

Roj: STS 1441/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1441
Id Cendoj: 28079149912017100016
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 85/2016
Nº de Resolución: 255/2017
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de octubre de 2015, recaída en el recurso de suplicación núm. 531/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de los de Madrid, dictada el 27 de febrero de 2015, en los autos de juicio núm. 1346/14, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Marcial, contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), sobre prestación por desempleo. Ha sido parte recurrida D. Marcial representado por el letrado D. Borja Jesús García-Pego Varela.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda promovida por D. Marcial, frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL declaro el derecho del actor a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo, por un periodo de 480 días, desde el 20 de mayo de 2014, conforme a una base reguladora de 92,63 €/día, sin perjuicio de la eventual aplicación del límite máximo de su cuantía legalmente establecido, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante la prestación con los efectos y cuantía así declarados.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «**PRIMERO.-** Que el demandante, de nacionalidad peruana, residente comunitario en España, con permiso por cinco años, por familiar ciudadano de la Unión Europea, ha venido prestando sus servicios para el Servicio Madrileño de Salud, en su Hospital Clínico San Carlos de Madrid, como Residente de Farmacología Clínica, desde el 20 de mayo de 2010 hasta el 19 de mayo de 2014. **SEGUNDO.-** Que al finalizar el actor su periodo de Residencia en el referido Hospital, solicitó prestaciones por desempleo, siéndole denegadas por Resolución, de 7 de julio de 2014, con fundamento en que "no se encuentra entre las personas comprendidas en la protección por desempleo que determina el art. 205 del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, ni entre los que debían cotizar por dicha 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 especialista en Ciencias de la Salud y además, durante la misma, no procedía su cotización por la contingencia de desempleo". **TERCERO.-** Que el IMSALUD-Hospital Clínico San Carlos expidió correspondiente Certificado de Empresa declarando unas cotizaciones por desempleo de 16.765,68 €, en el periodo de los últimos 180 días. **CUARTO.-** Que interpuso reclamación previa, en fecha 7 de noviembre de 2014, siendo desestimada por Resolución, de 20 de enero de 2015.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Abogado del Estado el nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 2015, recurso 531/2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 531/2015 formalizado por el letrado

DON JOSÉ CAMUÑAS SÁNCHEZ, sustituto de la ABOGACÍA DEL ESTADO contra la sentencia número 69/2015 de fecha 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid , en sus autos 1345/14, seguidos a instancia de DON Marcial frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en reclamación por desempleo y confirmamos la resolución impugnada.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 17 de noviembre de 2014, recurso 594/14 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, D. Marcial , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 15 de marzo de 2017, en Sala de Pleno, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que el Excmo. Sr. Presidente de la Sala le encomendó la redacción de la ponencia a la Excmo. Sra. Magistrada D.ª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid dictó sentencia el 27 de febrero de 2015 , autos número 1346/2014, estimando la demanda formulada por D. Marcial frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, declarando: «el derecho del actor a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo, por un periodo de 480 días, desde el 20 de mayo de 2014, conforme a una base reguladora de 92,63 €/día, sin perjuicio de la eventual aplicación del límite máximo de su cuantía legalmente establecido, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante la prestación con los efectos y cuantía así declarados.»

Tal y como resulta de dicha sentencia, teniendo en cuenta la revisión de hechos probados realizada por la sentencia impugnada, en virtud del recurso de suplicación interpuesto por la demandada, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , el actor de nacionalidad peruana, residente comunitario en España, con permiso por cinco años, por familiar ciudadano de la Unión Europea desde 12 de enero de 2015, hasta el 11 de enero de 2020, ha venido prestando sus servicios para el Servicio Madrileño de Salud, en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid, como Residente de Farmacología Clínica, desde el 20 de mayo de 2010 hasta el 19 de mayo de 2014. Al finalizar el periodo de residencia en el referido Hospital, solicitó prestaciones por desempleo siéndole denegadas por Resolución de la Dirección Provincial de Madrid del SPEE, de 7 de julio de 2014, con fundamento en que "no se encuentra entre las personas comprendidas en la protección por desempleo que determina el art. 205 del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , ni entre los que debían cotizar por dicha 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 especialista en Ciencias de la Salud y además, durante la misma, no procedía su cotización por la contingencia de desempleo". El IMSALUD-Hospital Clínico San Carlos expidió el correspondiente Certificado de Empresa declarando unas cotizaciones por desempleo de 16.765,68 €, en el periodo de los últimos 180 días.

