

El derecho a la prestación por desempleo de los médicos internos residentes (MIR) extranjeros: una controversia duplicada en las jurisdicciones contencioso-administrativa y social

STS-CONT núm. 708/2019, de 28 de mayo

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *A los médicos internos residentes (MIR) no ciudadanos de la Unión Europea, no se les aplica la norma que prevé la exclusión de la cotización de la contingencia de desempleo prevista en la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería, de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Como MIR están 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 por lo que es necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo; y en el aspecto docente, no son meros estudiantes, sino profesionales. Expirado el periodo de estancia -por finalización de la formación especializada-, cabe interesar o su prórroga o el permiso de residencia y desde esa situación se considera que pueden estar en situación de demanda de empleo.*

Palabras clave: *Médico interno residente (MIR), desempleo, extranjería, cotización.*

Abstract: *La seizième disposition additionnelle portant sur le Règlement de l'immigration prévoyant l'exclusion à la contribution des prestations liées au chômage à l'embauche des ressortissants étrangers titulaires d'un permis de travail pour les activités à durée limitée et pour les étudiants, n'est pas applicable aux médecins résidents (MIR) qui ne sont pas citoyens de l'Union européenne, de telle sorte que l'employeur sera obligé à cotiser aux risques éventuels liés au chômage car, du point de vue du travail, il n'a pas besoin de l'autorisation de travail correspondante; et du point de vue académique, ne sont pas de simples étudiants, sinon des professionnels qui exercent une activité professionnelle en formation soumis à un régime juridique de résidence.*

Keywords: *Médecins résidents (MIR), formation, chômage, immigration, sécurité sociale.*

I. Introducción

El interés que despierta el comentario de esta sentencia se mueve en dos planos o escenarios. El tema de fondo inmediato es la interpretación que debe darse a la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería para determinar si la exclusión de cotización por la contingencia desempleo que prevé dicha norma, es aplicable a los médicos internos residentes (MIR) extracomunitarios^[1]. Esta es la cuestión nuclear de la controversia que exige, de entrada, precisar la naturaleza

jurídica de la prestación de servicios de los MIR pasándola por el escáner o control de la normativa de extranjería. Ahora bien, al abordarse esta cuestión desde el marco del nuevo recurso de casación contencioso administrativa (LO 7/2015, de 21 de julio) cuyo objetivo es formar jurisprudencia, se convierte en coyuntural al quedar despejada jurídicamente la incertidumbre interpretativa de la norma.

El segundo escenario, en mi opinión, inspira mayor interés en su atención. Tiene un mensaje subliminal. De nuevo vuelve a ponerse a prueba el sistema normativo y judicial de la materia de cotización, conectada o vinculada a la prestación (en el caso, desempleo) en la resolución de estas controversias que vienen a ser distinta cara de la misma moneda. Lo contencioso-administrativo interpreta el alcance de la normativa sobre la obligación de cotización para la contingencia por desempleo, y la jurisdicción social decide el derecho a la prestación por desempleo.

Como magistralmente se ha dicho, la Seguridad Social es una materia escindida a efectos jurisdiccionales^[2]. El punto de partida normativo actual se halla en el artículo 9 apartados 4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial^[3], y por extensión en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el artículo 2 letras a) y o) y en el artículo 3 f). Pero es conocido que el origen de esta escisión es antiguo y está relacionado con la propia distribución de competencias entre la Administración del Estado y los organismos rectores. No es momento de detenernos en ello^[4].

Estamos ante un supuesto de duplicidad de materia propia de la controversia enfocada desde un doble prisma de enjuiciamiento, contencioso-administrativo y social. Cronológicamente, la jurisprudencia social se anticipó a la decisión habiendo declarado el derecho a la cobertura de la prestación de desempleo.

Ahora bien, sería ingenuo desconocer que este reparto de competencias entre órdenes jurisdiccionales sobre aspectos de una misma materia, abona un campo para la complejidad, la confusión por el riesgo de contradicción y la pluralidad de litigios, escasamente edificante para la seguridad jurídica.

