



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

NIG: 20079 13 3 2016 0009273
NUMERO ORIGEN: 0000367 /2015
ORGANO ORIGEN: T.S.J.CANTABRIA SALA CON/AD de SANTANDER

12430

Núm.Secretaría: 4-ML

TRIBUNAL SUPREMO
SALA TERCERA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

8 JUL 2015

15352

SECCION:004

SECRETARIA: ILMA. SRA. D. ª MARÍA JOSEFA OLIVER SANCHEZ

RECURSO NUM.RCA / 0000013 / 2016

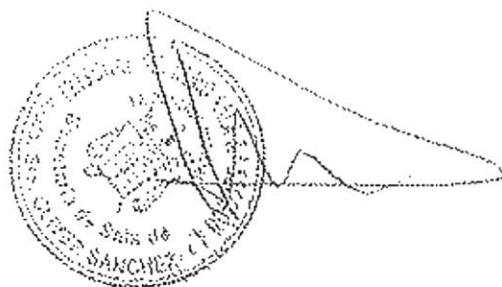
RECURRENTE: GOBIERNO DE CANTABRIA, TESORERIA GENERAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

EXCMO. SR.:

Tengo el honor de remitir a V.E. testimonio de
la resolución recaída en el recurso al margen
referenciado, autos y expediente rogándole acuse
recibo.

Madrid, a dos de julio de dos mil diecinueve

El Secretario/a



EXCMO. SR. PRESIDENTE DE T.S.J.CANTABRIA SALA CON/AD de
SANTANDER



R. CASACION núm.: 13/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Maria Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 708/2019

DOÑA JOSEFA OLIVER SÁNCHEZ, Letrada de la Administración de Justicia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

CERTIFICO, Que por la expresada Sala se ha dictado la siguiente:

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dña. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez



En Madrid, a 28 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **13/2016** interpuesto por la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y el **GOBIERNO DE CANTABRIA**, representados y asistidos por ambos por los letrados de sus respectivos Servicios Jurídicos, contra la sentencia de 22 de julio de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso contencioso-administrativo 367/2015. Ha comparecido como parte recurrida la procuradora doña Teresa López Neira en representación de don

asistidos por el letrado don Francisco Manuel Salmón Somonte.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria fue admitido, mediante auto de 22 de enero de 2016 aceptando su competencia, recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 16 de abril de 2015 dictada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) desestimatoria de los recursos de alzada interpuestos contra el cambio de cuenta de cotización al Régimen General de la Seguridad Social y su exclusión de la cotización por la contingencia de desempleo.

SEGUNDO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia el 22 de julio de 2016 en el recurso contencioso-administrativo 367/2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debemos estimar el recurso contencioso- administrativo promovido por la Procuradora Sra. Doña Teresa López Neira en nombre y representación de los referidos ut supra, contra la resolución de 16 de abril de 2015 dictada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social desestimatoria de los recursos de alzada interpuestos contra el cambio de cuenta de cotización a la Seguridad Social y su exclusión de obligación de cotización a la contingencia de desempleo, resolución que se

declara nula, imponiendo las costas a la parte que ha visto desestimadas todas sus pretensiones».

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentaron ante dicha Sala por la Tesorería General de la Seguridad Social y por el Gobierno de Cantabria, sendos escritos de sus letrados informando de su intención de interponer recurso de casación, y tras justificar en los escritos de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señalan en sus escritos, la Sala sentenciadora, por auto de 27 de octubre de 2016, tuvo por preparados los recursos, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados como recurrentes la Tesorería General de la Seguridad Social y el Gobierno de Cantabria y como recurrida la procuradora doña Teresa López Neira en representación de don



la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 18 de enero de 2017, lo siguiente:

«Primero. Admitir a trámite los recursos de casación preparados por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social y por la del Gobierno de Cantabria contra la sentencia núm. 317/2016, de 22 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el procedimiento ordinario núm. 367/2015.

»Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia lo es la alinente a si es aplicable o no a los médicos internos residentes (MIR) extracomunitarios la exclusión de la cotización por la contingencia de desempleo que prevé la Disposición adicional decimosexta del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

»Tercero. Identificar como norma jurídica que en principio será objeto de interpretación esa Disposición adicional decimosexta, en relación con el art. 43 del mismo Reglamento y con el art. 33.8 de la citada Ley Orgánica 4/2000.

»Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

»Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

»Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 13 de febrero de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La Tesorería General de la Seguridad Social y por el Gobierno de Cantabria, mediante escritos de sus letrados de 22 y 27 de marzo de 2017, respectivamente, evacuaron el trámite conferido en los que precisaron las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, sus pretensiones en el presente recurso a los efectos del artículo 92.3.b) de la LJCA y los pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo.

