

Roj: **ATS 1608/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1608A**Id Cendoj: **28079130012017200305**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/01/2017**Nº de Recurso: **13/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 18 de enero de 2017

HECHOS

PRIMERO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 16 de abril de 2015 de la Dirección Provincial de Cantabria de la Tesorería General de la Seguridad Social, que confirmó en alzada la adscripción de los recurrentes, médicos internos residentes (MIR) extracomunitarios, a Códigos de Cuenta de Cotización del Régimen General de la Seguridad Social excluidos de cotización por la contingencia de desempleo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó el 22 de julio de 2016 sentencia en la que estimó el recurso y anuló aquella resolución.

SEGUNDO.- Dicha sentencia afirma que ambas partes invocan una misma normativa (la de extranjería, la de seguridad social y la de ordenación de las profesiones sanitarias) " *para interpretar si es o no de aplicación a los MIR extranjeros no comunitarios la Disposición Adicional Decimosexta del Reglamento de extranjería, que es la cuestión sobre la que pivotan ambas posturas* ". Disposición adicional perteneciente al Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011 que, bajo el epígrafe *cotización por la contingencia de desempleo* , establece que *en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes no se cotizará por la contingencia de desempleo* .

Aquel pronunciamiento estimatorio, contrario a la aplicación de la citada DA 16ª y a la exclusión de la cotización por la contingencia de desempleo respecto de los MIR extracomunitarios, se sustenta, dicho aquí en apretadísima síntesis, en un fundamento que la propia Sala de instancia califica de principal, cuál es que toda interpretación que conlleve una discriminación del extranjero residente legal en cuanto a los derechos generados por el trabajo desarrollado en España respecto al trabajador español ha de ser, en principio, rechazada. También, en la consideración de que ninguno de los preceptos que regulan la relación laboral especial de los médicos internos residentes excluye el derecho a la prestación por desempleo una vez finalizada. Y, en fin, en la afirmación de que " *ninguno de los argumentos barajados por la Administración permiten concluir, al margen de toda circunstancia concurrente, que trabajadores que desarrollan legalmente su actividad laboral en España no puedan gozar en el futuro del derecho a la prestación por desempleo, sin que la sola invocación de la DA 16ª lleve a esta conclusión* . Sin perjuicio de lo que pueda acordarse una vez producida dicha situación, atendidas las circunstancias concretas del sujeto, y del eventual derecho a la devolución de las cantidades correspondientes "

TERCERO.- Tanto la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, Administración demandada en la instancia, como la del Gobierno de Cantabria, parte codemandada, han preparado sendos recursos de casación.

Sus respectivos escritos de preparación, después de cumplir en debida forma las exigencias que impone el art. 89.2 de la LJCA , afirman que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, invocando a tal fin lo siguiente:



-El de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo dispuesto en las letras a), b) y c) del art. 88.2, y a) del art. 88.3, ambos de la LJCA . Así, se dice en él que la sentencia recurrida ha llegado a una conclusión distinta de la que alcanzó para la misma cuestión la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra en su sentencia de 14 de abril de 2016, dictada en el recurso de apelación 479/2015 , que considera que a los MIR extracomunitarios sí se les aplica aquella Disposición adicional 16ª, sin que ello suponga un trato discriminatorio. También, que sienta una doctrina que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales, pues generaría la obligación de cotizar por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas por el concepto de desempleo respecto de un colectivo, el de los MIR extracomunitarios, del que forman parte, como es notorio, dice, un gran número de personas; implicando tal cotización un compromiso de gasto público respecto de unas prestaciones indebidas. Que, por ello, su doctrina afecta a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del recurso. Y, en fin, que ha aplicado normas en las que sustenta la razón de decidir, como lo es en concreto la citada Disposición adicional 16ª, sobre las que no existe jurisprudencia.

-Y el del Gobierno de Cantabria, lo dispuesto en las letras a) y c) del primero de aquellos artículos, y a) del segundo. Así, alude también a aquella sentencia de 14 de abril de 2016 , haciéndolo en términos similares al escrito de la Tesorería. Afirma después que la cuestión trasciende al caso litigioso, pues afecta no solo a los recurrentes, sino el numeroso colectivo de MIRs extracomunitarios en nuestro país. Y dice por fin que en el presente caso se plantea una cuestión interpretativa y aplicativa de aquella DA 16ª, en relación con el art. 43 del mismo Reglamento y el 33.8 de la ley orgánica 4/2000 , sobre la que no hay doctrina jurisprudencial que contribuya a proporcionar la certeza y seguridad jurídica imprescindible para preservar la unidad del ordenamiento.

CUARTO.- Por auto de 27 de octubre de 2016, la Sala sentenciadora tuvo por preparados ambos recursos de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo. En el mismo auto, acordó remitir opinión favorable a la admisión de dichos recursos, remitiéndola en efecto.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Cumplidas en los dos escritos de preparación las exigencias que impone el art. 89.2 de la LJCA , la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende, coincidiendo en ello con las dos partes recurrentes, que la cuestión atinente a si es aplicable o no a los médicos internos residentes (MIR) extracomunitarios la exclusión de la cotización por la contingencia de desempleo prevista en la Disposición adicional decimosexta del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, presenta en efecto interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Ello, por las siguientes razones:

1. Porque la sentencia recurrida fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de normas de Derecho estatal en las que fundamenta el fallo que es contradictoria con la establecida por otro órgano jurisdiccional, surgiendo así la circunstancia que prevé el art. 88.2.a) de la LJCA . En concreto, su interpretación contradice la alcanzada por la sentencia núm. 183/2016, de 14 de abril, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra en el recurso de apelación núm. 479/2015 , que entiende que los MIR extracomunitarios sí entran en el ámbito de aplicación de la repetida Disposición adicional 16ª, quedando así excluidos de cotización por la contingencia de desempleo y sin que ello suponga una situación de discriminación.

2. Porque aquella sentencia sienta una doctrina sobre esa Disposición adicional 16ª que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales, pues obliga al erario público a atender, tanto la cotización por aquella contingencia si la relación laboral especial en la que se integra el MIR extracomunitario se traba con centros y unidades docentes de titularidad pública, como, en su caso, la prestación por desempleo; concurriendo así la circunstancia que prevé el art. 88.2.b) de la citada ley .

3. Porque la repetida sentencia afecta a un gran número de situaciones por trascender del caso objeto del proceso, pues el art. 29.2 del Real Decreto 639/2014, de 25 de julio , abre la posibilidad de que las convocatorias de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada permitan concurrir a determinados nacionales de países extracomunitarios y reservar para ellos, en el caso de los médicos, hasta un 10% del total de plazas ofertadas (el llamado cupo de extranjeros); razón por lo que cabe apreciar la circunstancia que prevé el art. 88.2.c) de dicha ley . Y



4. Porque la tan citada sentencia interpreta y aplica para sustentar su razón de decidir una norma, la de aquella Disposición adicional decimosexta, sobre la que no existe jurisprudencia; concurriendo así la circunstancia que prevé el art. 88.3.a) de la repetida LJCA .

SEGUNDO.- Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA , procede admitir a trámite los recursos de casación preparados por la Tesorería General de la Seguridad Social y por el Gobierno de Cantabria contra la sentencia 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. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia lo es la atinente 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 aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. E 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 esa Ley Orgánica 4/2000 , sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA , este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 13/2016:

La Sección de Admisión acuerda:

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 atinente 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. Y

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

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas