleo e interesada administrativa, en proceso de acceso progresivo y de formación al trabajo. Lo que significa seis meses de cotización duran-

te los dos años de vigencia de la autorización de residencia y trabajo y por tanto de efectividad de la actividad profesional, hallándose en activo mediante contrato de trabajo, precisamente, en el momento de efectuar la solicitud.

Esta última interpretación es la que comparte este Juzgado en el que se debe tener en cuenta a la hora de aplicar el precepto la flexibilidad y adaptación de la realidad social del tiempo y del entorno en que la norma está llamada a aplicarse, máxime ante una situación de arraigo familiar, económico y laboral que tenga el trabajador extranjero. De manera que, si durante los dos años de duración de la autorización se han trabajado seis meses, en global, debe considerarse superado dicho requisito.

En definitiva, la interpretación de la norma ha de ser coherente y para juzgar su proporcionalidad han de tenerse en cuenta todos los factores que rodean el supuesto de hecho puesto que la justicia no se halla en la finalidad de negar la autorización de la irregularidad; la interdicción de la arbitrariedad exige proporción en la medida interpretativa de la norma.

Prueba de que las circunstancias que rodean el supuesto de hecho deben ser tenidas en cuenta, el propio párrafo 1 y 4 del artículo 31 de la LOEX que habla de renovación en general de la autorización de residencia atendiendo a las circunstancias exige, en particular, en el caso de existencia de antecedentes penales la valoración circunstanciada en el caso concreto para contrariar, en su caso, la regla de denegación.

4. INTERPRETACIÓN DADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, N.º 2 DE ZARAGOZA

La interpretación del precepto en cuestión para este Juzgado es más literal que el criterio aplicado por su homólogo. Si no se acreditan seis meses en términos legales o, como posibilidad última, un mínimo de tres meses cotizados por año, no se tiene en ningún caso derecho a la renovación. Debiendo tenerse en cuenta que, si se trata de segunda renovación, precedida de una primera renovación, que es para un período de dos años, los seis meses, o los tres, según el caso, se deben imputar a cada uno de los dos años.

Dicho en otras palabras, la discrepancia radica en cuanto al cómputo del período. En ambos supuestos se está ante una renovación de carácter subsidiario, en la que no cumpliéndose el requisito ordinario de continuar la relación laboral, señalado en el artículo 54.1 del RLOEX, se puede obtener la renovación si se cumplen ciertas condiciones: un mínimo de cotización de seis o de tres meses por año. En este sentido, si la renovación era de dos años, el tiempo de cotización debe ser, en cada año, de seis meses o de tres, no siendo acumulables, ya que lo que se pretende es acreditar la capacidad de trabajar con una cierta continuidad que proporcione los medios mínimos de subsistencia, y si, por ejemplo, en el primer año no se trabaja ni un día, ello no se sana con que se trabaje seis meses al segundo año. En definitiva, los períodos mínimos anuales, de tres o seis meses, deben entenderse en cada una de las anualidades, y, por ende, no podrán ser acumulables.

5. REFLEXIÓN FINAL

Como puede observarse no existe un criterio unánime a la hora de aplicar el artículo 54 del RLOEX por parte de nuestros juzgadores. Por un lado, existe un criterio flexible y, por otro, un criterio más acorde a la literalidad de la norma. A mi criterio la interpretación aplicable es la que sea más acorde a las situaciones que concurren tanto en el mercado laboral como la propia demandante de empleo e interesada administrativamente, en el proceso de acceso progresivo y de formación al trabajo. En consecuencia, se debe tener en cuenta la flexibilidad a la hora de su aplicación, así como la adaptación a la realidad social del tiempo y del entorno en que la norma está llamada a aplicarse, tal como lo señala el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 4 de Córdoba.

De igual manera, se debe tener en cuenta a la hora de valorar la existencia de arraigo familiar o económico o laboral. Sin olvidar las circunstancias de mayor calado existentes en el país, como es la crisis económica que actualmente estamos viviendo, en el que las altas cifras de desempleo que nos encontramos hacen que se dificulte la inserción en el mercado laboral, tanto a los nacionales como a los extranjeros. De hecho, entre los países miembros de la Unión Europea, España registró la mayor tasa de desempleo (13,4%), seguida de Eslovaquia (9,1%).

En definitiva, la interpretación de la norma debe ser coherente al caso en concreto, en el que deben tenerse en cuenta todos los factores que lo envuelven, puesto que la concurrencia de dichas circunstancias coadyuva a la flexibilidad invocada. Por tanto no debe aplicarse la literalidad total de la norma.