

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

*Sentencia 103/2016, de 5 de febrero de 2016*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 699/2015*

**SUMARIO:**

**Relaciones laborales especiales. Trabajadores extracomunitarios. Denegación de la prestación por desempleo tras actividad realizada como médico interno residente (MIR) para el Servicio Andaluz de Salud.** Los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesiones sanitarias, quedan sometidos al régimen de autorización de estancia a efectos de estudios (art. 33.8 LO 4/2000) y en cuanto ostenten un título español de licenciado o graduado en medicina, farmacia, enfermería u otros títulos universitarios que habiliten para participar en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, podrán realizar, si obtienen plaza, las actividades laborales derivadas de lo previsto en el 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, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo. La duración de la estancia es la misma que la de la actividad, que coincide con la duración de los estudios de MIR regulados en el RD 1146/2006. Esto conlleva que, legalmente, la consideración de la situación del actor, como la de los facultativos extranjeros en su misma situación, sea la de autorización de estancia por estudios, si bien, dada la singularidad de estos, que dan lugar a una relación laboral de carácter especial, el reglamento prevé expresamente que esa actividad laboral la puedan realizar sin necesidad de autorización de trabajo. Sin embargo, en esa situación no se ha de cotizar por la contingencia de desempleo, como establece la disposición adicional decimosexta del reglamento, por lo que el demandante queda excluido de la correspondiente protección, ya que solamente tendría una autorización de estancia y no de trabajo, sin perjuicio del eventual derecho a la devolución de cuotas que no se puede abordar en este proceso. El simple hecho de haber obtenido una estancia como MIR no permite acceder a un trabajo posterior o, lo que es lo mismo, esa situación de estancia no habilita para trabajar, por lo que no cabe hablar de una potencial situación de desempleo, ya que, si no se puede trabajar una vez terminado el MIR, tampoco se da la situación prevista en el art. 203 de la LGSS.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 203 y 205.

RD 557/2011 (Rgto. de la Ley Orgánica 4/2000), art. 43 y disp. adic. decimosexta.

Ley Orgánica 4/2000 (Derechos y libertades de los extranjeros en España), art. 33.8.

**PONENTE:**

*Doña María José Hernández Vitoria.*

Magistrados:

Don IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER

Don JAVIER JOSE PARIS MARIN

Doña MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 01 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27, Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2014/0046472

Procedimiento Recurso de Suplicación 699/2015

ORIGEN:

Juzgado de lo Social n.º 21 de Madrid Seguridad social 1076/2014

Materia : Desempleo

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 699/2015

Sentencia número: 103/2016

D

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSE PARIS MARIN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a cinco de febrero de dos mil dieciséis, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación número 699/2015 formalizado por la Sra. Letrada D<sup>a</sup>. SUSANA JODAR RUIZ en nombre y representación del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL "SPEE", contra la sentencia de fecha 03/06/2015 dictada por el Juzgado de lo Social número 21 de MADRID, en sus autos número 1076/2014 seguidos a instancia de D. Silvio frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en reclamación sobre PRESTACIÓN DE DESEMPLEO, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

#### **Segundo.**

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO. *Circunstancias profesionales.*

I. El actor, nacido en Perú, prestó servicios como MIR (facultativo residente en formación con suscripción de contrato de trabajo como médico especialista de medicina preventiva y salud pública, de duración anual y renovable anualmente si obtiene una evaluación positiva hasta un máximo de cuatro años) para el Servicio Andaluz de Salud en el periodo comprendido entre el 15.06.2010 al 19.05.2014.

II. El Servicio Andaluz de Salud en el periodo comprendido entre el 15.06.2010 al 19.05.2013 cursó el alta y cotizó por el actor inicialmente (como trabajador temporal a tiempo completo en prácticas (código 420) y luego como contratado administrativo (código 408)

#### **SEGUNDO. *Circunstancias administrativas.***

I. Tras la finalización del contrato laboral, el 27.05.2014 el actor solicitó la prestación contributiva de desempleo que le fue denegada por resolución de 03.06.2014.

II. Se interpuso reclamación previa el 07.07.2014 que fue desestimada. por resolución de fecha 03.11.2014.

#### **Tercero. *En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva.***

"Que, estimando la demanda formulada por D. Silvio contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO, reconozco el derecho del actor a percibir una prestación de desempleo contributiva de desempleo, y condeno al organismo demandado a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante una prestación contributiva de desempleo, con efectos económicos o iniciales del 20.05.2014, y cuantía reglamentaria".

