

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1064/2018 de 13  
Dic. 2018, Rec. 3834/2017**

**Ponente: García Paredes, María Luz.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3834/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 1064/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Fernando Salinas Molina

D.<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea

D.<sup>a</sup>. Rosa María Viroles Piñol

D. Sebastian Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

En Madrid, a 13 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. García-Pego Varela, en nombre y representación de D. Claudio, contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 376/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid, de fecha 12 de enero de 2017, recaída en autos núm. 1072/2016, seguidos a instancia de D. Claudio contra el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre prestaciones de desempleo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de enero de 2017, el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Que el demandante, de nacionalidad peruana, con permiso de residencia válido hasta el 3 de agosto de 2017, ha venido prestando sus servicios por cuenta del Servicio Madrileño de Salud, en el Hospital Central de la Cruz Roja, sito en Madrid, en Avda. Reina Victoria nº 24, mediante la suscripción el 11 de mayo de 2012 de un contrato de trabajo para la formación como especialista de Oftalmología (MIR) suscrito el 11 de mayo de 2012, cuya duración se mantuvo hasta el 10 de mayo de 2016, fecha de su extinción por fin de contrato temporal.- SEGUNDO.- Que al finalizar el actor su periodo de Residencia en el referido Hospital, el solicitó prestaciones por desempleo, siéndole denegadas por Resolución, de 25 de mayo de 2016, con fundamento en que "no se encuentra entre las personas protegidas por el art. 264 del TRLGSS, ni entre los que

deben cotizar por la protección por desempleo", exponiendo también, 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.- TERCERO.- Que el IMSALUD-Hospital Central Cruz Roja Española expidió el correspondiente Certificado de Empresa declarando unas cotizaciones por desempleo por cuenta del actor, de 20.364,70 €, en el periodo de los últimos 180 días.- CUARTO.- Que además del periodo cotizado en el referido hospital, 1.461 días, desde el 11/05/2012 hasta el 10/05/2016, el actor acredita cotizaciones en el Régimen General de la Seguridad Social, 77 días, desde el 24/06/2010 hasta el 08/09/2010, por cuenta del IMSALUD, Area 10 de Atención Especializada; 146 días, en el periodo de 13/05/2011 al 05/10/2011, por cuenta del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.- QUINTO.- Que interpuso reclamación previa, en fecha 28 de junio de 2016 de noviembre de 2014, siendo desestimada por Resolución, de 20 de enero de 2015".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que estimando la demanda promovida por D. Claudio, frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL declaro el derecho del actor a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo, por un periodo de 540 días, desde el 11 de mayo de 2016, conforme a una base reguladora de 113,13 €/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.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de instancia que se revoca. Como consecuencia, desestimamos la demanda, absolviendo al demandado aquí recurrente de las pretensiones en su contra ejercitadas. Sin costas".

**TERCERO.-** Por la representación de D. Claudio, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 24 de marzo de 2017 (Rec. nº 85/2016).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 6 de abril de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y no habiéndose personado la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal, en su informe, consideró que procedía la estimación del presente recurso.

**SEXTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Planteamiento del recurso.**

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si quienes, tras prestar servicios al amparo del RD 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, tienen derecho a percibir la prestación por desempleo al extinguirse el contrato por llegada del término. .

A tal fin, la parte recurrente ha formulado el recurso señalando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social, el día 24 de marzo de 2017, rcud 85/2016, y denunciando como precepto normativo infringido los arts. 7, 15, 38.1 c) y 205 y ss de la LGSS, arts. 14 y 36

de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, arts. 36, 43, 45 y Disposición Adicional 16ª del RD 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 y arts. 1 y 2 del 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 y la doctrina que se recoge en la sentencia de contraste.

## 2.- Impugnación del recurso.

La parte recurrida no se ha personado ante esta Sala por lo que, en consecuencia, no existe escrito de impugnación del recurso.