El resultado en este concreto caso ha sido coherente y convergente entre órdenes jurisdiccionales. Pero podía haber ocurrido lo contrario. Así lo insinúa la sentencia del TS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo cuando afirma, como no puede ser de otra manera, que “si bien esta Sala no está vinculada por la jurisprudencia de la Sala de lo Social”, pesa, sin duda, “(...) una razón de coherencia y unidad en la interpretación de la misma norma por este Tribunal Supremo (...) “[pues] en ambas se plantea la misma cuestión litigiosa: la aplicación a los MIR extracomunitarios de la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 708/2019, de 28 de mayo.

Tipo y número de recurso: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (LO 7/2015) núm. 13/2016.

ECLI: ES:TS:2019:1671.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Exmo. Sr. D. José Luis Requero Ibañez.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1.- *La delimitación del interés casacional.*- El interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia quedó perfectamente delimitado en la resolución que admitió a trámite los recursos de casación preparados por la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) 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 ^[5] quedó centrado determinar 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 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril(en adelante, Reglamento de Extranjería). Se identificó como norma jurídica 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.

2.- *La vía administrativa.*- Varios médicos internos residentes, extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea, tenían suscritos contratos de trabajo suscritos con el Servicio Cántabro de Salud. Hasta el momento habían cotizado a la Seguridad Social por la contingencia de desempleo, sin embargo, en una fecha concreta se efectuó por dicho servicio una solicitud de variación de la cuenta de cotización de la Seguridad Social con objeto de excluirles de esta contingencia. Los MIR afectados por el cambio de cuenta de cotización, recurrieron en vía administrativa, y la Dirección Provincial de Cantabria de la TGSS, confirmó en alzada la resolución administrativa.

3.- *El cauce jurisdiccional contencioso-administrativo.*-

(a) En el ámbito de la instancia: Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo Cantabria).- Los MIR afectados interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa y dicha Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ dictó el 22 de julio de 2016 sentencia estimando el recurso y anulando aquella resolución.

(b) En el ámbito casacional: 1/ El ATS Contencioso-Administrativo, de 18 de enero de 2017 tuvo por admitidos los recursos de casación de las codemandadas TGSS, y Gobierno de Cantabria. 2/ La sentencia del TS Contencioso-Administrativo 28 de mayo 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1671), declaró que no es aplicable a los MIR extracomunitarios a efectos de cotización por desempleo, la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería

4.- *Los aledaños jurisprudenciales (sociales) y de la Sala de Conflictos, a la sentencia comentada.*-

(a) La sentencia objeto de análisis se hace eco de un contexto decisional previo. Recuerda que existe un jurisprudencia consolidada de la Sala Social del TS, recaída en casación para unificación de doctrina, “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*”^[6], jurisprudencia social que declara el 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, sin que puedan por lo tanto considerarse como cotizaciones indebidas las que haya efectuado la empleadora por tal concepto.

(b) También, “a efectos ilustrativos”, la sentencia que analizamos alude a un auto de la Sala de Conflictos del TS^[7] que, en un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado de lo Social y otro Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, atribuyó al

orden jurisdiccional social el conocimiento de una demanda presentada por un MIR dirigida contra la empleadora (la Gerencia del Hospital Universitario Ramón y Cajal y el Servicio Madrileño de Salud) en la que solicitaba que se declarara su obligación de seguir cotizando por la contingencia de desempleo.

IV. Posiciones de las partes

Tratándose del “nuevo” recurso de casación (L.O. 7/2015) del art. 89.2 de la LJCA basado en el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la posición de las partes recurrentes aparecen en toda su amplitud recogida en el Auto de admisión del recurso^[8], y después, más sintéticamente reflejadas en el fundamento jurídico “Quinto” de la sentencia. A los fundamentos del Auto acudiremos pues arrojan una potente argumentación para lograr la admisión del recurso.

(1) Partes recurrentes:

(a) La TGSS fundamenta el recurso en las siguientes consideraciones: 1/ entiende 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. 2/ Se queja de que la sentencia recurrida 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. 3/ Entiende que su doctrina afecta a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del recurso. Y 4/ precisa que la sentencia recurrida ha aplicado normas en las que sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia.