2.- Recurrida en suplicación por EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 28 de octubre de 2015, recurso número 531/2015 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia, reproduciendo la fundamentación contenida en la sentencia de la propia Sala de 20 de marzo de 2015, recurso 950/2014 , entendió que el actor está sometido a una relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, habiendo cotizado durante la duración de la misma por contingencia de desempleo, contingencia por la que procedía cotizar, al encontrarse dentro del campo de aplicación de la LGSS, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.1 de dicha norma, sin que sea de aplicación lo establecido en la DA décimosexta del Reglamento de la LO de Extranjería, RD 557/2011, de 20 de abril. Ello es así porque, en virtud de lo establecido en el artículo 43 del citado Reglamento, los extranjeros que realicen las actividades laborales citadas no precisarán la correspondiente autorización de trabajo y, al referirse la DA citada a "las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada", es claro que no es aplicable a los extranjeros vinculados por una relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias

de la Salud. Continúa razonando que dicho precepto es contrario al principio de jerarquía normativa, al no existir ni en la LOEX, ni en la LGSS, norma alguna que excluya la protección por desempleo a los trabajadores extranjeros que realicen legalmente actividades de duración determinada, no encontrándose tampoco dicha exclusión en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, regulador de la relación laboral especial de Residencia para la Formación de Especialistas en Ciencias de la Salud.

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Servicio Público de Empleo Estatal, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 17 de noviembre de 2014, recurso número 594/2014 .

La parte recurrida, D. Marcial , ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 17 de noviembre de 2014, recurso número 594/2014 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del SPEE, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 30 de Madrid, en fecha 16 de mayo de 2014 , en autos 166/2014, seguidos a instancia de Doña Lucía contra el recurrente, revocando dicha sentencia y absolviendo a la parte recurrente.

Consta en dicha sentencia que la actora, que está en posesión del título de Licenciada en Medicina, ha realizado el MIR en el Hospital Nuestra Señora del Prado de 19 de mayo de 2008 a 19 de mayo de 2012. La actora, de nacionalidad peruana, es titular de una autorización de estancia por estudios de especialización como MIR, realizados en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. El 13 de junio de 2012 el SPEE dictó resolución por la que se reconocía a la actora el derecho a percibir una prestación por desempleo de nivel contributivo. El 18 de septiembre de 2013 el SPEE dictó resolución revocando la emitida en fecha 13 de junio de 2012, declarando la percepción indebida de 12.647,39 €, correspondientes al periodo de 20 de mayo de 2012 a 30 de mayo de 2013. En la citada resolución consta 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 Mancha, y una vez finalizados el 19/05/2013 debe retornar a su país, y que en las contrataciones de los extranjeros titulares de autorizaciones de trabajos para actividades de duración determinada y para estudiante no se cotizará por la contingencia de desempleo. El Hospital Nuestra Señora del Prado ha cotizado por desempleo por la actora.

La sentencia entendió que 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. Continúa razonando que, con arreglo al artículo 205.1 de la LGSS 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.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS .

En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores de nacionalidad peruana, que han prestado servicios en España durante cuatro años, como residentes para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud -Residente de Farmacología Clínica en la sentencia recurrida-, en Servicios de Salud -en el Servicio Madrileño de Salud el de la sentencia recurrida, en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha la de la sentencia de contraste- prestando sus servicios en centros hospitalarios -en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid, en la sentencia recurrida, en el Hospital Nuestra Señora del Prado, en la sentencia de contraste-, habiendo cotizado su respectiva empleadora por la contingencia de desempleo durante el tiempo de prestación de servicios. Solicitada la prestación de desempleo en el supuesto de la sentencia recurrida se le deniega por Resolución, de 7 de julio de 2014, con fundamento en que "no se encuentra entre las personas comprendidas en la protección por desempleo que determina el art. 205 del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad

Social, ni entre los que debían cotizar por dicha 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 especialista en Ciencias de la Salud y además, durante la misma, no procedía su cotización por la contingencia de desempleo. En el supuesto de la sentencia de contraste se le concede por resolución de 13 de junio de 2012 pero, posteriormente, el 18 de septiembre de 2013, se dicta nueva resolución revocando la de 13 de junio de 2012 y declarando indebida la percepción de la cantidad de 12.647,39 €, por el periodo de 20 de mayo de 2012 al 30 de mayo de 2013 ya 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 Mancha, y una vez finalizados, el 19/05/2013 debe retornar a su país, y que en las contrataciones de los extranjeros titulares de autorizaciones de trabajos para actividades de duración determinada y para estudiante no se cotizará por la contingencia de desempleo.

No impide la existencia de contradicción el hecho de que en la sentencia recurrida el SPEE deniegue la prestación y en la de contraste la conceda y, con posterioridad, revoque la concesión y declare indebida la percepción de la prestación, durante el periodo de 20 de mayo de 2012 al 30 de mayo de 2013, ya que en ambos supuestos la resolución del SPEE tiene los mismos fundamentos, a saber, que la autorización para estudios que les fue expedida a los actores únicamente habilita para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación y además durante la misma no procedía su cotización por desempleo.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción de los artículos 205.1 de la LGSS, en relación con el artículo 33 de la LOEX y con los artículos 37 y 43 y la DA 16 del Reglamento de Extranjería.