SÉPTIMO.- Por providencia de 18 de abril de 2017 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a la parte recurrida y personada para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó la procuradora doña María Teresa López Neira, en la representación que ostenta, solicitando que la Integra desestimación de los recursos interpuestos por las razones que constan en su escrito de 18 de mayo de 2017.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 22 de marzo de 2019 se señaló este recurso para votación y fallo el 21 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 27 de mayo siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa sobre la que se pronuncia la sentencia impugnada se centró en la procedencia de aplicar a los Médicos Internos Residentes (en adelante, MIR) extracomunitarios la disposición adicional decimosexta del Reglamento por el que se desarrolla la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante, Reglamento de Extranjería).

SEGUNDO.- Según dicha disposición adicional decimosexta «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». La TGSS acordó aplicarla y respecto del Servicio Cántabro de Salud acordó el cambio de cuenta de cotización a la Seguridad Social, excluyendo a los MIR extracomunitarios de cotización por la contingencia de desempleo, por lo que de producirse esa contingencia no percibirían esa prestación.

TERCERO.- La sentencia impugnada estimó la demanda de los MIR extracomunitarios demandantes con base en estos razonamientos expuestos en síntesis:

1º Expone que los MIR en general están sujetos a una relación laboral especial de residencia y docente regulada en el artículo 20.3.f) y disposición adicional primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (en adelante, Ley 44/2003), norma desarrollada en este aspecto 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 (en adelante, Real Decreto 1146/2006). Tal régimen no admite un trato discriminatorio respecto de los MIR extracomunitarios.

2º Relaciona tal normativa con la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, Ley de Extranjería) y el Reglamento de Extranjería del que se deduce que tales MIR extracomunitarios no precisarán de autorización de trabajo (artículo 33.8 de la Ley de Extranjería), por lo que no les es aplicable la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería. Añade además la cita de diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS).

CUARTO.- Impugnada la sentencia por la TGSS y el Gobierno de Cantabria, esta Sala admitió sus recursos y en el auto 18 de enero de 2017 determinó que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que esta Sección sentenciadora se pronuncie sobre si es aplicable o no a los MIR extracomunitarios la exclusión de la cotización por la contingencia de desempleo que prevé la disposición adicional decimosexta Reglamento de Extranjería; y añade que las normas objeto de interpretación son, en principio, la disposición más el artículo 43 del Reglamento de Extranjería y el artículo 33.8 de la Ley de Extranjería.



QUINTO.- En sus recursos de casación la TGSS y el Gobierno de Cantabria alegan que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 14 de abril de 2016 (recurso de apelación 479/2015), ha resuelto lo contrario que la sentencia ahora impugnada porque entiende que, finalizada la formación especializada, se extingue la autorización de residencia de los afectados; añaden además que, en todo caso, la relación laboral de los MIR se configura como un contrato en formación [artículo 2.1 del Real Decreto 1146/2006 en relación con el artículo 20.3.f) de la Ley de Extranjería], por lo que a efectos de la disposición adicional decimosexta Reglamento de Extranjería son estudiantes. Y en su recurso, la Comunidad Autónoma de Cantabria insiste que le es exigible una autorización de estancia por estudios, salvo que contaran con autorización por residencia previa.

SEXTO.- Debe significarse que la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo ha enjuiciado la misma cuestión obviamente desde su ámbito jurisdiccional. A estos efectos debe citarse la sentencia 255/2017, de 24 de marzo, del Pleno de la Sala de lo Social (recurso de casación para unificación de doctrina 85/2016), reproducida por las sentencias 611 y 1064/2018, de 12 de junio y 13 de diciembre de 2018 (recursos de casación para unificación de doctrina 3458/2016 y 3834/2017, respectivamente). Puede hablarse, por tanto, de una jurisprudencia consolidada a la que puede añadirse a efectos ilustrativos el auto de 19 de febrero de 2019 dictado en el conflicto negativo de competencia 18/2018.

SÉPTIMO.- Se trata de una jurisprudencia dictada a propósito de litigios referidos a la denegación de la prestación por desempleo a concretos MIR extracomunitarios y en los que el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE) opuso —y aquí radica la coincidencia con el presente recurso— que los allí afectados no podían percibir tal prestación al no cotizar por tal contingencia por razón de la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería. Más en concreto tal jurisprudencia dice lo siguiente:



1º Es obligación del empleador cotizar por las situaciones por desempleo [artículos 7.1.a) y 38.1.c) LGSS].

2º No es aplicable a los MIR extracomunitarios la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería porque no son titulares de autorización de trabajo para actividades de duración determinada por razón de lo previsto en el artículo 43 de tal norma; y tampoco son "estudiantes" pues están sujetos a una relación laboral de carácter especial.



3º En esas sentencias la Sala de lo Social recuerda su jurisprudencia anterior sobre el derecho al percibo de prestaciones por desempleo por extranjeros que residen legalmente en España con autorización de estancia una vez extinguida, en la que se declara que *«nada hay 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»*.