(b) El Gobierno de Cantabria: 1/ alude también a aquella sentencia del TSJ de Navarra, afirmando después que la cuestión trasciende al caso litigioso, pues afecta no solo a los recurrentes, sino el numeroso colectivo de MIR extracomunitarios en nuestro país. 2/ Señala que en el presente caso se plantea una cuestión interpretativa y aplicativa de aquella disposición adicional 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.

(2) Partes recurridas:

A través de su representación procesal, los MIR que en su momento interpusieron recurso contencioso-administrativo en la instancia, solicitaron la íntegra desestimación de los recursos interpuestos

V. Normativa aplicable al caso

Las agruparemos en tres rúbricas (que son propias del comentario).

Norma principal objeto de interpretación.

Se trata de determinar si es o no aplicable a los MIR, que no son ciudadanos de la Unión Europea, 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 (Reglamento de Extranjería) que dispone 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"*.

Normativa reguladora de los MIR en general, y de extranjería en particular.

- Normativa profesional

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 -ésta 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*].

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 períodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación.

- Normativa de extranjería

Relacionada tal regulación profesional con el régimen de extranjería, según el *artículo 33.8 de la Ley de Extranjería* la regla general es que 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.

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.

El MIR extracomunitario es "personal laboral temporal", pero no le es exigible contar con autorización de trabajo.

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.

La norma que obliga a cotizar

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

VI. Doctrina básica

No es aplicable a los MIR "extracomunitarios", la exclusión de cotización por la contingencia desempleo prevista en la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería, por lo que el empleador estará obligado a cotizar por la contingencia por desempleo, toda vez que: (a) están 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 por lo que no precisan de la correspondiente autorización de trabajo; y en el aspecto docente, no son meros estudiantes, sino profesionales que realizan una actividad laboral en formación bajo régimen de residencia; y (b) expirado el periodo de estancia -por finalización de la formación especializada-, cabe interesar o su prórroga o el permiso de residencia y desde esa situación se consideran que pueden estar en situación de demanda de empleo.

VII. Parte dispositiva

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por la TGSS 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 cuanto a las costas, cada parte abonará las costas causadas a su instancia en el recurso de casación y las comunes por mitad.

VIII. Pasajes decisivos

-Tomando en consideración la jurisprudencia social y el criterio de la Sala de Conflicto del TS. Se trata de los fundamentos jurídicos sexto y séptimo: "Debe significarse que la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo ha enjuiciado la misma

cuestión obviamente desde su ámbito jurisdiccional (...). También ha conocido de la cuestión "el auto de 19 de febrero de 2019 dictado en el conflicto negativo de competencia 18/2018". (...) 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.

-Doctrina jurisprudencial: fundamento jurídico octavo.

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 -ésta 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 períodos 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 exige 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 cotizará 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”.

IX. Comentario

El estatuto jurídico MIR ha sido objeto de especial atención doctrinal^[9]. Y la cuestión que aquí se decide, suscitó interesantes comentarios doctrinales desde una visión iuslaboralista cuando comenzaron a dictarse las primeras sentencias en los Tribunales laborales sobre el derecho a la prestación por desempleo de los MIR que no son ciudadanos de la Unión Europea, una vez que finalizan su prestación y no tienen empleo^[10].

Anticipamos en la introducción la doble repercusión analítica de esta sentencia: la que afecta el objeto de este “nuevo” recurso de casación (Ley 7/2015, de 21 de julio) dirigida a interpretar el alcance de una norma concreta: saber si la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería que alude a una exclusión de la obligación de cotización por la contingencia por desempleo cuando se trata de “contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada” y “para estudiantes” está o no incluyendo a los MIR “extracomunitarios”. La respuesta es negativa, y por consiguiente, hay obligación de cotizar por esta contingencia.

