

# JLDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 7 DE MÁLAGA

C/ FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N

Tel.: 951938460/951938310/951938525 Fax: 951939177

N.I.G.: 2906745020120001292

Procedimiento: Procedimiento abreviado 180/2012. Negociado: F

Recurrente:

Letrado: JOSE LUIS RODRIGUEZ CANDELA

Procurador:

Demandado/os: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA

Acto recurrido: RESOLUCION DE 09/12/11

## SENTENCIA nº 289/13

En la ciudad de Málaga, a 29 de octubre de 2013.

Vistos por el Magistrado-Juez de este Juzgado, **Ilmo. Sr. D. José Luis Franco Llorente**, los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo número **180/2012**, interpuesto por **D<sup>a</sup>**. representada y defendida por el Letrado D. José Luis López Candela, contra la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada y defendida por la Abogada del Estado, siendo la cuantía del recurso **INDETERMINADA**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Málaga el día 8 de marzo de 2012, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Málaga de 6 de febrero de 2012, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la dictada el 2 de enero de 2012 en el expediente 299920110008412, que desestimó la solicitud de modificación de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, presentada por la actora el 16 de agosto de 2011.

**SEGUNDO.-** Subsanaos los defectos del escrito inicial, el decreto de 13 de abril de 2012 acordó reclamar el expediente administrativo y señalar día para la vista, que se celebró el 10 de julio de 2013 con la asistencia de ambas partes.

En el acto del juicio, tras ratificarse el recurrente en su demanda y oponerse a ella el demandado, se practicó la prueba consistente en dar por reproducidos los documentos aportados con la demanda y el expediente administrativo, y después de manifestar las partes lo que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones se acordó dejar los autos vistos para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales esenciales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Impugna el demandante la resolución del Subdelegado del Gobierno en Málaga que desestimó su solicitud, presentada el 16 de agosto de 2011, para la modificación de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, petición que fue desestimada por el incumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 71 y 202.2 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.

Alega la demandante como motivos del recurso que su petición debe entenderse estimada por silencio, y que cumplía todos los requisitos para el otorgamiento de lo solicitado.

**SEGUNDO.-** Dispone el artículo 202 del Reglamento de la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (*“ De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia, residencia y trabajo o residencia con exceptuación de la autorización de trabajo”*), que

*1. Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el art. 130, podrán acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado.*

2. Cuando el extranjero autorizado a residir por circunstancias excepcionales estuviera habilitado para trabajar, presentará por sí mismo la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos previstos por el art.71. Sin perjuicio de ello, y de su vigencia, que será de dos años, la autorización de residencia temporal y trabajo concedida en base a este precepto tendrá la consideración de inicial.

3. En los demás casos, el empleador será el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización y se exigirán los requisitos laborales previstos en el art. 64, excepto el apartado 3.a).

La eficacia de la autorización de residencia y trabajo estará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión. Cumplida la condición, la vigencia de la autorización se retrotraerá al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior. Su vigencia será de dos años, sin perjuicio de que la autorización de residencia temporal y trabajo tendrá la consideración de inicial.

4. Las previsiones establecidas en este artículo serán igualmente de aplicación para el acceso a una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de residencia con excepción de la autorización de trabajo, de residencia y trabajo para investigación, o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

A dichos efectos, el titular de la autorización de residencia deberá cumplir los requisitos laborales para la obtención del correspondiente tipo de autorización, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento

El artículo 71 del mismo Reglamento, al que remite el anterior, dice por su parte que

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:

1º 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.

2º Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el art. 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:

1º 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.

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

e) De acuerdo con el art. 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 art. 38.6.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando:

1º 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.