Aduce, en esencia que el actor no está incluido en la protección por desempleo ya que no procedía cotizar por esta contingencia, a tenor de la DA 16 del Reglamento de Extranjería, teniendo autorización de estancia en España mientras cursara la especialización de MIR, finalizando dicha autorización al terminar los cuatro cursos de MIR.

2.- Los preceptos que hemos de tomar en consideración para resolver la cuestión planteada son los siguientes:

Ley General de la Seguridad Social:

Artículo 7.- "Extensión del campo de aplicación

1.- Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes.

a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores ...y con independencia...de la naturaleza común o especial de su relación laboral"

Artículo 15.-"Obligatoriedad

1.- La cotización es obligatoria en los Regímenes General y Especiales.

2.- La obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplirlas".

Artículo 38.- "Acción protectora del sistema de la Seguridad Social

1.- La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá:

c) Prestaciones económicas en las situaciones de... desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial..."

Artículo 205.- "Personas protegidas

1.- 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, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas".

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Artículo 14.- "Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales.

1.- Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles"

Artículo 36.- "Autorización de residencia y trabajo

1.- Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.

5.- La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo."

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, 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 España y su integración social

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."

Artículo 45.- "Definición y supuestos de residencia temporal.

1. Se halla en la situación de residencia temporal el extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, sin perjuicio de lo establecido en materia de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

2. Los extranjeros en situación de residencia temporal serán titulares de uno de los siguientes tipos de autorización:

- a) Autorización de residencia temporal no lucrativa.
- b) Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.
- c) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
- d) Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.
- e) Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE.
- f) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.
- g) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.
- h) Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

i) Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo."

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."

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.

Artículo 1.- "Objeto, ámbito de aplicación y fuentes

1. Este real decreto tiene por objeto regular la relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de conformidad con lo previsto en el artículo 20.3.f) y en la disposición adicional primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias ."

Artículo 2.- "Forma, contenido y eficacia del contrato.

1. El contrato de trabajo se celebrará por escrito entre el residente, en su condición de trabajador, y por la entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación, en su condición de empleador o empresario."

CUARTO.- 1.- Aplicando los preceptos anteriormente transcritos al asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede desestimar el recurso formulado.

A este respecto hay que señalar que el actor, hoy recurrido, ha venido prestando servicios para el Servicio Madrileño de Salud, en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid, como residente de Farmacología Clínica, por lo que, en virtud de lo establecido en el artículo 1 del RD 1146, 2006, de 6 de octubre, es titular de una relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. Como parte de dicha relación laboral está incluido en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, a tenor de lo establecido en el artículo 7.1 a) de la LGSS , existiendo la obligación de la empleadora de cotizar desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, tal y como resulta del artículo 15.1 y 2 de dicho texto legal . Dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social se encuentran las prestaciones económicas en las situaciones de desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial, en virtud de lo establecido en el artículo 38.1 c) de la LGSS .

2.- Concorre, sin embargo, una circunstancia especial que ha llevado al SPEE a denegar al actor el derecho a percibir prestaciones por desempleo, a pesar de que ha prestado servicios durante cuatro años, en virtud de una relación laboral de carácter especial, que dicha relación se ha extinguido al finalizar los cuatro años de Residencia y que la empleadora ha cotizado por el trabajador. La circunstancia especial reside en que el actor es de nacionalidad peruana, el permiso de estancia del que disfrutaba estaba concedido en virtud de lo establecido en el artículo 43 del RD 557/2011 y el régimen de los derechos de los extranjeros en España reviste determinadas peculiaridades.

En principio, a tenor del artículo 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , el actor, como extranjero residente, tiene derecho a acceder a las prestaciones y servicios de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. Sin embargo, el SPEE le deniega el derecho a la prestación de desempleo aduciendo, en esencia, que el actor no está incluido en la protección por desempleo que establece el artículo 205.1 de la LGSS , ni entre los que deben cotizar por dicha contingencia ya que la autorización para estudios que le fue expedida únicamente habilita para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación y además durante la misma no procedía su cotización por desempleo.

En definitiva, la denegación del derecho se fundamenta en dos motivos, a saber, que no está comprendido en el ámbito de las personas protegidas del artículo 205.1 de la LGSS , porque no procede la cotización por desempleo y que la autorización que le fue conferida únicamente es para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación.

De los preceptos que el recurrente cita como infringidos parece desprenderse que la no procedencia de la cotización del actor por desempleo deriva de lo dispuesto en la DA decimosexta del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , 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 España y su integración social. Dicho precepto dispone que en los supuestos de 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. El demandante no es titular

de una autorización de trabajo para actividades de duración determinada ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, respecto a los extranjeros que obtengan plaza para la realización de las actividades laborales derivadas de lo previsto en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, no es necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo. Por lo tanto, si no es titular de una autorización de trabajo no puede aplicársele lo previsto en la citada DA décimo sexta respecto a que no procede la cotización por desempleo. Tampoco puede ser encuadrado en el concepto de "estudiantes" a los que la citada DA también excluye de la cotización por desempleo ya que, tal y como ha quedado consignado, el demandante no es un estudiante, sino un titular de una relación laboral de carácter especial, regulada por el RD 1146/2006.