Para ello se analiza con precisión la naturaleza jurídica. El MIR tiene una doble naturaleza jurídica: laboral y docente. De la primera dimana la obligación de realizar una prestación u obligación asistencial, cuyo origen es el contrato que le vincula a la institución sanitaria. La docente deriva del derecho y deber de recibir una formación. A partir de estos presupuestos se lleva a cabo un contraste con la normativa de extranjería. Y aquí saltan las excepciones: no precisan autorización de trabajo, pese a ser extranjeros, ni son tampoco meros estudiantes. El problema interpretativo queda zanjado. A los médicos internos residentes (MIR) no ciudadanos de la Unión Europea, no se les aplica la norma que prevé la exclusión de la cotización de la contingencia de desempleo prevista en la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería, de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Ahora en la introducción aludíamos a un segundo escenario de reflexión que venía condicionado por el hecho de que cuando va a decidir la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra con una jurisprudencia social consolidada que declaraba el derecho a la prestación por desempleo. Y como hace notar la propia sentencia comentada, después de admitido el recurso de casación contencioso-administrativo, la Sala de Conflictos del TS en un conflicto negativo de competencias entre juzgados de lo social y de lo contencioso-administrativo, confirió la competencia al orden para conocer de la pretensión de declarar la obligación de la empleadora de seguir cotizando por la contingencia de desempleo.

La sentencia del TS analizada, en el ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, y en el marco de ese nuevo recurso de casación para formar jurisprudencia, interpreta una norma reglamentaria y lo hace en el sentido indicado: a los médicos internos residentes (MIR) no ciudadanos de la Unión Europea, no se les aplica la norma que prevé la exclusión de la cotización de la contingencia de desempleo prevista en la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería, de la Ley Orgánica 4/2000.

Podría verse que en este caso volvemos a estar en la necesidad de delimitar conceptualmente para saber cuál es el orden jurisdiccional competente, si estamos ante una materia de cotización. Las cosas nunca fueron sencillas en el plano jurisdiccional, porque históricamente los actos declarativos y liquidatorios han sido siempre competencia del orden contencioso-administrativo, primero en atención al sujeto que dictaba estos actos y luego, cuando asumió funciones en esta materia la TGSS, por aplicación de un criterio de unidad en el ámbito de la jurisdicción que se aplicó ya en la casación por infracción de ley "no todo acto de gestión emanado de la Tesorería General puede considerarse como recaudatorio, sino sólo aquellos que persigan el cobro de los recursos o que se refieran al ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social". En cambio la competencia corresponde al orden social de la jurisdicción cuando se trata de "la determinación de la concurrencia de los requisitos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social es una cuestión de la competencia directa y exclusiva del orden jurisdiccional social", y deben comprenderse en ese ámbito competencial cuantas cuestiones se puedan plantear y tengan incidencia directa sobre el derecho al percibo de prestaciones de Seguridad Social"^[11].

La nueva configuración del recurso de casación contencioso administrativo puede presentar una funcionalidad novedosa como mecanismo de coordinación entre órdenes jurisdiccionales cuando está escindida la competencia, por ejemplo, en materia de Seguridad Social. Estamos ante un recurso de interpretación normativa para formación de jurisprudencia. En su configuración técnica nada hay que reprochar, pero en la práctica sigue habiendo riesgos por la inexistencia de mecanismos de coordinación vinculantes. Los autos de la Sala de Conflictos, recuérdese que no constituyen jurisprudencia. Nada impide plantear de forma indirecta ante el orden social mediante una acción declarativa la determinación de un elemento esencial de un acto declarativo o liquidatorio en materia de cotización. Consideración ésta que nos mueve a recordar en palabras de la jurisprudencia social que "[...]no deben tampoco confundirse las cuestiones que en materia de cotización el orden social tiene que decidir prejudicialmente para resolver las que le corresponden en el ámbito de la acción protectora y aquellas cuestiones cuyo objeto, como sucede en el presente caso, es recabar un pronunciamiento directo sobre el alcance de la obligación de cotizar, cuya única especialidad consiste en proponerse al margen de los actos formalizados de recaudación y de las vías administrativas de decisión. La aceptación de una competencia concurrente de los órdenes social y contencioso-administrativo sólo conduce a una duplicación de procesos contraria a los principios de economía y eficiencia, además de incrementar los ya importantes problemas de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales, con riesgo de confusión y de contradicción"^[12].