## 3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso es procedente porque a la fecha en que se reclama por el demandante la prestación por desempleo tenía permiso de residencia y, por ende, derecho a la protección por desempleo, siguiendo el criterio y doctrina que contiene la sentencia de contraste.

## **SEGUNDO.- Sentencia recurrida.**

### 1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por el trabajador que impugna la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal, en la que se le denegada la prestación por desempleo por no haber cotizado por desempleo ni estar como beneficiario de desempleo protegido.

Según los hechos probados, el demandante, de nacionalidad peruana, con permiso de residencia válido hasta el 3 de agosto de 2017, estuvo prestando servicios para el Servicio Madrileño de Salud, en el Hospital de la Cruz Roja, de Madrid, mediante contrato suscrito al amparo del RD 1146/2006, como especialista en Oftalmología, desde el 11 de mayo de 2012 hasta el 10 de mayo de 2016, en que se extinguió el contrato temporal. Seguidamente solicitó la prestación por desempleo que le fue denegada al no estar entre las personas protegidas ni haber realizado cotización, siendo su permanencia en España autorizada como estancia de estudios y para el tiempo de formación especializada.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de los de Madrid, en autos 1072/2016, dictó sentencia el 12 de enero de 2017 en la que estimaba la demanda, declarando el derecho del demandante a percibir la prestación por desempleo.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por la parte demandada.

### 2.- Debate en la suplicación.

La entidad gestora interpone recurso de suplicación en el que interesa la revocación de la sentencia de instancia y la confirmación de la resolución administrativa impugnada.

.La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en el recurso 376/2017, dicta sentencia el 23 de junio de 2017, en la que estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, desestimando la demanda.

La Sala de suplicación, reiterando un criterio previo de la misma Sección, entiende que no todo extranjero tiene derecho a la protección por desempleo, al igual que no todos los nacionales lo tienen. Ni tampoco por el hecho de estar en el Régimen General se debe entender que la protección por desempleo es operativa. Tras esas premisas, considera que los MIR no nacionales ni comunitarios solo pueden permanecer en territorio español, como estancia el tiempo que dura la actividad de formación. Si ello es así, y la prestación por desempleo se otorga a quienes pueden trabajar en España, la conclusión a la que llega es que los MIR, no comunitarios ni nacionales no reúnen ese requisito y es por ello por lo que su actividad no genera la obligación de cotizar al desempleo. Termina con cita de otra sentencia de la Sala para, en definitiva, concluir por la denegación de la protección por desempleo al demandante.

## **TERCERO.- Examen de la contradicción**

### 1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales"

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

### 2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste es la dictada por esta Sala de lo Social, el 24 de marzo de 2017, rcud 85/2016, Dicha resolución desestima el recurso del SPEE y confirma la sentencia recurrida del TSJ de Madrid, confirmatoria de la de instancia, que estimó la demanda del actor y declaró su derecho 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.

En tal supuesto el actor, de nacionalidad peruana, residente comunitario en España, con permiso por cinco años, por familiar ciudadano de la UE desde el 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 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 LGSS, 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. Constan las cotizaciones por desempleo efectuadas por su trabajo en el Hospital.

La sentencia, tras referir las normas aplicables al caso, y razonar sobre los motivos aducidos por el SPEE para denegar la prestación: que el actor no está comprendido en el ámbito de las personas protegidas del artículo 205.1 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. Concluye, en esencia, que la relación de los residentes especialistas médicos es una relación especial incluida en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, dentro del cual se contempla el derecho a la prestación por desempleo. El actor tenía permiso de estancia en España concedido al amparo del artículo 43 RD 557/11, sin que fuera exigible la autorización de trabajo al tratarse de una relación laboral especial excluida de tal requisito. Y ello supone que tampoco puede aplicársele la exclusión de la obligación de cotizar contenida en la DA 16 RD 557/2011. A ello se suma que el actor tiene permiso de residencia, por lo que, conforme a reiterado criterio jurisprudencial, debe considerársele en situación legal de desempleo, ya que puede permanecer en España a la búsqueda de otro empleo y solicitar en este caso el oportuno permiso de trabajo.