QUINTO.-1.- En cuanto a la alegación de que la autorización que le fue conferida únicamente es para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación hay que poner de relieve que, de forma expresa, el recurrente no ha manifestado que el actor careciera de autorización de estancia a partir de una determinada fecha, limitándose a una genérica referencia a 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 especialista", sin concretar si en el momento de finalización de la formación tenía autorización de estancia, si esta había sido renovada o había expirado. A este respecto hay que señalar que, tal y como consta en el expediente administrativo, aportado por el propio SPEE, al folio 37 figura textualmente: "Desde el 11/02/2009 esta persona renovaba anualmente su Residencia por Prorroga de Estudios. En fecha 07/11/2014 esta persona tenía en vigor una Residencia por Prorroga de Estudios válida hasta 05/06/2015, sin embargo en fecha 12/01/2015 le ha sido concedida la Residencia por Familiar de Comunitario válida hasta el día 11/01/2020".

Por otra parte, tal y como resulta del ordinal primero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, tras la revisión efectuada en la sentencia recaída en el recurso de suplicación, por mor del motivo de revisión de hechos formulado por la recurrente, al amparo de lo establecido en el artículo 193 b) de la LRJS, el demandante es residente comunitario en España con permiso por cinco años, por familiar ciudadano de la Unión Europea desde 12 de enero de 2015 hasta el 11 de enero de 2020. Por lo tanto D. Marcial ha venido disfrutando de permiso de estancia en España, de forma ininterrumpida, desde el 20 de mayo de 2010.

2.- La situación de ciudadanos extranjeros que se encuentran residiendo en España de forma regular, pues tienen permiso de estancia, respecto a la incidencia de esa situación en el derecho al percibo de prestaciones por desempleo, ha sido examinada por esta Sala Cuarta que mantiene al respecto una constante doctrina, de la que son muestra las sentencias de 21 de diciembre de 1994, rcud 1466/1994; 21 de septiembre de 1995, rcud 834/1995 y 25 de septiembre de 1995 rcud 3854/1994.

La primera de las sentencias citadas contiene el siguiente razonamiento:

«El trabajo en España de los extranjeros - con independencia del régimen especial aplicable a los ciudadanos de los países de la Unión Europea y de determinadas actividades excluidas- está sometido a un régimen de autorización administrativa (*artículo 15 de la Ley Orgánica 7/1.985*). Esta autorización, cuya concesión se somete a una serie de criterios legales que la Administración debe ponderar, presenta tres características que hay que tener en cuenta para la decisión que aquí interesa: 1) la concesión del permiso de trabajo se condiciona en el caso de trabajadores por cuenta ajena a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo (*artículo 17.1 de la Ley y artículo 49.5 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1119/1.986*), 2) se trata de autorizaciones de vigencia limitada, pero susceptibles de renovación y de nuevas concesiones (*artículos 15 y 19.1 de la Ley Orgánica 7/1.985 y preceptos concordantes del Reglamento*) y 3) terminada la vigencia de un permiso de trabajo, el trabajador extranjero puede permanecer en España con permiso de residencia (*artículo 19.2 de la Ley Orgánica 7/1.985*), buscar otro empleo y solicitar un nuevo permiso de trabajo. No puede afirmarse, por tanto, que el extranjero pueda trabajar libremente en España hasta que no se le deniegue el permiso de trabajo (tesis que parece acoger la sentencia de contraste), pero tampoco puede sostenerse que el extranjero que no ha obtenido permiso de trabajo esté afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar (tesis de la sentencia recurrida). La autorización administrativa es una técnica de intervención pública que pertenece al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. Esta se define por la doctrina científica como la que, de acuerdo con la ley, opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos, y presenta distintos grados. La técnica autorizatoria, que debe distinguirse frente a la prohibición absoluta, suele manifestarse de dos formas: como acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía (prohibición con reserva de autorización) o como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad de

preexistente. Aunque se admita que en el caso del permiso de trabajo estamos ante la primera modalidad de intervención, la misma no puede confundirse con una prohibición absoluta, que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, porque, como se ha visto, el trabajador extranjero puede continuar en el territorio español si cuenta con permiso de residencia; puede también buscar otro empleo y, por último, cuando lo encuentre puede, a su vez, solicitar el permiso de trabajo».

