



Roj: **STSJ M 14538/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:14538**

Id Cendoj: **28079340062014100980**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/11/2014**

Nº de Recurso: **594/2014**

Nº de Resolución: **955/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6**

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

Tfno. : 91.493.19.46

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

**ROLLO Nº: RSU 594/2014**

**TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION**

**MATERIA: MATERIA SEGURIDAD SOCIAL**

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. **30** de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 166/2014

**RECURRENTE/S: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL**

RECURRIDO/S: Rosana

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID a diecisiete de Noviembre de dos mil catorce

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A nº 955**

En el recurso de suplicación nº **594/2014** interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de **SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **30** de los de MADRID, de fecha **16-5-14** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **166/2014** del Juzgado de lo Social nº **30** de los de Madrid, se presentó demanda por **SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL** contra Rosana en reclamación de **MATERIA SEGURIDAD SOCIAL**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **16-5-14** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que estimando la demanda interpuesta por D<sup>ña</sup>. Rosana contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, debo declarar y declaro no ajustada a derecho la resolución impugnada de fecha 18/09/2013, dejándola sin efecto, con todos los pronunciamientos inherentes a tal declaración, condenando a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL a estar y pasar por esta declaración"*

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

**PRIMERO.-** La demandante, D<sup>ña</sup>. Rosana , con NIE nº NUM000 , figura afiliada a la Seguridad Social con el número NUM001 , con una base reguladora de 70,26 euros diarios (folio 26 del Expte. Administrativo).

**SEGUNDO.-** Con fecha 13/06/2012 el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL emitió resolución por la que se reconocía a la actora el derecho a percibir una prestación por desempleo de nivel contributivo (folio 4 del Expte. Administrativo)

**TERCERO.-** Por resolución del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL de fecha 11/06/2013, se le comunica a la actora la propuesta de revocación de prestaciones por desempleo, en síntesis, porque las personas residentes en España con permiso de estudios y prórrogas de los mismo carecen de situación legal de desempleo y sus cotizaciones no incluyen la contingencia de desempleo, siendo la actora titular de un permiso de estudios, comunicándole así mismo que el importe de la percepción indebida de la mencionada prestación asciende a 12.647,39 euros, correspondiente al periodo del 20/05/2012 al 30/05/2013 (folios 4 y 5 del Expte. Administrativo)

**CUARTO.-** Con fecha 5/07/2013 la actora presenta alegaciones (folio 25 del Expte. Administrativo), dictando el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL con fecha 18/09/2013 resolución que resuelve revocar la resolución de fecha 13/06/2012 y declarar la percepción indebida de la misma en la cantidad de 12.647,39 euros, correspondiente al periodo del 20/05/2012 al 30/05/2013 (folios 17 y 18 del Expte. Administrativo)

**QUINTO.-** La actora interpone reclamación previa en fecha 16/10/2013 (folios 14 y 15 del Expte. Administrativo), que ha sido desestimada por resolución del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL de fecha 26/12/2013 (folios 7 y 8 del Expte. Administrativo), estableciendo que según informe de la Delegación de Gobierno de Madrid, la actora es titular de una autorización de estancia por estudios de Especialización como MIR, realizados en el Sº de Salud de Castilla La Manchas, y una vez finalizados el 19/05/2013 debe retornar a su país, y que las contrataciones de los extranjeros titulares de autorizaciones de trabajos para actividades de duración determinada y para estudiantes no se cotizará por la contingencia de desempleo.

**SEXTO.-** El Hospital Ntra. Sra. Del pardo ha cotizado por desempleo por la actora (nominas aportadas con demanda)

**SÉPTIMO.-** La actora está en posesión de Título de Licenciado en Medicina (al no ser hecho controvertido), y realiza el MIR en el Hospital Ntra. Sra. Del Prado (documentos demanda y folio 80 del Expte. Administrativo)

**TERCERO.-** - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día **12-11-14** .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación el SERVICIO PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO contra la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda de la actora, de nacionalidad peruana, declarando no ajustada a derecho la resolución del SPEE de fecha 18-9-03, dejándola sin efecto y condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración. En dicha resolución se acordó la revocación de otra anterior de fecha 13-6-12 por la que se había reconocido a la actora la prestación de desempleo, considerando ahora indebida dicha prestación y requiriendo a la demandante para la devolución de 12.647,39 € por el período 20-5-12 a 30-5-13. El recurso ha sido impugnado por la demandante.

Con base en la prueba documental consistente en el expediente administrativo, folios 9, 19, 56 y 80 se solicitan en el primer motivo varias precisiones fácticas que por ajustarse a dicha prueba con toda evidencia completando el relato fáctico se han de estimar. Así, en el hecho probado 2º procede añadir que la prestación inicialmente reconocida lo fue por una duración de 540 días desde el 20-5-12 al 19-11-13 con una base reguladora de 70,26 € día. Y el hecho probado 7º se ha de modificar en el sentido de que la actora no "realiza"

el MIR en el Hospital Nuestra Señora del Prado, sino que lo ha realizado en el período 19-5- 08 a 19-5-12. En consecuencia se estima el motivo.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, al amparo del art. 193.c) de la LRJS , se alega la infracción del art. 205 de la LGSS en relación con el art. 37 del reglamento de la ley orgánica 4/2000 , aprobado por RD 557/11 de 20 de abril, así como el art. 43 y la disposición adicional decimosexta del mismo reglamento. Sostiene la entidad recurrente que la actora no se encuentra entre las personas comprendidas en la protección por desempleo que determina el art. 205 de la LGSS ni entre las que debían cotizar por aquella contingencia, ya que la autorización de estancia por estudios que le fue expedida en su día únicamente le habilitaba para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación de especialistas en Ciencias de la Salud y además no procedía durante ella la cotización por desempleo que se efectuó.