Esta última consideración de oportunidad es lo que vuelve a poner en liza la necesidad de mejorar los sistemas de coordinación entre órdenes jurisdiccionales. En el caso analizado, el resultado ha sido coherente y convergente entre órdenes jurisdiccionales. Pero podía haber ocurrido lo contrario. Así lo insinúa la sentencia del TS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo cuando afirma, como no puede ser de otra manera, que "si bien esta Sala no está vinculada por la jurisprudencia de la Sala de lo Social", pesa, sin duda, "(...) una razón de coherencia y unidad en la interpretación de la misma norma por este Tribunal Supremo (...) "[pues] en ambas se plantea la misma cuestión litigiosa: la aplicación a los MIR extracomunitarios de la disposición adicional decimosexta del Reglamento de Extranjería".

X. Apunte final

El apunte final pone su acento en reflexionar, explorando posibilidades, sobre el papel del nuevo recurso de casación contencioso administrativo como mecanismo enderezado a establecer criterios de coordinación entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, en materias escindidas pero vinculadas a las prestaciones de Seguridad Social. Obsérvese que los pleitos de los que conoció la jurisdicción social se referían al derecho a la prestación por desempleo de los MIR no ciudadanos de la Unión Europea y en su caso a la obligación de cotizar por la

empleadora. Partes en los litigios sociales eran además de los MIR, como demandada figuraba la empleadora (una institución pública sanitaria) MIR y, en su caso, el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE). El recurso contencioso-administrativo se dirigía, además de los recurrentes-MIR, contra la institución sanitaria y la TGSS.

La nueva casación contencioso-administrativa instaurada a partir de la LO 7/2015, de 21 de julio ha supuesto “un cambio drástico en el propio concepto de la casación contencioso-administrativa: de un sistema de Resoluciones recurribles y motivos casacionales tasados, a una ampliación del ámbito de las Resoluciones recurribles, combinada con la introducción como único criterio de admisibilidad del «interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia», con el claro propósito de alejarse de la toma en consideración del «*ius litigatoris*». No se ha seguido para ello el ejemplo de la casación civil, sino que la reforma se ha aproximado más a la modificación del recurso de amparo que en 2007 introdujo el concepto de «relevancia constitucional» como criterio de admisión”^[13]. Se abre, pues, un nuevo espacio para reflexionar y explorar si es o no posible articular modelos que aseguren una coordinación entre órdenes jurisdiccionales, con criterios procesales (preferencias en la resolución, prejudicialidad, suspensiones y archivos provisionales, o extensión de efectos de las sentencias) o puramente tecnológicos a través de sistemas de alertas – no es descartable que la inteligencia artificial impactará en un futuro inminente en los sistemas de gestión procesal -. Lo que está claro es que anticiparse a los problemas de coordinación entre órdenes jurisdiccionales cuando conocen de asuntos idénticos, ayudaría a dar respuesta, con agilidad y eficacia, a controversias sobre la aplicación e interpretación de una norma cuyo escenario aplicativo, por razón de la materia, produce la concurrencia de la jurisdicción social y la contencioso-administrativa. Y lo que es más importante, se diluirían los riesgos de confusión, se ahorrarían duplicidades y eventuales contradicciones, y se ganaría seguridad jurídica.

Referencias:

1. [^] *El manejo del término “extracomunitario”, de carácter más coloquial e inteligible para referirse a los ciudadanos que no son países de la Unión Europea, como también sucede con el manejo de la expresión Derecho Comunitario, en lugar de Derecho de la Unión Europea, paulatinamente viene caído en desuso en el lenguaje normativo del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, por su desfase con la normativa a la que responde. Por una parte, conforme al Diccionario Panhispánico del español jurídico (RAE, Cumbre Judicial Iberoamericana y CGPJ, 2017, Santiago Muñoz Machado (Dir), “Derecho comunitario” era el Derecho europeo antes de constituirse la Unión Europea; por Derecho de la Unión Europea debe entenderse “el ordenamiento jurídico compuesto por los tratados constitutivos (derecho primario) y las normas contenidas en los actos aprobados por las instituciones europeas en aplicación de dichos tratados (derecho derivado)”, págs. 792 y 793 Vol I. Por otra parte, de conformidad con el artículo 9 del TUE y el artículo 20 del TFUE, será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la cual se deriva de la aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado. La ciudadanía de la Unión complementa la ciudadanía nacional sin sustituirla, y está constituida por un conjunto de derechos y deberes que vienen a sumarse a los derechos y deberes vinculados a la ciudadanía de un Estado miembro.*
2. [^] *Desdentado Bonete, A. y Fernández Montalvo, R.: La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social*