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, forzoso es concluir que el actor se encuentra en situación legal de desempleo ya que tiene permiso de residencia con validez hasta el 11 de enero de 2020 y la prestación de desempleo que reclama es por duración inferior a dicho periodo, por lo que durante el tiempo por el que tiene concedida autorización de residencia puede permanecer en España y buscar empleo, solicitando, en su caso, la pertinente autorización de trabajo, si fuera necesaria.

SEXTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, frente a la sentencia dictada el 28 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 531/2015 , interpuesto por el citado recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid el 27 de febrero de 2015 , en los autos número 1346/2014, seguidos a instancia de D. Marcial frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jordi Agustí Julia

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Miguel Angel Luelmo Millan, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Nº 85/2016, AL QUE SE ADHIEREN LA EXCMA. SRA. MAGISTRADA D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea Y EL EXCMO. SR. D. Jose Luis Gilolmo Lopez.

Tras suscribir, por imperativo legal, la sentencia que antecede y hallándome de acuerdo en la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, me veo en la necesidad de manifestar, con el respeto y consideración debidos a la tesis mayoritaria, mi discrepancia con la misma por las razones que siguen.

El procedimiento en el que se formula el presente recurso de casación unificadora versa sobre la prestación de desempleo solicitada por un trabajador del que se declara probado que se trata de un ciudadano peruano residente comunitario en España por familiar de un ciudadano de la UE, con permiso por cinco años desde el 12/01/2015 al 11/01/2020, que antes prestó servicios en el Servicio Madrileño de Salud en un hospital madrileño como residente de farmacología clínica desde el 20/05/2010 al 19/05/2014. Al finalizar tal período solicitó prestación por desempleo, que le fue denegada por resolución de 07/07/2014, por no encontrarse entre las personas a que alude el art 205 del TRLGSS ni entre las que deben cotizar por dicha contingencia. El IMSALUD expidió certificado de cotizaciones por desempleo por importe de 16.765,68 € en el período de los 180 últimos días. La sentencia de instancia acogió la demanda de dicho trabajador, por lo que el SPEE recurrió en suplicación, que la Sala desestimó confirmando la anterior con base en una precedente sentencia de la misma, que transcribe por todo fundamento y donde se mencionan el art 14.1 de la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (de Extranjería), los arts 38.1.c), 207 y 210.1 de la LGSS , el RD 1146/2006, regulador de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud, los arts 42 y 43 del

RD 557/2011, de 20 de abril (Reglamento de Extranjería) así como su Disposición Adicional Décimosexta y los arts 55.2.d) y 91 del RD 2393/2004 . Recurre en casación unificadora el mencionado ente gestor con un motivo, citando de referencia la sentencia del mismo TSJ, pero distinta sección, de 17 de noviembre de 2014 . Impugna el actor alegando en primer lugar falta de contradicción. El Mº Fiscal considera procedente el recurso.

El núcleo de la cuestión litigiosa se reduce a determinar, por un lado, si en aplicación tanto de la normativa general respecto a los extranjeros en España como de la específica referente a la residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, es posible que una persona como el actor, de nacionalidad peruana y tras su período de MIR en España, pueda, o no, disfrutar de la prestación de desempleo y, por otro, si concretamente esta persona, en atención a su específica situación residencial, podría ser acreedora a dicha prestación.

Al respecto debe partirse de lo prevenido en el art 13.1 de la Constitución Española que dice ,los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados **y la ley** ,.

Sobre esta base, la normativa ordinaria referente a la cuestión litigiosa cabe relacionarla y transcribirla, únicamente en lo que atañe al caso, del modo que sigue:

A) El art 33 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOE) establece que:

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 artículo 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.....

..... **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,**

A su vez, el art 36, en su nº 5 dispone: , **La carencia de la autorización de residencia y trabajo , sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo ,.**

B) Por su parte, el 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, dispone:

a) en su art 37, dentro del Capítulo II, referente a autorización de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado que ,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 artículo 40 de este Reglamento.,

b) En su art 42, relativo al trabajo de titulares de una autorización de estancia, señala que ,1. Los extranjeros que dispongan de la correspondiente autorización de estancia por estudios, investigación o formación , prácticas no laborales o servicios de voluntariado **podrán ser autorizados a realizar actividades laborales** en instituciones públicas o entidades privadas **cuando el empleador como sujeto legitimado presente la solicitud de autorización de trabajo y los requisitos previstos en el artículo 64, excepto el apartado 2.b) y el apartado 3.a).**

Asimismo, podrán ser autorizados a realizar actividades por cuenta propia, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 105, excepto el apartado 2.b) y 3.d).

Dichas actividades deberán ser compatibles con la realización de aquéllas para las que, con carácter principal, se concedió la autorización de estancia . Los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia, ni serán considerados en el marco del procedimiento de prórroga de estancia.