#### **Cuarto.**

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

#### **Quinto.**

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 21/09/2015 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

#### **Sexto.**

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 20/01/2016, señalándose el día 03/02/2016 para los actos de votación y fallo.

#### **Séptimo.**

En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Por resolución de 3 de junio de 2014 el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante "SPEE") denegó a D Silvio prestación por desempleo tras la actividad realizada como médico interno residente (en adelante "MIR") para el Servicio Andaluz de Salud entre 15 de junio de 2010 y 19 de mayo de 2014. El Sr. Silvio interpuso demanda impugnando la resolución que se acaba de indicar, recayendo sentencia estimatoria del juzgado de lo social n.º 21 de Madrid de fecha 3 de junio de 2015 .

El SPEE la recurre con amparo en el apdo. c) del art. 193 LRJS .

#### **Segundo.**

La decisión de la juzgadora de instancia se asienta en unas consideraciones que vienen a decir, en síntesis: el Sr. Silvio no necesitaba permiso de trabajo para realizar su actividad como MIR ( art. 43 RD 557/11 ).

Esta actividad tiene naturaleza de servicios laborales, lo que excluye la aplicación de la disposición adicional decimosexta del RD 557/11 . Como tal actividad laboral, existe obligación de cotizar a la Seguridad Social, por la doble razón de que no se puede imponer a los extranjeros en España condiciones laborales más gravosas que a los españoles ( art. 23 LO 4/00 ) y de que la exclusión de cotización establecida en la indicada disposición adicional decimosexta no respeta el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 CE, ya que no existe ninguna norma con rango de ley que excluya de la protección de desempleo a los trabajadores extranjeros que realicen una actividad laboral de duración determinada. De todo ello concluye que el fin de la actividad como MIR constituye una situación legal de desempleo con los derechos inherentes a la misma.

El recurso del SPEE cuestiona esta interpretación, basándose en que los extranjeros que realizan la actividad de MIR no requieren autorización para trabajar ( art. 43 RD 557/11 ) sino sólo autorización de estancia, cuya duración coincide con el tiempo de desarrollo de su actividad formativa ( art. 37 de la misma norma reglamentaria), durante la cual está exento de la obligación de cotizar, conforme a la indicada disposición adicional decimosexta también de dicha norma reglamentaria, lo que excluye el devengo de dicha prestación.

Por su parte el escrito de impugnación se opone al planteamiento del recurso, para lo cual comienza por rechazar la revisión del relato fáctico que dice ha sido propuesta por el recurrente, lo que no se corresponde con la realidad, pues no hay revisión fáctica alguna. A continuación reproduce en esencia los argumentos de la sentencia de instancia y termina citando en su favor el criterio de varias sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia.

Pasamos a analizar estos argumentos siguiendo un orden de prevalencia normativa; esto es, empezando por el que se refiere a la lesión de derechos constitucionales, a propósito del principio de no discriminación por razón de extranjería; siguiendo por el relativo a la regulación de la normativa interna con rango de ley, contenida en la LGSS; y terminando por el que se refiere al alcance del mandato reglamentario contenido en la disposición adicional decimosexta RD. 557/11.

### **Tercero.**

La doctrina constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse con reiteración sobre la diferencia de trato en el ejercicio de derechos por parte de los extranjeros que se encuentran en España respecto a los nacionales españoles. Entre las más recientes sentencias que han abordado este tema figura la 236/2007, en la que se indica:

" Se plantea así por primera vez ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Este dato ha de resultar decisivo para el enjuiciamiento que debemos efectuar, ya que si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales.

(...)

En cuanto a lo primero, nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del título I que "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles" ( STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos "en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]" ( STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3).

Estos derechos son los que "pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" ( SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3 ; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2 ; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos "inherentes a la dignidad de la persona humana" ( STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica ( STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva ( STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita ( STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad ( STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social ( STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva.

(...)

El legislador goza, en cambio, de mayor libertad al regular los "derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes" ( STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), o dicho de otro modo, de aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales "aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles" ( STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3). El art. 13.1 CE no dice, en efecto, que los extranjeros dispongan de los mismos derechos que los españoles, siendo precisamente ese precepto el que "en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales" [Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, FJ 3]. Se trata de derechos de los cuales los extranjeros gozarán "en España", "presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo [el art. 13.1 CE]" ( STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 6). Al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio "en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros", si bien aquella libertad "no es en modo alguno absoluta" ( STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).

Efectivamente, el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer "restricciones y limitaciones" a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que "son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español", ni "adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España" ( STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4).

