

Tribunal Superior de Justicia

de Cantabria, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num. 234/2016 de 30 mayo

[RJCA\2016\707](#)



COMUNIDAD AUTONOMA DE CANTABRIA: Sanidad: orden SAN/38/2015, de 7 agosto, por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria a las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública: invasión de competencias estatales: existencia; infracción de la normativa básica estatal: existencia; régimen de gratuidad a extranjeros ilegales: vulneración del principio de reserva de ley: existencia: nulidad procedente.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 305/2015

Ponente: Ilma. Sra. Clara Penín Alegre

El TSJ de Cantabria **estima** el recurso contencioso-administrativo deducido contra Orden SAN/38/2015, de 7 agosto, por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria a las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública.

SENTENCIA nº 000234/2016

Ilmo. Sr. Presidente

Don Rafael Losada Armada

Ilmas. Sras. Magistradas

Doña Clara Penin Alegre

Don José Ignacio López Cárcamo

Doña Esther Castanedo Garcia

Don Juan Piqueras Valls

Doña Paz Hidalgo Bermejo

En la ciudad de Santander, a treinta de mayo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso número **305/15**, interpuesto por la Administración General del Estado, parte representada y defendida por el Abogado del Estado, contra el Gobierno de Cantabria, representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

La cuantía del recurso quedó fijada como indeterminada.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Clara Penin Alegre, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : El recurso tuvo sello de entrada en la Sala el día 29 de octubre de 2015

impugnándose con él la [Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto](#) , por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública, BOC de 17-8-2015.

SEGUNDO : En su escrito de demanda, la parte actora interesa de la Sala dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la actuación combatida, por ser contraria al ordenamiento jurídico.

TERCERO : En su escrito de contestación a la demanda la Administración demandada solicita de la Sala la desestimación del recurso, por ser conforme a Derecho el acto administrativo que se impugna.

CUARTO : Practicados los trámites requeridos, se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo, avocando a Pleno de la Sala la ponente dada la trascendencia del asunto, deliberación que tuvo lugar el día 25 de mayo de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

: Es objeto del presente recurso la [Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto](#) , por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública, BOC de 17-8-2015.

Invoca la Administración del Estado dicha disposición invocando como motivos:

Falta de dos informes preceptivos requeridos por el artículo 121 de la Ley autonómica 6/2002. Concretamente, el informe sobre mejora de la regulación del Centro Directivo (Director General conforme al artículo 59 de la [Ley 6/2002](#)) con el contenido del artículo 118 de la citada Ley y el que debe emitir el titular de la Secretaría General de la Consejería. Los informes del servicio de asesoramiento jurídico y de la inspección general, no equivalente a este informe, sin que conste delegación o avocación.

Infracción del principio de reserva de Ley del ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud (art. 43.2 de la [Constitución](#)). El derecho a la asistencia sanitaria es un derecho de segunda generación, efectivo a través de prestaciones y servicios, cuyo ámbito debe determinarse por ley. Invoca el artículo 6 de la [Ley autonómica 7/2002, de 10-12](#) ,

Infracción de la [Ley 7/2002](#) autonómica al desarrollarla sin rango de Decreto del Gobierno conforme a su DF1ª y al artículo 18.g) de la [Ley 6/2002](#) . La primera sería ley especial y posterior a la segunda, y la propia [Ley 6/2002](#) parte de esta competencia del Gobierno, no de la Consejería, cuyo artículo 33.f) está relegado a materias internas de la Consejería.