En su caso, no será preciso solicitar autorización para aquellas prácticas no laborales en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó la autorización de estancia y que se produzcan en el marco de los correspondientes convenios de colaboración entre dichas entidades y el centro docente o científico de que se trate.....,

c) El artículo siguiente (43), que se refiere al régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario, precisa, por otra parte, que , **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.,

Éste, como se ve, es el caso que nos ocupa, debiendo entenderse que a lo que la norma se refiere es a la ausencia justificada, o no necesidad, de autorización administrativa, porque la autorización se concede automáticamente *ex lege* en estos casos, es decir, que existe igualmente autorización o que ésta se concede de antemano por ministerio de la ley y sin necesidad, por tanto, de su solicitud, por el mero hecho de hallarse en la situación contemplada en el precepto, pero, en cualquier caso, la autorización se requiere y existe.

d) Por su parte, el art 45, relativo a la definición y supuestos de residencia temporal, expresa:

,1. Se halla en la **situación de residencia temporal el extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años** , sin perjuicio de lo establecido en materia de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

2. Los extranjeros en situación de residencia temporal serán titulares de uno de los siguientes tipos de autorización:

a) Autorización de residencia temporal no lucrativa.

b) Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.

c) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

d) Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.

e) Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE.

f) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

g) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.

h) Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

i) **Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo** .,

Y es evidentemente este último apartado i) -y no el f), como aparentemente pudiera deducirse de una primera lectura- el que corresponde aplicar al presente caso, porque se trata de un supuesto en el que la autorización de trabajo no se precisa o está exceptuada por la última línea transcrita del precedente artículo 43 de esa norma reglamentaria.

Así pues, se está en el caso de una autorización de residencia temporal (la que se precise para la actividad contratada) y con autorización de trabajo *ex lege* , que no administrativa, finalizando ambas autorizaciones, entre otras posibles causas, con el término del tiempo de formación MIR, lo que conecta con el precitado art 33.8 de la LOE y con el RD 1146/2006, de 6 de octubre, al que acto seguido se hace referencia, porque en ambas normas se regula la formación sanitaria, de manera que aunque no se esté *stricto sensu* en el caso de estudiantes, nos encontramos con situaciones especiales de formación profesional, que es, por naturaleza, de duración temporal o determinada.

e) Ello sentado, la Disposición adicional 16ª de esa misma norma reglamentaria, en fin, consigna que ,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** ...

Este precepto es asimismo aplicable al trabajador demandante, no en la condición de estudiante sino en la de extranjero titular de la autorización de trabajo para actividad de duración determinada, de manera que por ello, en ese trabajo queda excluido de la cotización como contingencia motivadora de la prestación litigiosa, porque, como se ve, esa actividad implica la concesión automática, y sin necesidad de solicitud ni de resolución administrativa, de autorización de trabajo, tiene la duración de un año prorrogable y se reduce finalmente al tiempo que el propio período MIR exige.

C) Por su parte, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, reguladora de las profesiones sanitarias, dispone en su art 20 relativo al sistema de formación de especialistas:

,1. La formación de Especialistas en Ciencias de la Salud implicará tanto una **formación teórica y práctica** como una participación personal y progresiva del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades propias de la especialidad de que se trate.

2. La formación tendrá lugar por el sistema de residencia en centros acreditados.....

3. La formación mediante residencia se atenderá a los siguientes criterios:

a) Los residentes realizarán el programa formativo de la especialidad con dedicación a tiempo completo . La formación mediante residencia será incompatible con cualquier otra actividad profesional. También será incompatible con cualquier actividad formativa, siempre que ésta se desarrolle dentro de la jornada laboral de la relación laboral especial del residente.....

....f) **Durante la residencia se establecerá una relación laboral especial entre el servicio de salud o el centro y el especialista en formación.** El Gobierno, atendiendo a las características específicas de la actividad formativa y de la actividad asistencial que se desarrolla en los centros sanitarios, y de acuerdo con los criterios que figuran en este capítulo y en la disposición adicional primera de esta ley, regulará la relación laboral especial de residencia . ,

D) En cuanto al RD 1146/2006, de 6 de octubre, promulgado en desarrollo de la anterior ley y por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, significa en su art 1 que ,1.Este real decreto tiene por objeto regular la relación laboral de carácter especial de residencia para la **formación de especialistas en Ciencias de la Salud**, de conformidad con lo previsto en el artículo 20.3.f) y en la disposición adicional primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias .

2. Será de aplicación a los titulados universitarios que, previa participación en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas, hayan accedido a una plaza en un centro o unidad docente acreditada, para el desarrollo de un programa de formación especializada en Ciencias de la Salud, mediante el sistema de residencia , previsto en el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 noviembre , a efectos de la obtención del título de especialista, y por cuyos servicios como trabajadores percibirán las retribuciones legalmente establecidas.

.....**4. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial de residencia se regularán por este real decreto y, con carácter supletorio, por el texto refundido de la Ley del Estatuto de**

los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso se puedan establecer en ellos condiciones menos favorables al trabajador o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos.