en materia de Seguridad Social (Manuales de Formación Continuada 33-2005), Consejo General del Poder Judicial. CENDOJ, pg. 452 y siguientes.

3. ^ Artículo 9.4 de la LOPJ: “4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción”. Art. 9.5 LOPJ: “5. Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”.
4. ^ Con detalle, vid., Desdentado Bonete, A. y Fernández Montalvo, R.: *La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social en materia de Seguridad Social*, ob. cit.
5. ^ ATS Contencioso-Administrativo, de 18 de enero de 2017. Ponente Segundo Menéndez Menéndez (ECLI:ES:TS:2017:1608^a).
6. ^ Sentencia 255/2017, de 24 de marzo, del Pleno de la Sala de lo Social (recurso de casación para unificación de doctrina 85/2016), a la que han seguido, entre otras, STS ECLI:ES:TS:2018:4478, de 13/12/2018, que confirma como doctrina el derecho a la prestación por desempleo de un ciudadano peruano, médico interno residente en oftalmología en hospital público madrileño durante cuatro años.
7. ^ ATS 1693/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1693^a). Ponente: Sebastián Moralo Gallego. *La activación del conflicto negativo de competencia arranca de la declaración de incompetencia pronunciada por el Juzgado de lo Social 8 de Madrid para conocer del asunto en razón de la materia, por entender que se trata de una cuestión de gestión recaudatoria que corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo, y el rechazo competencial subsiguiente llevado a cabo por el juzgado de lo contencioso administrativo 28 de Madrid, al considerar que el litigio versa sobre una cuestión afectante a prestaciones de seguridad social que está atribuida al orden social de la jurisdicción.*
8. ^ ATS Contencioso-Administrativo, de 18 de enero de 2017 (:ES:TS:2017:1608). Ponente Segundo Menéndez Menéndez.
9. ^ Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J.: *Los médicos internos residentes: Régimen jurídico del MIR*, Dykinson, Madrid, 2009; Cabeza Pereiro, J.: “Las relaciones laborales especiales de los médicos internos residentes y de penados en instituciones penitenciarias”, en AAVV: *Relaciones laborales especiales: relación laboral especial de los penados y de los abogados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid [D.L.2008] -- (Estudios de derecho judicial. Año 2007); Baz Rodríguez, J.: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios: un estudio de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la salud*, Bomarzo, Albacete, 2008; Marín Correa, J.M^a: “Relación laboral de los médicos internos residentes”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2005; y Moreno Madrid, F.: *Responsabilidad del Médico Interno Residente [recurso electrónico]*, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, Madrid, 2018.
10. ^ Kahale Carrillo, D.T.: “El reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo de los médicos internos residentes (MIR) extracomunitarios: ¿es posible?”, en AAVV: *La protección por desempleo en España: XII*

Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2015; y Rubio Velasco, M^aF.: “Las prestaciones por desempleo de un extranjero médico interno residente”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 188, 2016, pgs. 371-377.

11. ^ *ATS Sala de Conflictos 1693/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1693^a), citando STS –Social- 10 julio 2012, rcud. 2828/2001, con cita a su vez de la STS 10 de julio 2001 -rcud. 1801/2000-, y las que en ella se indican.*
12. ^ *STS (Pleno) Social 29 de abril de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3037).*
13. ^ *Cancer Minchot, P.: “La nueva casación contencioso-administrativa: sentencias y autos recurribles. El interés casacional objetivo”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6, 2016.*