

**SENTENCIA Nº 2585/2015**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**RECURSO DE APELACION Nº 150/2014**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:**

**PRESIDENTE**

D<sup>a</sup>. MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ

**MAGISTRADOS**

D. SANTIAGO CRUZ GOMEZ

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 3<sup>a</sup>

En Málaga, a veinte de noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 150/14, interpuesto en nombre de \_\_\_\_\_ representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Elba Leonor Osorio Quesada, contra la sentencia 289/13, de 29 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Málaga en el seno del procedimiento abreviado 180/2012; habiendo comparecido como apelado la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MALAGA, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por \_\_\_\_\_ se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de fecha 6 de febrero de 2012 que desestimaba el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de fecha 2 de enero de 2012 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 7 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PA 180/12, sentencia de fecha 29 de octubre de 2014 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia por la parte actora se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

**CUARTO.-** No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmó la resolución impugnada de fecha 6 de febrero de 2012 que desestimaba el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de fecha 2 de enero de 2012 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga por la que se denegaba la modificación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a autorización de residencia temporal y trabajo por no cumplir los requisitos del art 71.2 de del RD 557/2011, que aprueba el reglamento de la Ley de extranjería, y que la sentencia recurrida considera en línea con lo expuesto por la resolución impugnada que no están presentes en el caso examinado, visto el carácter de actividad no laboral de la prestación de asistencia por cuidador no profesional en el marco del art. 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, en relación con el régimen de los convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia, recogido en el RD 615/2007. En base a la anterior consideración estima como no computable el tiempo dedicado a esta actividad y sólo evalúa el periodo de tres meses que desarrollo como trabajadora del hogar por cuenta ajena, siendo exigibles los requisitos del art. 71.2.c) del RD 557/2011, que la recurrente no reúne.

Frente a esta sentencia se alza la recurrente solicitando el dictado de sentencia que revoque la de instancia, y con ella la resolución administrativa combatida por la que se deniega la la autorización de residencia temporal y trabajo, entiende que la sentencia de instancia valora erráticamente la normativa de aplicación y la naturaleza de la relación de servicios constituida para la asistencia de personas dependientes, asimilable a una relación lñaboral por quedar sujeta a un régimen conveniado con la TGSS, verificándose de este modo el requisito de existencia de relación laboral y permanencia en el tiempo de la ocupación de la recurrente durante un período superior a seis meses en el año.

La Abogacía del Estado se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la sentencia atacada en base a sus propios fundamentos.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación planteado exige el examen e interpretación de la normativa específica dedicada a la posibilidad de acceder a la autorización de residencia temporal y trabajo desde una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, contenida principalmente en los arts 202 y 71 de RD 557/2011.

Según dispone el art. 202 de RD 557/2011 que aprueba el reglamento de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su integración social, es viable la mutación del régimen autorizatorio por circunstancias excepcionales a la aliad de residente temporal con autorización para trabajar, en los siguientes términos:

*“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 artículo 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 artículo 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."

Por su parte el artículo 71.2 del citado reglamento señala que "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."

La cuestión que se plantea se contrae a determinar si estamos en el supuesto prevenido en el art. 71.2.a) de RD 557/2011, de modo que se entienda que existe continuidad en una relación laboral desempeñada por la solicitante con anterioridad a la iniciación al procedimiento autorizador y que constituye el fundamento de la petición, lo que justificaría el acceso al régimen autorizador temporal que se interesa, si en otro caso nos encontramos ante una nueva relación laboral que suma en total un período de ocupación superior a los seis meses de duración, comprensivos del período de actividad desempeñado como cuidadora no profesional por lo que sería de aplicación lo dispuesto en el art. 71.2.b) del reglamento de extranjería, o si por el contrario nos encontramos ante el caso de una relación laboral extinta de tres meses de duración -la de prestación de servicios domésticos que concluyó el 18 de enero de 2011-, por lo que sería preceptivo exigir el catálogo acumulativo de requisitos prevenido en el art. 71.2.c) del citado reglamento, omitiendo cualquier consideración a la nueva actividad desplegada desde el 19 de enero de 2011 como cuidadora no profesional de persona dependiente, que se valora en la sentencia como relación no laboral.

El debate así planteado está subordinado a la apreciación que merezca la relación paralaboral resultante de la suscripción de un convenio especial con la TGSS para la cobertura de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia regulado en el RD 615/2007, que se relaciona con el contenido del art. 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.