Invasión de competencias estatales e infracción de la normativa básica estatal. De hecho, la Orden no cita títulos competenciales, si bien el Estatuto de Autonomía recoge competencias al respecto en los [artículos 25](#) y [26](#) de la [LO 8/1981](#) en materia de sanidad y gestión de la asistencia sanitaria. Invoca a tal efecto el [RDL 16/2012, de 20 de abril](#) y los artículos 149.1.2ª, 16ª y 17ª. El [artículo 12](#) de la [LO 4/2000](#) ya efectúa una remisión en bloque a la normativa sanitaria para extranjeros. El artículo 149.1.16 atribuye las bases y coordinación general de la sanidad al Estado, en el sentido de las [SSTC 98/2004, de 25-5](#) y [136/2012](#) sobre el sistema normativo sanitario nacional como mínimo igualitario, concretándose en el artículo 23 de la [Ley 16/2003](#) . Los servicios autonómicos de salud conforman un sistema ([STC 32/1983](#)) y así se recoge en el [artículo 44](#) de la [Ley 14/1986](#) . La coordinación general de la sanidad persigue la integración de estos subsistemas ([SSTC 32/83](#) , [87/85](#) , [182/88](#) y [194/04](#)), coordinación que presupone la existencia de competencias autonómicas. Tras aludir a los principios del SNS (universalidad y gratuidad), invoca los artículos 3 y 4 de la [Ley 14/1986](#) , sobre igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias, reforzando la [Ley 16/03](#) , art. 4.c y 24.1 la interterritorialidad. Analiza la EM y articulado inicial de esta Ley en relación a las condiciones de igualdad efectiva, incluyendo la condición de asegurado y las prestaciones, y la existencia de un órgano de decisión común, el Consejo Interterritorial. El [RDL 16/2012](#) es el que ha modificado estos conceptos, pronunciándose la [STC 136/2012, de 19-6](#) en el sentido de que la decisión de quienes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias es núcleo de lo básico. La modificación a afectado al artículo 3 bis que se añade para que extranjeros no registrados ni autorizados puedan

recibir asistencia sanitaria, conforme al catálogo del artículo 7, definiendo el artículo 8 y ss la cartera común, básica y suplementaria, servicios accesorios y los complementarios que pueden aprobar las CCAA. La determinación del beneficiario es clave en el sistema. Por su parte, el artículo 149.1.17 atribuye competencia al Estado en materia de SS. Para este colectivo serían prestaciones no contributivas invocando la [STC 239/2002](#), calificándolas de asistencia social interna, siendo competencia exclusiva del Estado el régimen económico de la SS, considerada como caja única. El derecho a la asistencia está vinculado a la condición de asegurado o beneficiario (artículos 38 y 86 [LGSS](#)). La financiación se regula en los [artículos 79 y 80 LGSS](#) así como en la [Ley 21/2001, de 27-12](#), y el [RD 1088/1989, de 8-9](#) extendió la cobertura de la asistencia sanitaria a españoles sin recursos no incluidos en los Regímenes de SS, sin que justifique la necesaria cohesión entre prestaciones sanitarias.

Por su parte, la [Ley 16/2003](#) y [29/2005](#), RDLeg. 1/2005 y [RDL 16/2012](#) resulta normativa básica, unido al complemento reglamentario [RD 1192/2012](#). En concreto, los artículos 3 y 8 de la [Ley 16/2003](#) diferencian el ámbito subjetivo y objetivo de la asistencia sanitaria, básico conforme al art. 136/2012. El reconocimiento del derecho a la prestación sanitaria implica gestión de recursos financieros del sistema de SS, sin posibilidad de traspaso, a diferencia de la administración y gestión de servicios sanitarios. En concreto invadirían competencias los siguientes preceptos de la Orden:

art. 1, al establecer un ámbito subjetivo en Sanidad y SS contra la [STC 136/2012](#) y [art. 3 ter Ley 16/2003](#)) aunque no les considere beneficiarios;

art. 3.1 y 5, sobre los requisitos, ampliando el ámbito de prestación gratuita del sistema sanitario público contra el art. 3 ter aludido;

art. 3.2 sobre el ámbito territorial;

art. 4, sobre prestaciones frente a los arts. 8 a 8 quarter y 11 de la [Ley 16/2003](#) y RDLeg. 1/2015, 24-7 y Ley 29/2006, 25-7 sobre prestación farmacéutica, aun cuando coincidan las prestaciones por falta de habilitación ([STC 341/2005](#)), no versando sobre servicios complementarios sino sobre cartera común.

art. 6 a 15 y demás disposiciones, que están en función de los anteriores (dictámenes 796/12 y 1060/15 del Consejo de Estado).

SEGUNDO

: Se opone al recurso el Gobierno de Cantabria. Primero, alegando como causa de inadmisibilidad el [artículo 69.c\)](#) de la [LJCA](#) en relación con el artículo 28 al ser una regulación idéntica a la [Orden SAN/20/2013, de 25-11](#), compartiendo la misma finalidad y requisitos, sin que la actual Orden efectúe ampliación alguna. Así lo entendió la STS 31-5-2002 en caso de refundición y en la STS 7-5-2010, cuando la normativa es idéntica.