4º Por tanto, los MIR extracomunitarios tienen derecho a la cobertura de la prestación de desempleo si al extinguirse la relación laboral especial permanecen legalmente en territorio español, con la correlativa obligación empresarial de cotizar por esa contingencia desde el momento de inicio de la actividad laboral.

OCTAVO.- Dicho lo anterior esta Sala entiende que a los MIR extracomunitarios no les es aplicable la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería por las siguientes razones:

1º Ante todo por una razón de coherencia y unidad en la interpretación de la misma norma por este Tribunal Supremo y si bien esta Sala no está vinculada por la jurisprudencia de la Sala de lo Social, en ambas se plantea la misma cuestión litigiosa: la aplicación a los MIR extracomunitarios de la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería. Esta necesaria unidad de interpretación no solo es una exigencia de un sistema

judicial armónico, sino que es a lo que lleva el que la TGSS manifieste en el acto impugnado en la instancia que no hace sino seguir las razones del SPEE.

2º Añádase que en el estatuto jurídico de los MIR extracomunitarios confluyen dos bloques normativos: el profesional y la legislación sobre extranjería. La normativa profesional viene constituida por la Ley 44/2003 y el Real Decreto 1146/2006. En el Título II de la citada ley, en sede de la formación de los profesionales sanitarios, se regula la formación postgraduada (Capítulo II) y en ella la formación especializada se configura como teórica y práctica mediante un sistema de residencia en centros acreditados, incompatible con otra actividad profesional o formativa -esta dentro de su horario laboral- de forma que el MIR queda vinculado mediante una relación laboral en formación [cf. artículo 20.1, 2 y 3 a) y f) de la Ley 44/2003].

3º Según la disposición adicional primera de la Ley 44/2003, los MIR son "personal laboral temporal", temporalidad que se concreta en las previsiones generales del artículo 3.1 del Real Decreto 1146/2006, según el cual la duración del contrato será de un año, renovable por periodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación.

4º Relacionada tal regulación profesional con el régimen de extranjería, según el artículo 33.8 de la Ley de Extranjería la regla general es el MIR extracomunitario debe contar con autorización de estancia, salvo que ya contara con una autorización de residencia anterior al inicio de su formación especializada; a su vez el artículo 43 del Reglamento de Extranjería exime de poseer autorización de trabajo a los extranjeros que vayan a realizar esa actividad laboral sujeta al régimen de la relación laboral en formación regulada en la Ley 44/2003.

5º Como se ha dicho ya, la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería prevé que *«en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes no se colizará por la contingencia de desempleo»*.





6º Interpretada tal disposición y puesta en relación con los MIR extracomunitarios, quiebra el primer presupuesto normativo pues excluye de cotizar por la prestación por desempleo cuando se contrate a un extranjero cuya actividad laboral precise poseer autorización de trabajo para actividades de duración determinada. Ciertamente que el MIR extracomunitario es "personal laboral temporal", pero no le es exigible contar con autorización de trabajo. Y quiebra también el segundo presupuesto normativo pues por "estudiantes" debe estarse al artículo 37.1 del Reglamento de Extranjería, que precisan sólo de autorización de estancia para actividades docentes pero no laborales o laborales conforme al artículo 42.1.

7º La interpretación que sostienen las Administraciones recurrentes según la cual al MIR extracomunitario le basta estar en situación de estancia, pero una vez finalizado el plazo de la misma debe abandonar España, no es por entero admisible pues expirado el periodo de estancia —por finalización de la formación especializada—, cabe interesar o su prórroga o el permiso de residencia (cf. artículo 30.2 de la Ley de Extranjería) y desde esa situación cabe entender que puede estar en situación de demanda de empleo.

8º En definitiva, la situación que regula la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería no es aplicable a los MIR extracomunitarios, sujetos a un estatuto especial e intermedio: en lo laboral realizan una actividad sujeta a un régimen específico en el artículo 43 del citado Reglamento; y en el aspecto docente en cuanto que no son meros estudiantes, sino profesionales que realizan una actividad laboral en formación bajo régimen de residencia.

NOVENO.- De conformidad con lo razonado en el anterior Fundamento de Derecho y en aplicación del artículo 93.1 de la LJCA, procede declarar que no es aplicable a los MIR extracomunitarios a efectos de cotización por desempleo, la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería. Por lo tanto, aplicando al caso la interpretación de las normas

identificadas en el auto de admisión de 18 de enero de 2017, se desestiman los recursos de casación y se confirma la sentencia impugnada.

DÉCIMO.- Y de conformidad también con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia en el recurso de casación y las comunes por mitad.

FALLO

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

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Octavo de esta sentencia, se desestiman los recursos de casación interpuestos por la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y el **GOBIERNO DE CANTABRIA** contra la sentencia de 22 de julio de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso contencioso-administrativo 367/2015, sentencia que confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.





PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