En su art 3.1 vigente a la fecha de extinción del contrato del actor (19 de mayo de 2014) se establece: , **La duración del contrato será de un año , renovable** por períodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación de la especialidad correspondiente,.

Aun cuando no resulte del todo fácil la interconexión práctica o relación compatible de las diferentes normas en presencia, ha de tenerse en primer lugar en cuenta que el RD 1146/2006 se refiere, como se ha dicho, a la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin distinguir -porque no es su cometido- entre residentes nacionales o extranjeros, lo que no impide, sin embargo, que finalmente haya diferencias entre unos y otros impuestas por la propia normativa de aplicación, de manera que, en principio y en cuanto es posible, la regulación y sus consecuencias es la misma, si bien en cuanto a los primeros se aplica exclusivamente dicha norma pero respecto a éstos últimos ha de tenerse en cuenta también la específica normativa de extranjería, lo que no supone, de antemano, discriminación alguna a tenor de lo que, como se ha dicho, preceptúa el art 13 de la Constitución Española que se refiere en la regulación de los derechos de los extranjeros a los términos que establezcan los tratados ,y la ley,.

Y la conclusión que de ello se extrae es la de la sentencia de contraste, porque al estar sometida la residencia del actor en España a la autorización pertinente que finaliza con la actividad formativa correspondiente, no se halla en la situación de percibir la prestación por desempleo, reservada, según el art 203.1 de la LGSS (actual 262.1 del TRLGSS) a quienes , *pudiendo y queriendo trabajar*, (en España, se entiende), lo que evidentemente implica la subsiguiente permanencia ,jurídica, o de derecho en el territorio nacional tras la extinción de ese período laboral y el cumplimiento de los requisitos que acrediten la disponibilidad laboral.

Téngase en cuenta que de la relación del último párrafo del transcrito art 43 del RD 557/2011 con la precitada Disposición Adicional Décimosexta de dicha norma lo que resulta es que no precisando los extranjeros del caso del actor una autorización para trabajar, son parangonables o está/n en la misma situación que aquéllos a los que se les ha concedido tal autorización (y así resulta *ex lege* para el demandante y otros de igual condición) y si los autorizados lo están para una actividad de duración determinada, como es el caso de los que realizan el MIR o Residencia, , **no se cotizará por la contingencia de desempleo** ,.

Todo ello se comprende si se tiene en cuenta que tras ese período de trabajo, que tiene prevista una duración concreta, el extranjero habrá de regresar a su país, y de este modo se concede tanto el permiso o autorización de residencia como el de trabajo (o, igualmente, el primero sin haber necesidad del segundo) porque se trata de una concreta actividad y período (en este caso, anual prorrogable). Por tanto, el demandante ni se encuentra en la situación de poder y querer trabajar una vez finalizado su período de residencia profesional, tal y como exige el art 203 de la LGSS -que es un precepto de íntima y necesaria relación con el 205 de la misma norma del que constituye antecedente obligado- ni, en consecuencia, las cotizaciones que efectuaba al efecto eran válidas a tal fin.

Consecuentemente, y aun cuando la regulación normativa de la ,residencia, -en sentido de residente clínico- para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud entre las que se cuenta la farmacología clínica del actor, contemple tal actividad como una relación laboral de carácter especial, ello no impide que para los extranjeros y en función de lo antedicho, no se incluya en la misma la cobertura del desempleo, respecto de la cual se excluye específicamente su cotización por la razón meritada, sin menoscabo injustificado de derecho alguno por la coyuntura y condiciones de esa relación laboral especial en estos casos, de manera que no puede siquiera entenderse que la Disposición adicional décimosexta reglamentaria resulte *ultra vires* (por el contrario, estaría en línea con el art 36.5 de la LOE , ya transcrito, en lo que se ha subrayado de dicho párrafo: ,en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo,), por lo que, se haya efectuado, o no, la cotización, ha de considerarse que, de haberse realizado, es ineficaz a estos efectos y como resultado, que no se alcanza el requisito del art 205.1 de la LGSS (actual 264.1), además de no cubrirse la exigencia previa (art 203.1, actual 262.1 del TRLGSS) de cumplirse en tal situación con la subjetiva necesidad de hallarse el demandante en condiciones de poder trabajar en el momento de finalizar la actividad y el período de su formación de especialista en Ciencias de la Salud, ni, en fin, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada

a través de la suscripción del compromiso de la actividad a que se refiere el art 207 d) de la LGSS (actual 266 en relación con el 300).

De ahí la corrección de lo resuelto en vía administrativa al justificarse previamente, como ya se ha dicho, en que el actor no se encuentra ,entre las personas comprendidas en la protección de desempleo que determina el art 205 de la LGSS ni entre las que debían cotizar por dicha 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 especialista....., y, por lo tanto, si no abarcaba más tiempo, carecía ya de posibilidad de dar cumplimiento al también citado art 203.1 (hoy 262.1) de la misma norma .