**TERCERO.-** Debemos comenzar por aclarar el distingo entre los dos supuestos planteados en el art. 71 del reglamento, de un lado el de la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la inicial autorización, y de otro lado el de la extinción de dicha actividad primera que no obstante es sustituida por un nuevo contrato de trabajo, y así la cuestión de si la renovación de los permisos de trabajo y residencia deben limitarse a exigir que al tiempo de la solicitud el extranjero cuente con un contrato de trabajo -como parece defender la recurrente- o, por el contrario y como mantiene la resolución recurrida, es exigible que durante la vigencia del permiso que se pretende sustituir, el extranjero haya trabajado los tiempos mínimos establecidos en el Art. 71 del Real Decreto 557/2011, ha sido resuelta por las Sts. del T.S. de 12 de marzo de 2013 y de 11 de junio de 2013, recaída en el recurso 341/2011, con ocasión de otro recurso directo contra la disposición reglamentaria, en la que el T.S. deja sentado lo siguiente:

*"...TERCERO.- La impugnación se dirige, como decíamos, contra diversos preceptos del Reglamento aprobado por el Real Decreto, algunos de los cuales, ya han sido analizados por esta Sala en el recurso directo número 343/2011, promovido por la Federación de Asociaciones Pro-inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo, en el que dictamos la Sentencia de 12 de marzo de 2013 .*

*Así sucede, en relación con los apartados b) y c) del artículo 71, sobre renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, y con el párrafo cuarto del artículo 88.5, sobre el cómputo de los plazos para interponer recurso, preceptos sobre los que nos hemos pronunciado en la referida sentencia.*

*Decíamos en aquella ocasión, en relación a las previsiones contenidas en los apartados b) y c) del artículo 71.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto, sobre la renovación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (fundamento jurídico noveno):*

*La impugnación no podrá ser acogida. El artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000 (en su nueva redacción) regula los supuestos ordinarios en los que procede renovar las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo que hayan expirado por el transcurso del tiempo. Se limita a aquellas hipótesis o supuestos en que "persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato".*

*El artículo 38 resulta susceptible de desarrollo en cualquiera de sus apartados aunque alguno de ellos no contenga una remisión específica al Reglamento, en contra de lo que sostienen las entidades actoras. Basta a estos efectos la cobertura general que ofrece la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 2009, a la que ya nos hemos remitido. Premisa a partir de la cual puede afirmarse que ninguno de los dos preceptos reglamentarios singularmente impugnados en este epígrafe vulnera, al desarrollarlo, el artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000 .*

*En efecto, si la Ley 4/2000 condiciona en su artículo 38.6.a) la renovación de las autorizaciones a la existencia o bien de un previo contrato de trabajo (que persiste o se renueva), o bien de un nuevo contrato laboral, debe entenderse que parte de una cierta continuidad en la relación laboral durante el período de tiempo al que se refería la autorización inicial. Y como es obvio, dicha*

relación laboral lleva aparejada la "situación de alta o asimilada al alta" de la que habla el Reglamento.

De los dos supuestos previstos en la letra a) del artículo 38.6 de la Ley Orgánica 4/2000, el primero (la persistencia o renovación en la misma relación laboral) no es objeto del presente litigio. El Reglamento lo desarrolla en la letra a) del apartado segundo del artículo 71, letra que no es impugnada. El recurso se dirige, por el contrario, tan sólo contra las previsiones reglamentarias que se refieren a la existencia de un "nuevo contrato" en el momento de expiración de la primitiva autorización, esto es, a las hipótesis en que no se haya producido la continuidad del mismo contrato de trabajo.

Posiblemente el Reglamento no hubiera contravenido el artículo 38.6.a) de la Ley si hubiera limitado la renovación de las autorizaciones ya extinguidas a aquellos casos en que la relación laboral no había sufrido interrupción alguna durante el periodo de vigencia de aquéllas. Pero, quizás por consideraciones ligadas a la inestabilidad laboral en tiempos de crisis (a la que aluden los recurrentes), ha optado por "suavizar" la exigencia de continuidad en términos que, cuando menos, mantengan una cierta coherencia con el designio legislativo. A estos efectos los preceptos reglamentarios ahora impugnados exigen seis meses de trabajo por año (primera hipótesis) o tres meses por año (segunda hipótesis) respectivamente cuando, no dándose aquella continuidad laboral, sin embargo o bien exista un nuevo contrato (en la primera hipótesis) o bien el cese de la anterior relación laboral se hubiera debido a causas ajenas a la voluntad del trabajador (en la segunda hipótesis). Ni una ni otra exigencia contravienen, pues, el artículo 38.6 de la Ley 4/2000; antes al contrario, son más favorables para sus destinatarios que un desarrollo puramente literal de aquél...".

