

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 611/2018 de 12  
Jun. 2018, Rec. 3458/2016**

**Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3458/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 611/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 12 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), representado y asistido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 11 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 778/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, en autos nº 456/2013, seguidos a instancia de D. Isidoro contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y contra la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre prestaciones por desempleo, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Isidoro, representado y asistido por la Letrada D<sup>a</sup> Susana Pedrosa Gómez y la Comunidad Autónoma de Madrid, representada y asistida por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, estimo la excepción de falta de legitimación pasiva y absuelvo a la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, estimo la demanda formulada por D. Isidoro contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO, reconozco el derecho del actor a percibir una prestación de desempleo de 540 de duración, fecha de inicio de 25.05.2011 y de extinción 24.11.2012 y base reguladora de 104,80 euros diarios, dejó sin efecto las resoluciones de fecha 28.02.2012, 07.02.2013 y 22.10.2012 que acuerdan la revocación de la prestación, el reintegro de las cantidades percibidas, y deniegan el derecho a la reanudación del cobro de la prestación, declaro debidamente percibida la prestación abonada al actor y condeno al organismo

demandado a estar y pasar por esta declaración y a abonar al actor la prestación que reste por percibir».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO. Circunstancias administrativas: I. Al actor le fue reconocida una prestación de desempleo, modalidad contributiva, como consecuencia de la finalización de su prestación de servicios como MIR en el Hospital Central de la Cruz Roja, por resolución de fecha 14.06.2011, con las siguientes características: 1.650 días cotizados, días de derecho reconocidos 540, fecha de inicio de 25.05.2011 y de extinción 24.11.2012 y base reguladora de 104,80 euros diarios.- II. El 06.07.2011, el actor suscribió un contrato de trabajo de interinidad para cobertura de vacante, con el Servicio de Bienestar Social cuya duración fue de 07.07.2011 al 20.01.2012.- III. Al extinguirse el anterior contrato, el actor solicitó la reanudación de la prestación de desempleo anteriormente reconocida que le fue denegada por resolución de fecha 28.02.2012 por tratarse de un trabajador extranjero que no tiene residencia legal en España. Formulada reclamación previa el 15.05.2012, mediante resolución de fecha 07.02.2013, el SEPE acuerda dejar sin efecto la resolución de fecha 28.02.2012 y dictar otra por la que se desestima la reclamación previa por considerar que no reúne el periodo mínimo cotizado ya que no se le pueden computar por periodos trabajados según la disposición adicional decimotercera del reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 .- IV. Mediante resolución de fecha 22.10.2012, el SEPE acuerda revocar la resolución de fecha 14.06.2011, dejar sin efecto el derecho a las prestaciones de desempleo que en la misma se le reconocían y declarar el cobro indebido de 1.387,68 euros relativos al periodo comprendido entre el 25.05.2011 al 06.07.2011. Interpuesta reclamación previa el 17.12.2012, 17.12.2012 y 18.12.2012, se desestima por resolución de fecha 12.02.2012.- SEGUNDO.- Ocupación cotizada: El actor, nacido en Perú, prestó servicios como MIR en el Hospital Central de la Cruz Roja en el periodo comprendido entre el 24.05.2007 al 23.05.2011».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 11 de julio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 21 de los de Madrid, de fecha 13 de marzo de 2015 en virtud de demanda formulada por D. Isidoro contra el organismo recurrente y la Comunidad Autónoma de Madrid, en reclamación por desempleo, y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Abogado del Estado, en representación del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó 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, de fecha 17 de noviembre de 2014 (rec. 594/2014 ).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la representación legal de la parte recurrida, D. Isidoro , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso improcedente. Se señaló para la votación y fallo el día 12 de junio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La STSJ Madrid 11/Julio/2016 rechazó el recurso de suplicación [rec. 778/15 ] interpuesto por el SPEE contra la sentencia que en 13/03/15 [autos 456/13] había dictado el J/S nº 21 de Madrid, estimatoria de la pretensión del actor, de nacionalidad peruana, de que se declarase su derecho a percibir la prestación por desempleo que una vez finalizada su residencia como MIR en el Hospital de la Cruz Roja de Madrid, le fue concedida con efectos de 25 de mayo de 2011 y una duración de 540 días, reconocimiento que la entidad gestora dejó posteriormente

sin efecto por considerar que no estaba protegido por la contingencia de desempleo al encontrarse en España en situación de autorización de estancia por estudios. Esta misma circunstancia determinó que el SPEE le denegase el derecho a reanudar la prestación por desempleo inicialmente otorgada a la conclusión de un contrato de interinidad por vacante con vigencia del 7 de julio de 2011 al 20 de enero de 2012, ante la imposibilidad de computar como cotizado el tiempo correspondiente al período de formación como MIR.

**2.-** Se interpone por el SPEE recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 205.1 LGSS , en relación con el art. 33 de la LO 4/2000, de 11 de enero , y con los arts. 37 y 43 y la disposición adicional 16ª del RD 557/2011, de 20 de abril , y señalando como referencial la STSJ Madrid 17/noviembre/2014 [rec. 594/14 ], que contempla supuesto análogo de MIR de nacionalidad peruana que después de finalizar el período de formación en un Hospital solicita prestación por desempleo, que el SPEE le concede mediante resolución que más adelante revisa por ser titular de una autorización de estancia en España por estudios. Formulada demanda por la interesada fue estimada en la instancia, pronunciamiento que es revocado en suplicación.

**3.-** Tal como indica el Ministerio Fiscal en su informe, y esta Sala ha admitido en un asunto similar - STS 24/marzo/2017 - rcud 85/2016 -- en el que el SPEE propuso la misma decisión de contraste, entre las sentencias comparadas concurre la contradicción que exige el art. 219.1 LJS como presupuesto de admisibilidad del RCUd, en tanto que enjuiciando supuestos en los que media identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones, llegan a pronunciamientos de signo opuesto, siendo absolutamente irrelevante - pese a lo que se sostiene en el escrito de impugnación del recurso - que el demandante en las presentes actuaciones, después del reconocimiento inicial de la prestación por desempleo, prestase servicios por cuenta del Servicio de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid en virtud de un contrato de interinidad por vacante.

**SEGUNDO.- 1.** El tema objeto de debate en el recurso formulado por el SPEE ya ha sido resuelto por el Pleno de este Tribunal en la indicada sentencia de 24/marzo/2017 [rcud 85/16 ], en la que establecimos que la solución correcta es la contenida en la sentencia impugnada. Criterio que ha de seguirse también en ésta, por seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, y por no encontrar razones para modificarlo. Su fundamentación puede resumirse en los siguientes términos.

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 ".

B. "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".

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".

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, 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 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».

**2.-** Conforme a lo razonado, el demandante, en el momento en que se produjo la extinción de la relación laboral especial de residencia para la formación, en mayo de 2011, tenía derecho a la protección de la contingencia por desempleo, ya que contaba con autorización de estancia en España, prestación cuyo disfrute tenía derecho a reanudar tras su cese por la Administración Pública que le contrató el 6 de julio de 2011.

**TERCERO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal - que la doctrina ajustada a derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que - en consecuencia - la misma ha de ser confirmada. 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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), representado y asistido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 11 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 778/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid , en autos nº 456/2013, seguidos a instancia de D. Isidoro contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y contra la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre prestaciones por desempleo. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.