De nuestra jurisprudencia se deduce que éste sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho al trabajo ( STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), el derecho a la salud ( STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo ( STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España ( SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3 ; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4 ; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4 ) .

#### **Cuarto.**

Por tanto, el criterio constitucional es claro: existen derechos de cuyo ejercicio no puede privarse a los extranjeros (los inherentes a la garantía de la dignidad humana, así como los garantizados por la Constitución o por Tratados Internacionales), mientras otros pueden condicionarse a la concurrencia de determinados requisitos, de tal manera que " el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos ". Y añade que así se ha señalado en diversas ocasiones, entre las cuales la STC 107/1984, de 23 de noviembre, a propósito de la validez de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, y la STC 130/95, sobre derecho a percibir una prestación de desempleo. Esta sentencia sostiene:

" Como en la STC 107/1984, viene a plantearse aquí una cuestión de igualdad de los ciudadanos extranjeros respecto de los españoles, es decir, ahora la de si deben ser tratados igualmente en cuanto a la percepción de la prestación por desempleo . Y conviene recordar que, según dicha Sentencia interpretó, "existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio".

(...)

La relevancia constitucional, pues, del derecho invocado por el recurrente está subordinada a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato que se invoca ya que a este Tribunal corresponde sólo enjuiciar sobre la eventual infracción, al aplicar las normas citadas, de algún precepto constitucional que reconozca derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo [ art. 53.2, 161.1 b) C.E . y 41 LOTC ]".

Queda claro, por tanto, que el derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros MIR dependerá de su reconocimiento incondicional por ley o Tratado; si no existen estos instrumentos normativos que establezcan ese derecho, éste existirá en función del cumplimiento de los requisitos de la normativa española.

#### **Quinto.**

La juzgadora de instancia encuentra dicho fundamento en el art. 97 LGSS . A tal efecto señala que todas las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general de la seguridad social ( art. 97 LGSS ) "

gozan de la protección por desempleo como cualquier trabajador (art. 205), por lo que, con carácter general, existe obligación de cotizar ". Por tanto, estando todos los denominados MIR, inclusive los extranjeros, incluidos en ese régimen general, todos ellos tienen deber de cotizar a desempleo y derecho a percibir esa prestación.

Sin embargo, esta afirmación ha de rectificarse por este Tribunal, en el doble sentido de que ni todos los extranjeros ni tampoco todos los españoles están obligados a cotizar por desempleo ni, por ende, pueden percibir dicha prestación. Los términos del art. 205.1 LGSS son claros: " 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. "

Es decir, el derecho de la prestación de desempleo requiere la previa cotización por esta contingencia y no todos los trabajadores cotizan por ella, pues no todas las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general de la seguridad social están obligadas a esa cotización, y esto vale tanto para los trabajadores en activo como para otros colectivos en situación asimilada al alta dentro de ese régimen.

#### **Sexto.**

Ciertamente, los españoles pueden estar en determinados casos excluidos de la cotización a desempleo y del consiguiente percibo de esa prestación. Históricamente hemos de citar como uno de los ejemplos de trabajadores en activo excluidos de esta prestación a los fijos discontinuos en situación de inactividad entre temporadas. Precisamente esta exclusión determinó en su día el planteamiento del correspondiente recurso de amparo, siendo resuelto por la STC 53/04, en el sentido de que esa medida no era inconstitucional:

" Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento de los derechos reconocibles al amparo de los principios constitucionales ( SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17 ; 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2 ; 77/1995, de 22 de mayo, FJ 4). En definitiva, como advierte la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 in fine, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales "es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva -- art. 53.3 CE -" sin embargo, "este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable ( STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6 )".

#### **Séptimo.**

De igual modo, por mucho que estén incluidos en el régimen general de la seguridad social, hay otros colectivos -de ciudadanos nacionales o extranjeros- que no perciben desempleo, aunque sí otras prestaciones de seguridad social.

Es el caso contemplado en el art 97.2.k) LGSS, cuya legalidad normativa se ratificó en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2004, en recurso de casación para unificación de doctrina 1948/2003 interpuesto contra sentencia dictada por este Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Dice dicho precepto que " 1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a) del artículo 7 de la presente Ley - 2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior: (...) k) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma ".

Es también el caso de los propios beneficiarios de la prestación contributiva de desempleo -insistimos, nacionales o extranjeros-, para los que el art. 214.3 LGSS establece: "Cuando se haya extinguido la relación laboral, la cotización a la Seguridad Social no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional ".