De partida debemos rechazar que estemos ante el supuesto de continuidad laboral previsto en el art. 71.2.a) del reglamento puesto que se ha producido una extinción de una relación laboral inicial. De lo que se trata aquí es de determinar si son aplicables los requisitos del art. 71.2.b) al entender que existe una nueva relación laboral y que el tiempo trabajado en globo durante la vigencia de la anterior autorización es superior a 6 meses en el año, en cuyo caso, la existencia de un contrato de trabajo con otro empleador, del que resulte una situación de alta o asimilada al alta, determina el acceso a la -renovación- autorización solicitada.

Consideró sin embargo el órgano a quo, sólo son valorables los tres meses de trabajo en el régimen especial del trabajadores domésticos, y en concordancia con la anterior conclusión se exige la concurrencia de los requisitos acumulados del apartado c) del art. 71.2 de constante referencia.

Si optamos por esta última solución debemos de convenir con la sentencia de instancia que no se dan los requisitos cumulativos prevenidos en la norma, ahora bien si estimamos que la actividad de cuidadora no profesional es asimilable a una relación de trabajo a los efectos autorizatorios, la solución sería distinta pues estaríamos en presencia del supuesto previsto en el art. 71.2.b) de RD 557/2011.

Para naturalizar la actividad de prestación de servicio asistencia al personas dependientes por parte de cuidadores no profesionales debemos remontarnos la regulación contenida en el art. 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, que en su apartado 3 estatuye que "El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente". Es preciso indicar que este art. 18 de la meritada Ley de dependencia se refiere a personas del entorno familiar que asumen el cuidado y atención del dependiente

percebiendo por ello una prestación pública, y por ello se articula un sistema especial conveniado para favorecer la inclusión mediante un régimen asimilado al alta en la seguridad social.

Este régimen es netamente diferenciable del prevenido en el art. 19 de la misma Ley 39/2006, que se refieren a las prestaciones reconocidas a las personas dependientes para financiar servicios de asistencia personal profesional, así se deduce de la letra del precepto reseñado: "Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal", esta mención a la "contratación", es signo inequívoco de la necesidad de la constitución de una relación laboral, profesionalizada y sujeta al régimen correspondiente de la seguridad Social, muy distinto de la fórmula concebida para facilitar la asistencia intrafamiliar del art. 18 de la Ley de dependencia, en relación con la adscripción al sistema de seguridad social prevenido en el RD 615/2007.

Solo en el caso de que estuviéramos hablando de una contratación para la prestación de asistencia personal sería dable admitir la tesis de la apelante, conforme a la cual existe un contrato de trabajo vigente cuyo periodo de duración supera los seis meses, habilitando el acceso a la autorización de residencia temporal y trabajo solicitada al amparo de lo dispuesto en el art. 71.2.b) de RD 557/2011, pero no es así en este caso, la recurrente se encuentra enmarcada en el supuesto del art. 18 de la Ley de dependencia y por ende fuera del ámbito de una relación laboral estrictu sensu, su régimen asistencial es el propio del asistente del entorno familiar, no profesionalizado, y no computable a efectos de tener por acreditada la concurrencia de los requisitos el art. 71.2 del RD 557/2011, siendo así que, como aprecia la sentencia de instancia, el único periodo laboral computable es el de tres meses durante los que estuvo de alta en el régimen especial de trabajadores domésticos, y a partir de ahí solo cabe constatar con el juez a quo la ausencia de las exigencias cumulativas del art. 71.2.c) de RD 557/2011, y con ello procede desestimar el recurso de apelación planteado.

**CUARTO.-** La confirmación de la resolución recurrida, trae aparejada la imposición de costas al apelante por imperativo del artículo 139.2 de la LJCA.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

### FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de --- confirmando la sentencia recurrida de fecha 29 de octubre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 7 de Málaga, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia, para su notificación y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.