Cuestión aparte es, como inicialmente se apuntaba, la de si en este concreto caso y en función de la específica situación en España del actor antes y después de su período MIR, podría cubrir los requisitos legales de autorización de residencia y de trabajo para acceder a la prestación en litigio, a lo que ha de darse igualmente una respuesta negativa, en primer lugar y sobre todo, porque dicha prestación la solicita en función del período (indebidamente) cotizado en su etapa formativa de MIR y si se llega a la conclusión de que no tenía que cotizar porque no podía hacerlo, conforme a la tan repetida Disposición Adicional Décimosexta que está en directa relación con el art 36.5 de la Ley de Extranjería , evidentemente conceder la prestación conculca el art 205 de la LGSS (actual 264), con lo que la cuestión está zanjada de antemano.

Pero es que tampoco se está en situación cuando, al parecer, se ha concedido, casi seis meses después de la situación de desempleo, un nuevo permiso de residencia al trabajador por familiar ciudadano de la UE, que comenzaba el 12 de enero de 2015, que es el único dato que se considera probado al respecto -y, por tanto, la única fecha a tomar en consideración, en su caso, sin que ni siquiera se haya precisado si el permiso referido sea de trabajo o de mera residencia-, de manera que cuando el actor solicitó la prestación, no se hallaba cubierto (todavía) por esa nueva autorización.

Y ello sin entrar en el debate (no suscitado, por otra parte) de si la modificación fáctica efectuada a instancias del propio SPEE y admitida en suplicación supone algo a los efectos del litigio, cuando en los términos en que ha quedado redactado finalmente el hecho primero de los declarados probados de la sentencia de instancia tan solo implica alterarlo en el único sentido de consignar, como ya se ha dicho, que el actor ha obtenido ese permiso de familiar de ciudadano de la UE casi seis meses después de su desempleo, por lo que en ese momento de sobrevenir el fin de su actividad no lo tenía y no ostentaba título alguno para poder trabajar.

En todo caso, no se puede efectuar una lectura diferente del folio 37 de los autos de la establecida en la sentencia recurrida cuando ha procedido a la revisión fáctica correspondiente -a solicitud, no se olvide, de la entidad gestora, que era la recurrente en suplicación- por lo que, dados esos limitados términos, no cabe en el presente recurso realizar una nueva alusión y comentario a dicho documento, aunque sea para tratar de acomodarse a su texto completo en lo que de beneficioso pudiera resultar para la tesis sostenida.

Pero incluso teniendo en cuenta a los meros efectos dialécticos el documento en que se apoya (referido folio 37) en su texto literal, y que de su dicción (diferente de la incorporada a la declaración de hechos probados, por lo que no cabe, de antemano y en definitiva, que sirva de base a ningún razonamiento ni decisión) se sigue que el actor tendría un permiso de residencia por ,estudios, -sin más precisiones- desde el 11/02/2009, es decir, antes de iniciar su período MIR, y que se hallaba vigente hasta el 05/06/2015 por sucesivas prórrogas anuales, con lo que estaría vigente en el momento del desempleo pero sin resultar idóneo para la cobertura prestacional de éste en tanto en cuanto la tan reiterada Disposición Adicional Décimosexta del RD 557/2011 , la excluye expresamente de la cotización .

En resumen, pues, que la residencia del actor finalizaba con la causa por la que se había otorgado la susodicha autorización MIR, a partir de cuyo momento se sobreentiende que procede el retorno del trabajador a su país de origen puesto que la causa de su entrada y residencia en España es la formativa, con una duración determinada y único período en que se ha cotizado (aunque indebidamente), de ahí que no se exija en esa situación una autorización de trabajo e igualmente que no se prevea y esté expresamente excluida la cotización por contingencia de desempleo, con lo que falta ese requisito previo para acceder a la prestación, por más que se haya cotizado improcedentemente durante ese período, sin que, por otra parte, una autorización de residencia por estudios pueda tener eficacia alguna al efecto puesto que en las autorizaciones de trabajo para estudiantes no se cotizará por la contingencia de desempleo y, en cuanto a la autorización de residencia como familiar de ciudadano de la Unión Europea, no se extendió sino seis meses después de dicha contingencia.

Es, por tanto y en definitiva, el juego combinado de los arts 36.5 de la LOE , 43 y 45 del RD 557/2011 y su Disposición Adicional Décimosexta , art 20.3.a) de la Ley 44/2003 y art 3.1 del RD 1146/2006 el que



lleva a la conclusión antedicha en relación con los arts 203 , 205 y 207 de la LGSS (arts 262, 264 y 266 en su vigente redacción).

De todo cuanto antecede se infiere que, como propone el Mº Fiscal, el recurso debió acogerse.

Madrid, 24 de marzo de 2017

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan al que se adhieren la Excm. Sra. Magistrada Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