En cuanto al fondo, comienza analizando el contexto normativo de la Orden ([art. 43 CE](#), las principales leyes básicas 14/86, 16/03, 33/01, Estatuto de Autonomía, Ley autonómica 7/02 y textos internacionales), siendo posteriormente aprobado el [RDL 16/2012](#), que restringe la condición de asegurado, desarrollándose por el [RD 1192/2012](#), excluyendo a los extranjeros irregulares. La [Orden SAN/38/2015](#) tendría el mismo objetivo que la anterior no impugnada: dispensar asistencia sanitaria a no asegurados ni beneficiarios.

A continuación, responde a cada uno de los motivos de impugnación:

En relación a los informes del [artículo 121 Ley 6/02](#), conforme a la DF2ª de la [Ley 1/2010](#), no está en vigor el precepto hasta su desarrollo reglamentario. Y en cuanto al de la Secretaría General, se cumple con la del Servicio Jurídico, folio 15 del expediente, conforme se deduce del [Decreto 24/2002, de 7-3](#) (art. 3.2.b, 3.3.c, 3.6.m) y de la Sentencia de la Sala de 19-5-2005.

Sobre la reserva de ley, encuentra su amparo en el art 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, Estatuto de Autonomía y [Ley 7/2002, de 10-12](#), que reconoce el carácter universal de las prestaciones. Dada la habilitación normativa de esta Ley y la reciente modificación de la [Ley 16/2003](#), se dicta la Orden sobre el derecho a la protección de la salud del art 43 CE, no

equivalente a beneficiario o asegurado (+ OJO: es la CE la que remite a la Ley), sin que implique ampliación del ámbito subjetivo del derecho de protección universal (art. 1.2 [Ley 14/86](#) y 4 de la [Ley 7/2002](#)), no determinar la condición de asegurado o beneficiario si reservada a la Ley, y ser el mismo colectivo que la antigua Orden. El derecho a la protección se vincula con los derechos fundamentales a la vida e integridad ([STC 5/2002, de 14-1](#) , [ATC 239/2012, de 12-12](#) y [STC 114/2014, de 8-4](#)).

Acerca del desarrollo normativo por Orden y no por Decreto de la [Ley 7/2002](#) , entiende que en este caso la competencia se recoge en el art. 33.f) de la [Ley 6/2002](#) , por lo que es materia propia de la Consejería. Lo confirmaría el art. 8.4 de la [Ley 7/2002](#) y 59.f) y l), en relación a competencias sobre el sistema sanitario público. Insiste nuevamente en la identidad con la Orden anterior.

Finalmente y en cuanto a la invasión competencial y de la normativa básica estatal, descarta se encuadre la materia en extranjería sino en sanidad y bienestar social ([STC 31/2010, de 28-6](#) y [154/2013, de 10-9](#)). Tampoco es de Seguridad Social, pues no les atribuye la condición de asegurado ni beneficiario, invocando la [STC 98/2004, de 25-5](#) , sobre prestación farmacéutica. Concretando la sanidad sobre la que el Estado tiene las bases y coordinación, apela a la norma complementaria autonómica reiterando el contenido de la STC 98/2004 : el nivel mínimo homogéneo de prestaciones sanitarias sería susceptible de mejora en virtud de la competencia autonómica sustantiva y financiera. Por su parte, la [STC 136/2012, de 19-6](#) contempla un supuesto diverso, la creación de una tasa por prestación de servicios sanitarios. Las bases habilitan un margen de desarrollo para servicios adicionales, que pueden mejorar pero no empeorar. Apela al carácter universal del derecho a la protección de la salud ([art. 43 CE](#)) de obligada prestación, invocando los arts. 41Ley 14/86, 11.1 y 2 [Ley 16/2003](#) sobre el concepto de prestación de la salud pública, también definido en el [art. 1](#) y [19 Ley 33/2011, de 4-10](#) . Además, su exclusión presenta un riesgo para la salud de toda la población y de ahí que se aborde de forma similar a la Instrucción de 21-9-2012 del Programa gallego de protección social pública, lo que justificaría los potenciales beneficiarios de la Orden a este colectivo. La igualdad lo es en el contenido mínimo y razones económicas no pueden limitar del derecho a la salud excluyendo un colectivo entero. Máxime el trasfondo social que enlaza con las materias de asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario, invocando la [STC 239/2002, de 11-12](#) . Finalmente, la igualdad no impone que las CCAA ostenten las mismas competencias ([STS 13-10-2003](#)).