O el de los perceptores del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, respecto a quienes, según el art. 218 LGSS vigente en el momento de producirse los hechos enjuiciados en este litigio, la cotización se reduce a la contingencia de jubilación.

En consecuencia, la exención del deber de cotizar por desempleo y la consiguiente exención de esta prestación no depende necesariamente de la condición de nacional o extranjero, sino de otros elementos distintos, ni puede, por tanto, tacharse de discriminatoria esa exención. Esto es lo que sucede también, a criterio de este

Tribunal, en el caso de los extranjeros MIR, según deducimos de la regulación singular de esta figura dentro del régimen de extranjería y de la regulación de la prestación de desempleo. Pasamos a considerar ambos elementos.

### **Octavo.**

- Los MIR extranjeros extracomunitarios sólo pueden permanecer en España el tiempo que dura la realización de esta actividad, según resulta de los arts. 29, 30, 37 y 43 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que disponen, respectivamente:

Artículo 29: "Enumeración de las situaciones. 1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia".

Artículo 30.1: "Situación de estancia. 1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el

artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado".

Artículo 37. "Definición. 1. Será titular de una autorización de estancia el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días con el fin único o principal de llevar a cabo alguna de las siguientes actividades de carácter no laboral: a) Realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios. (...) 3. La duración de la estancia será igual a la de la actividad respecto a la que se concedió la autorización, con el límite máximo de un año, sin perjuicio de lo establecido en el art. 40 de este Reglamento."

Artículo 43: "Régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario Los extranjeros que ostenten un título español de licenciado o graduado en medicina, farmacia, enfermería u otros títulos universitarios que habiliten para participar en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, podrán realizar, si obtienen plaza, las actividades laborales derivadas de lo previsto en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo".

Lo que quiere decir, en nuestra opinión:

-Que la LO 4/00 establece que las situaciones en las que pueden encontrarse legalmente los extranjeros en España son sólo dos: estancia y residencia, con diferentes derechos en cada caso. Respecto a la protección de seguridad social sólo la residencia concede derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (art. 14 LO 4/00).

-Que la situación de estancia sólo permite la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días.

-Que, por excepción, la duración de las estancias puede ampliarse para la realización de ciertas actividades, siempre que no sean laborales, como es la realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios.

-Que, como excepción de la excepción, los extranjeros MIR pueden realizar la actividad regulada en el RD 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 necesidad de permiso de trabajo, sino sólo en situación de estancia de duración superior a 90 días, si bien en tal caso esa estancia legal sólo se mantiene durante el tiempo que dura dicha actividad (art. 37 LO 4/00).

### **Noveno.**

- Recordemos ahora qué es lo establecido en la LGSS a propósito del concepto mismo de la situación de desempleo.

A tal efecto el art. 203 deja establecido: " Objeto de la protección- El presente Título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 de la presente Ley".

Es decir, la ley supedita la concesión de la prestación por desempleo a quienes pueden trabajar, o, lo que es lo mismo, cumplen los requisitos para ser contratados legalmente. En consecuencia, un MIR extranjero podrá percibir esta prestación en tanto, una vez terminada esa situación, pueda trabajar en España.

Consiguientemente, si hemos visto que el fin de la actividad de MIR implica también terminar la situación legal de estancia en España así como que es legal condicionar la obtención de trabajo en España a los requisitos de estancia o permiso establecidos legalmente, resulta que el simple hecho de haber tenido una estancia como MIR no permite acceder a un trabajo posterior o, lo que es lo mismo, que esa situación de estancia no habilita para trabajar, por lo que tampoco cabe hablar de una potencial situación de desempleo, ya que, si no se puede trabajar una vez terminado el MIR, tampoco se da la situación prevista en el art. 203 LGSS .

Esto explicaría por qué se excluye a los MIR de la cotización de la prestación de desempleo, ya que esa exclusión y el consiguiente impedimento para el devengo de esta prestación trae causa de la imposibilidad de trabajar tras el fin de la actividad MIR asociada al fin simultáneo del permiso de estancia.

#### **Décimo.**

Llegamos así al punto relativo a si esa exclusión del deber de cotizar a desempleo por parte de los MR extranjeros establecido en la disposición adicional decimosexta RD 557/11 infringe el principio de jerarquía normativa, ya que, también en palabras de la sentencia impugnada ante esta Sala, no existe " en la ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España ni en la Ley General de la Seguridad Social norma alguna que excluya de la protección de desempleo a los trabajadores extranjeros que realicen legalmente actividades de duración determinada " .