2º 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 la 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 art. 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 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 la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero.*

**TERCERO.-** Con base en los anteriores preceptos comienza alegando la actora que su petición debe entenderse estimada por silencio, al no haber sido resuelta expresamente en el plazo de tres meses desde su presentación, de conformidad con lo establecido por la Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, redactada por la LO 2/2009 de 11 diciembre:

*“... Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas”.*

El éxito del argumento de la actora se encuentra subordinado a que consideremos su solicitud como la renovación de una autorización de residencia anterior o como una nueva petición, ya que en el primer caso la vulneración del plazo para resolver produciría efectos estimatorios, mientras que de entender lo contrario el silencio tendría sentido desestimatorio conforme a lo establecido en el apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la tantas veces citada Ley Orgánica 4/2000, en su redacción aplicable al supuesto de autos.

La cuestión a nuestro juicio es clara a la vista de la propia literalidad del artículo 202.2 del nuevo Reglamento, que si bien remite al artículo 71, regulador de las solicitudes de renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, declara expresa y manifiestamente que *“sin perjuicio de ello... la autorización de residencia temporal y trabajo concedida en base a este precepto tendrá la consideración de inicial...”*, esto es, que no se trata de una renovación en sentido propio, por lo que

debemos concluir que el silencio no tiene efectos estimatorios de la petición.

**CUARTO.-** En cuanto al fondo del asunto, el examen del expediente administrativo nos enseña que D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ fue titular de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con habilitación para trabajar por cuenta ajena con vigencia del 21 de octubre de 2010 al 20 de octubre de 2011; que cotizó en el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico entre el 21 de octubre de 2010 y 18 de enero de 2011 (noventa días) como empleada de D<sup>a</sup>.

(folio 19 del expediente, y documento número siete aportado con la demanda); que el 22 de marzo de 2011, con efectos desde el 19 de enero del mismo año (folios 15 y 16), suscribió con la TGSS un *“convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia”*, al amparo de lo establecido en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, constando en el convenio D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ como cuidador no profesional de D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_, quien se encontraba en situación de dependencia y era perceptora de una prestación económica para cuidados familiares conforme al artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, permaneciendo en situación asimilada al alta desde el 19 de enero de 2011 (folio 19).

Con tales antecedentes considera la actora que se encuentra en los casos de los apartados 2 a) o b) del artículo 72 del Reglamento, mientras que la Administración acepta la existencia de relación laboral solo durante noventa días, criterio este al que debemos adherirnos ya que la voluntaria adhesión de la actora, con efectos del 19 de enero de 2011, al convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia previsto en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, supone la exclusión de los servicios del ámbito laboral (artículo 2. 1 d) del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: “1. No están incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial:... Las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”), y del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

Cabe añadir que la suscripción del convenio pudo ser fraudulenta, indebida o en todo caso errónea, al haberse hecho constar que D<sup>a</sup>. [ \_\_\_\_\_ ] realizaba los cuidados no profesionales de la dependiente D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_.

como "familiar de la persona atendida en los términos del apartado 1..." de la redacción original del artículo 1 del Real Decreto 615/2007, cuando no es familiar de aquella.

Pero es claro que, habiendo optado voluntariamente por un régimen excluido por expresa previsión normativa del ámbito laboral, no puede mantener al mismo tiempo la existencia de una relación de esa naturaleza a lo efectos de obtener una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Sentado lo anterior, y resultando de todo ello que la actora no ha satisfecho los requisitos especificados en el artículo 71. apartado 2 c) del Reglamento de la Ley de extranjería (*1º 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...*), procede la desestimación de su recurso..

**QUINTO.-** Aunque la peticiones de la actora han sido desestimadas, no procede condenarla al pago de las costas procesales al existir serias dudas de derecho sobre la sostenibilidad de su pretensión (artículo 139 LJCA, redactado por la Ley 37/2011, de 10 octubre).

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## **FALLO**

**QUE DESESTIMO** el recurso interpuesto, sin imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella se podrá interponer, en este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, **Recurso de Apelación** en el plazo de quince días desde su notificación.

Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad de 50 € en la cuenta de este Juzgado en la entidad BANESTO con número 4333, lo que deberán acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Y una vez sea firme, remítase **testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.**

Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.