TERCERO

Opuesta la causa de inadmisibilidad en virtud del artículo 28 de la [Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio](#) , no cabe sino su rechazo toda vez que en modo alguno puede predicarse la identidad invocada ante ambas resoluciones, aun asumiendo la extensión del artículo 28 de l [LJCA](#) a las disposiciones generales. El mismo preámbulo de la Orden literalmente reproducido en la oposición al recurso se detiene a resaltar esas modificaciones sustanciales que claramente amplían el ámbito subjetivo de aplicación y con él su régimen, impidiendo pueda hablarse de identidad de normas a los efectos de considerar una confirmación o reproducción de otras firmes en cuanto no impugnadas.

Tras exponer el marco normativo en que se dicta y hacer una expresa referencia a la Orden SAN anterior, afirma:

*«En estos momentos, a través de la presente Orden se **pretende intensificar y reforzar la universalidad** en el acceso de la atención sanitaria, en coherencia con el principio recogido en el artículo 4.2.a) de la [Ley de Cantabria 7/2002](#) . En este sentido, **resulta necesario establecer las condiciones de acceso al Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas que carecen de cobertura, manteniendo los principios de equidad, garantía de acceso, sostenibilidad económica, eficiencia en la prestación de los servicios sanitarios y defensa de la sanidad pública.***

*Así, la presente Orden parte de una concepción de la salud como un derecho de la ciudadanía, **prescindiendo del concepto de mero programa** que sostenía la regulación **anterior. Como novedades, se modifican los requisitos de acceso al Sistema Sanitario Público de Cantabria, reduciendo el plazo mínimo de empadronamiento y eliminando el requisito relativo a los recursos económicos** , circunstancia esta última que refuerza la idea de universalidad y que*

permitirá agilizar la tramitación de las solicitudes. Asimismo, **se reduce el plazo máximo para resolver**, se otorga expresamente carácter **positivo al silencio** administrativo y, especialmente, se recoge de forma expresa la posibilidad de **prestación provisional de asistencia sanitaria** no farmacéutica, incluso antes de dictarse la resolución, quedando condicionada su gratuidad a su ulterior estimación. Igualmente, **se amplía a dos años el plazo de validez** de la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria frente al año establecido en la normativa anterior. Finalmente, se incluye la **participación de las organizaciones sociales** más representativas en defensa del derecho al acceso a la atención sanitaria universal».

La mera transcripción evidencia la inconsistencia de este motivo, por lo demás reiterado a lo largo de todo el recurso de forma recurrente por la Administración autonómica. Novedades evidentes que hacen innecesario acudir al otro argumento esgrimido por la Abogacía del Estado, el hecho de que se han invocado hasta tres motivos procesales para atacar esta norma.

CUARTO

Llegados a este punto, la Sala considera que antes de entrar en los óbices procesales y como presupuesto de la regulación impugnada debe abordarse la propia competencia para dictarla, lo que lleva a al último de los motivos invocados por el Abogado del Estado. La norma cuestionada, [Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto](#) regula, como su propio título indica, « **la inclusión en el Sistema Sanitario Público** de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública». Así lo recoge expresamente el artículo 1 al concretar su objeto: « **establecer, en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Cantabria, los requisitos que garanticen el acceso a las prestaciones sanitarias**, en igualdad de condiciones que el resto de la población asegurada, a aquellas personas residentes en la Comunidad Autónoma, nacionales o extranjeras que, cualquiera que sea su situación administrativa, **no tenga acceso a un sistema de protección sanitaria pública en los términos de la normativa estatal** ». Añade el artículo 2.1, que « **La atención sanitaria** en el Sistema Sanitario Público de Cantabria [...] se realizará **en las mismas condiciones** de igualdad efectiva y calidad que corresponden al **resto de los usuarios del Sistema Nacional de Salud** ».

La Administración autonómica discute dos de los títulos competenciales invocados de contrario, los artículos 149.1.2ª (sobre extranjería) y 149.1.17ª de la [Constitución](#) (legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social), en cuanto considera que la Orden en litigio no regula estas materias, salvo de forma tangencial, si bien admite la competencia estatal básica y de coordinación general de la sanidad conforme al artículo 149.1.16ª. De ahí que sea el primero que se aborde.