### 3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS.

En efecto, los supuestos de hechos son similares por cuanto que en ambos casos 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. En los respectivos Servicios de Salud y centros hospitalarios. Los dos demandantes tenían permiso de residencia que continuaba en vigor tras la extinción de la prestación de servicios. Los dos residentes, tras finalizar el periodo de residencia, solicitan del SPEE la prestación de desempleo que les es denegada por los mismos fundamentos. Ante estos hechos, los pronunciamientos de las sentencias comparadas son contradictorios por cuanto que en la sentencia recurrida le deniega la protección por desempleo, siendo que en la de contraste se la reconoce.

**CUARTO.-** Motivo del recurso relativo al acceso a la prestación por desempleo de los que prestan servicios al amparo del RD 1146/2006, y mantiene el permiso de residencia tras finalizar el contrato.

#### 1.- Infracción normativa denunciada.

Como se ha indicado anteriormente, el motivo que formula el recurrente invoca como preceptos infringidos por la sentencia recurrida los siguientes: los arts. 7, 15, 38.1 c) y 205 y ss de la LGSS, arts. 14 y 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, arts. 36, 43, 45 y Disposición Adicional 16ª del RD 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 y arts. 1 y 2 del 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 y la doctrina que se recoge en la sentencia de contraste.

Según la parte recurrente, debe ser casada la sentencia recurrida ya que se aparta de la doctrina de la Sala, recogida en la sentencia de contraste, según la cual el trabajador extranjero MIR tiene derecho a la prestación si al extinguirse la relación laboral especial permanece legalmente en España.

#### 2.- Doctrina de la Sala en la materia.

La cuestión suscitada en el recurso ha sido resuelta por esta Sala, en la sentencia que se invoca como contradictoria y la posterior, de 12 de junio de 2018, rcud 3458/2016. En ellas se invocó como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 17 de noviembre de 2014, que la aquí recurrida invoca y transcribe en apoyo de su pronunciamiento, siendo que esta Sala, en las sentencias que referimos, ya ha rechazado que la doctrina de aquella sea la correcta.

Pues bien, resumiendo lo que en aquellos pronunciamientos se dijo, debemos reiterar lo siguiente:

Sobre la obligación de cotizar se ha dicho que:

" A. "En virtud de lo establecido en el artículo 1 del RD 1146, 2006, de 6 de octubre, (el actor) 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 ".

[...]

C. En lo que respecta a la alegación de que la cotización es indebida "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 (...) 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".

Y, respecto de la autorización administrativa para permanecer en España se ha razonado lo siguiente:

D. " 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, [...]

A este respecto y en lo que se refiere a la situación del demandante en estas actuaciones, es preciso señalar que según reconoció el SPEE en el recurso de suplicación, el mismo contaba con permiso de estancia con validez cuando menos hasta el 19 de enero de 2012, lo que le permitió permanecer en España una vez que en mayo de 2011 terminó el período de formación especializada, y ser contratado como médico el 6 de julio de 2011 por el Servicio de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, lo que presupone que en esa fecha contaba con la pertinente autorización para trabajar.

E. 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".

**QUINTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -conforme a lo informado por el Ministerio Fiscal - que la doctrina ajustada a derecho es la mantenida por la sentencia de contraste por lo que, la aquí recurrida debe ser casada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, se debe confirmar la sentencia dictada en la instancia. Sin imposición de costas ( art. 235.1 LRJS ).

## **FALLO**

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

:

1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Claudio representado y asistido por el Letrado Sr. García-Pego Varela.

2) Casar la sentencia dictada el 23 de junio de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 376/2017 y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el tal clase interpuesto interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid , en autos nº 1072/2016, seguidos a instancia de D. Claudio contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), sobre prestaciones por desempleo, la cual se confirma.

3) Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.