El art. 33 de la LO 4/2000 , dentro del Capítulo II, De la autorización de estancia y de residencia, establece lo siguiente:

*"Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado*

*1. Podrá ser autorizado, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal realizar una de las siguientes actividades de carácter no laboral:*

*a) Cursar o ampliar estudios.*

*b) Realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores regulado en el art. 38.bis de esta Ley.*

*(...)*

*2. La vigencia de la autorización coincidirá con la duración del curso para el que esté matriculado, de los trabajos de investigación, del intercambio de alumnos, de las prácticas o del servicio de voluntariado.*

*3. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos, bien por el centro de enseñanza o científico al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios o los trabajos de investigación, bien por el programa de intercambio o voluntariado, o centro donde realice las prácticas.*

*(...)*

*8. Se someten al régimen de estancia previsto en este artículo los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesiones sanitarias, salvo que ya contaran con una autorización de residencia previamente al inicio de los mismos, en cuyo caso podrán continuar en dicha situación."*

Por su parte, el reglamento de la ley orgánica 4/2000, aprobado por RD 557/11 de 20 de abril en su capítulo CAPÍTULO II, AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA POR ESTUDIOS, MOVILIDAD DE ALUMNOS, PRÁCTICAS NO LABORALES O SERVICIOS DE VOLUNTARIADO, dispone lo siguiente en sus arts. 37 y 43 :

*"Artículo 37. Definición*

*1. Será titular de una autorización de estancia el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días con el fin único o principal de llevar a cabo alguna de las siguientes actividades de carácter no laboral: a) Realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios.*

*b) Realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores.*

*(...)*

*2. El visado de estudios incorporará la autorización de estancia y habilitará al extranjero a permanecer en España en situación de estancia para la realización de la actividad respecto a la que se haya concedido.*

*3. La duración de la estancia será igual a la de la actividad respecto a la que se concedió la autorización, con el límite máximo de un año, sin perjuicio de lo establecido en el art. 40 de este Reglamento."*

*"Artículo 43. Régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario*

*Los extranjeros que ostenten un título español de licenciado o graduado en medicina, farmacia, enfermería u otros títulos universitarios que habiliten para participar en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, podrán realizar, si obtienen plaza, las actividades laborales derivadas de lo previsto en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación*



laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo.

Lo previsto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la necesidad de comunicación de esta circunstancia a la Oficina de Extranjería competente.

Igual posibilidad se establece en relación con los extranjeros que ostenten un título extranjero debidamente reconocido u homologado a los previstos en el párrafo primero de este artículo, así como los requisitos mencionados.

La Oficina Consular de su lugar de residencia podrá expedir el visado de estudios tras la verificación de que han sido adjudicatarios de plaza en los estudios de especialización mencionados en el párrafo primero".

Por fin, la disposición adicional decimosexta del citado reglamento establece lo siguiente:

*"Disposición Adicional Decimosexta. Cotización por la contingencia de desempleo*

*En las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes no se cotizará por la contingencia de desempleo."*

**TERCERO.-** De los preceptos transcritos se desprende que los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesiones sanitarias, quedan sometidos al régimen de autorización de estancia a efectos de estudios - art. 33.8 LO 4/2000 - y en cuanto ostenten un título español de licenciado o graduado en medicina, farmacia, enfermería u otros títulos universitarios que habiliten para participar en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, podrán realizar, si obtienen plaza, las actividades laborales derivadas de lo previsto en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo. La duración de la estancia es la misma que la de la actividad, en este caso la duración de los estudios de MIR regulados en el RD 1146/06. En definitiva, legalmente la consideración de la situación de la actora, como la de los facultativos extranjeros en su misma situación, es la de autorización de estancia por estudios, si bien dada la singularidad de tales estudios que dan lugar a una relación laboral de carácter especial, el reglamento prevé expresamente que esa actividad laboral la pueden realizar sin necesidad de autorización de trabajo. Finalmente, en esa situación no se ha de cotizar por la contingencia de desempleo, como establece la disposición adicional decimosexta del reglamento.

Por ello, en consonancia con las tesis del recurso, se ha de concluir que con arreglo al art. 205.1 de la LGSS ( "*Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general de la Seguridad Social*") la demandante no queda incluida en la protección por desempleo, ya que solamente tenía una autorización de estancia y no de trabajo, habiendo finalizado ya la estancia autorizada al finalizar los cuatro cursos de MIR, y no debía cotizar por la contingencia de desempleo, sin perjuicio del eventual derecho a la devolución de cuotas que no se puede abordar en este proceso.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

#### **FALLAMOS:**

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado en representación del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de MADRID en fecha 16-5-14 en autos 166/14 seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Rosana contra el recurrente, y en consecuencia revocamos dicha sentencia y en su lugar desestimamos la demanda que dio origen a las actuaciones y absolvemos a la parte recurrente. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **594/14** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los



pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 **594/14**), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S .).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.