Básicamente, el TC ha venido manteniendo, y así lo recuerda la [STC del Pleno 53/2016, de 17-3](#), si bien para un conflicto de competencias diferente, lo siguiente:

«**En materia de salud**, el [art. 149.1.16 CE](#) confiere al Estado potestad para dictar las **bases**, pero también para llevar a cabo la **coordinación general de la sanidad**. El Tribunal ha destacado que esta competencia estatal de coordinación responde a la "globalidad del sistema sanitario" (por todas, [STC 194/2004](#), FJ 8) y persigue "la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el **conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones** que, de subsistir, impedirán o dificultarán respectivamente la realidad misma del sistema"».

Efectivamente, el artículo 149.1.16ª es el que aborda frontalmente el derecho a la salud que dice regular la Administración autonómica. Pero en tal caso debe hacerlo respetando las bases y dentro de la coordinación de todo el Sistema Nacional de Salud competencia del Estado.

La [STC 136/2012, de 19-6-2012](#) se pronunció sobre el alcance de estas bases y coordinación estatal en el sentido siguiente:

« **En materia de sanidad**, "la [Constitución](#) no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínimay de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias ... dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre

la materia tengan conforme a la [Constitución](#) y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar -como se ha dicho- el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos" (mismo FJ 7), doctrina que ha sido reiterada recientemente, en la supra citada [STC 22/2012, de 16 de febrero](#) , FJ 3.

»A partir de esta doctrina debemos considerar el carácter **básico** de art.2 e) de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece la **garantía de financiación pública del sistema** , del art. 3 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que **define las personas aseguradas y que por tanto tienen derecho a las prestaciones sanitarias** en los términos legalmente establecidos, de la disposición adicional cuarta, referida a los mutualistas, y de los citados arts. 7, y 8 a 8 quater, que recogen las diferentes **modalidades de prestaciones sanitarias**, comenzando por las que constituyen el núcleo esencial o epicentro de la propia materia de sanidad, la denominada "cartera común básica", y finalizando por las prestaciones suplementarias y de servicios accesorios.

»Pues bien, en aplicación de la doctrina supra recogida, cabe concluir que **la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico** , pues define los **ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia** . En efecto, la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia **tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias** que deben ser garantizadas a todos ellos, por integrarse en la "cartera común", permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios).

»Además, también por aplicación de nuestra doctrina ([SSTC 98/2004, de 25 de mayo](#) ; y [22/2012, de 16 de febrero](#) , FJ 3) cabe considerar **como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad** , lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, **los supuestos en los que algunas prestaciones comunes** que no son básicas (las "suplementarias" y de "servicios accesorios") **pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio** (tasa o "copago"). En efecto, la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y **en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio**, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia **debe ser regulado de manera uniforme**, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional.

»Finalmente, dichas **bases habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas** , de su propia política sanitaria. Éstas podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus **propias carteras de servicios** (art. 8 quinquies), y establecer **servicios adicionales** para sus residentes. Es decir, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo».

Es cierto que se permite, comenzando con el argumento esgrimido por la Administración autonómica, una mejora del mínimo estatal. Pero para el establecimiento de servicios **adicionales** . Quién puede beneficiarse de las prestaciones sanitarias y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios corresponde a la normativa básica. Efectivamente, la [Ley 16/2003, de 28 de mayo](#) , de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud parte de que la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos se garantiza a los asegurados que el artículo 3 define. Y cuando no reúna los requisitos exigidos, contempla su extensión a nacionales, miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio « *siempre que acrediten que no*

superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente». A renglón seguido define a los beneficiarios por su relación con el asegurado. Y en el número 5 de dicho precepto establece lo siguiente:

*« Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo **podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago** de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial*».

El artículo 3 bis de la Ley regula el reconocimiento y control de la condición de asegurado , que corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina. *« Reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual*» .

Y el artículo 3 ter reconoce el derecho a la asistencia sanitaria para extranjeros ilegales en nuestro territorio en los siguientes términos:

« Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

Siendo éstas las bases del sistema nacional de salud, lo que es evidente es que una Orden Ministerial no puede ser en ningún momento desarrollo de esta normativa básica de la que claramente se aparta para oponerse a su espíritu. Si la Comunidad Autónoma no está conforme con esta restricción bien pudo impugnar esta normativa ante el Tribunal Constitucional. No lo ha hecho y ha optado por desarrollar una norma de rango inferior, como es la Orden Ministerial, para regular lo contrario a lo que impone la modificación.