Como vemos, se trata en definitiva de fijar el alcance del principio de jerarquía normativa o, lo que es lo mismo, de determinar si entra en juego la figura del "ultra vires" considerada desde los límites a la regulación reglamentaria, por no venir expresamente impuesta en una norma con rango de ley.

Sobre esta cuestión cabe hacer dos indicaciones.

La primera ya se ha anticipado: si entendemos que la situación de estancia legal de los MIR extranjeros coincide con el fin de esta relación laboral especial y a partir de entonces no pueden permanecer en España ni, por tanto, estar en situación legal de desempleo, resulta que la repetida disposición adicional que establece la exención del deber de cotizar a esta prestación es coherente con los arts. 203 y 205 LGSS .

La segunda indicación a resaltar viene de la mano de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a los límites de la regulación reglamentaria dictada en desarrollo de las leyes de extranjería. En concreto, las sentencias emanadas de ese Órgano en fechas de 8 de enero de 2007 (rec. 38/05 ), 9 de enero de 2007 (rec. 40/05 ), 10 de enero de 2007 (rec. 39/05 ) y 13 de junio de 2007 (rec. 41/2005 ) reiteran estas ideas: por un lado, no es cierto que el Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería deba atenerse estrictamente a las dicciones literales de los preceptos de la Ley, ignorando que en el ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno debe, sin contravenirlos, desarrollar los preceptos de aquélla, y no limitarse a una mera repetición de los mismos, así como que el contexto social en materia de inmigración y extranjería da lugar a que puedan regularse en el Reglamento situaciones que la Ley Orgánica no contempla.

#### **Undécimo.**

Tales ideas se expresan en la citada sentencia de 13 de junio de 2007, donde se examinó la legalidad de la casi totalidad del contenido del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, 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. Los fundamentos de derecho tercero y siguientes de esa resolución dijeron al respecto:

"TERCERO- Como antes se ha dicho, se lleva a cabo en este recurso una impugnación de hasta 95 preceptos concretos del Reglamento.

Respecto a estas impugnaciones concretas debe hacerse una consideración de carácter general. Al parecer los recurrentes han realizado un minucioso estudio comparativo de la Ley Orgánica y del texto del Reglamento. No siempre es así, pero con frecuencia las impugnaciones suponen partir del criterio de que el Reglamento debe atenerse estrictamente a las dicciones literales de los artículos de la Ley.

Se ignora de este modo que en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno debe, sin contravenirlos, desarrollar los preceptos de la ley y no limitarse a una mera repetición de los mismos. Pues en caso contrario carecería de sentido y contenido la potestad reglamentaria que se reconoce ampliamente en nuestro ordenamiento al Gobierno de la Nación por el artículo 47 de la Constitución y por numerosas leyes orgánicas y ordinarias.

Ciertamente en una materia tan delicada como esta de extranjería, que afecta a los derechos y deberes de las personas en cuanto a las entradas y salidas del territorio nacional, desde luego de los extranjeros pero también en ocasiones de los españoles, hay que llevar a cabo el enjuiciamiento con la debida ponderación, sobre todo cuando se otorgan potestades discrecionales a las Administraciones competentes. Pero ni siquiera en este caso ello implica que los mandatos reglamentarios sean contrarios a derecho. Sobre estos extremos debemos pronunciarnos teniendo presente que corresponde a esta jurisdicción el control de la discrecionalidad del Gobierno

y la Administración, pero también que es perfectamente posible y válido en derecho que ese ejercicio se entienda conforme al ordenamiento jurídico, cuando el uso de la discrecionalidad no suponga arbitrariedad ni irracionalidad.

Por lo demás es obvio que ha de tenerse en cuenta el contexto social en materia de inmigración y extranjería, que en nuestro país presenta actualmente notables peculiaridades, lo que sin duda ha dado lugar a que se regulen en el Reglamento situaciones que la Ley Orgánica no contempla".

#### **Duodécimo.**

Conforme cuanto hemos dicho en los anteriores fundamentos, nos parece conforme a derecho la doctrina que contiene la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de noviembre de 2014 (rec 594/14), al decir en su fundamento de derecho tercero:

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

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

Se estima el recurso.

#### **Decimotercero.**

No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el artículo 235.1 LRJS es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

#### **Decimocuarto.**

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina en los términos previstos en el artículo 218 LRJS.

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "SPEE" contra la sentencia de fecha 03/06/2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 21 de MADRID, en sus autos número 1076/2014. En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de

los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n.º recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos n.º 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826000000(n.º recurso).

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION- Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.