Los títulos competenciales que de forma confusa esgrime no son suficientes a estos efectos. El [artículo 43](#) de la [Constitución Española](#) dispone:

«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

Este reconocimiento del derecho a la salud no determina el régimen concreto en que los poderes públicos deben organizarla y tutelarla, quedando el régimen de derechos y deberes supeditados a lo que establezca la Ley. En este caso, la Ley estatal que la Orden Ministerial contraviene.

E La [Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre](#) , de Estatuto de Autonomía para Cantabria atribuye en el artículo 25 competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social, así como en ordenación farmacéutica. Y en el artículo 26 la mera gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Como desarrollo normativo autonómico se invoca la [Ley 7/2002, de 10 de diciembre](#) , de Ordenación Sanitaria de Cantabria. En su artículo 6 se define el Sistema Sanitario Público de Cantabria como *« el conjunto de recursos, medios personales, materiales y organizativos, funciones, prestaciones y actuaciones sanitarias del Sistema Autonómico de Salud [...] Las prestaciones sanitarias ofertadas por el Sistema Sanitario Público de Cantabria serán las establecidas en cada momento en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud y las que se incluyan por*

acuerdo del Gobierno de Cantabria... La inclusión de **nuevas prestaciones** en el Sistema Sanitario Público de Cantabria requerirá la **aprobación del Gobierno de Cantabria**, a propuesta de la Consejería competente en materia de sanidad, previo informe de la Consejería de Economía y Hacienda».

Que el Sistema Público Autonómico forma parte del Sistema Nacional de Salud también se recoge expresamente en la [Ley 14/1986, de 25 de abril](#), General de Sanidad al disponer su artículo 44 :

«1. Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema nacional de salud.

2. El Sistema nacional de salud es el conjunto de los Servicios de salud de la Administración del Estado y de los Servicios de salud de las Comunidades autónomas en los términos establecidos en la presente ley».

Es evidente que la Orden Ministerial no está habilitada para, al margen de la normativa básica estatal y sólo en base a la referencia que tanto ésta normativa como la de desarrollo autonómico hacen al principio de universalidad, regular el acceso gratuito al sistema público de salud de forma contraria a lo establecido por la normativa básica. Este principio se recoge en la normativa básica por lo que su eventual desarrollo sólo puede efectuarse dentro del alcance que aquélla le haya otorgado. Y que la Orden refiera no está regulando la condición de asegurado o beneficiario de la asistencia sanitaria carece del más mínimo rigor. Un concepto jurídico se corresponde a un régimen jurídico. Y si la normativa estatal considera que quien puede acceder al sistema nacional de salud es el asegurado o beneficiario, es obvio que el acceso al sistema autonómico está regulando esta condición.

Los problemas de salubridad sobre los que se explaya la contestación al recuso sufren la misma distorsión que los anteriores argumentos. Si lo que se está regulando es el derecho a la salud, como en definitiva se reconoce, ha de estarse al juego competencial de la [Constitución](#) previsto en el artículo 149.1.16ª, que en este caso no se ha respetado.

QUINTO

Pero no sólo se invaden competencias en materia de salud sino que el [artículo 43.2](#) de la [Constitución Española](#) remite, efectivamente, a la regulación de los derechos y deberes de todos mediante ley. Nótese que el régimen de gratuidad a extranjeros ilegales con independencia de que gocen de recursos no se recoge expresamente en la Ley autonómica. Habría, igualmente y como indica el Abogado del Estado, una quiebra de la reserva de ley establecida en la [Constitución](#), aun cuando se contase con competencias en la materia que respetaran la normativa básica, incluido el derecho acceso a la prestación. En concreto, para dotar de « **propias carteras de servicios** » (art. 8 quinquies), y establecer servicios adicionales», que es la mejora admitida por el Tribunal Constitucional en su doctrina hasta el momento emitida, que es la que vincula en estos momentos a los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo establecido en el [artículo 5.1](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#).

SEXTO

Finalmente, un hipotético desarrollo de la normativa autonómica, que ya se ha dicho no está identificada de forma concreta y suficiente a nivel legal, no sólo tendría que respetar la normativa básica sino que, igualmente, tendría que ser dictado por el Gobierno autonómico. El [artículo 6](#) de la [Ley 7/2002, de 10 de diciembre](#), de Ordenación Sanitaria de Cantabria remite a este órgano, a propuesta la Consejería. Lo mismo sucede con la Disposición Final Primera de la citada ley, al facultar al Gobierno de Cantabria para que adopte las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma.

Responde esta habilitación a las atribuciones que el artículo 18.e) de la [Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre](#), de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria le confiere: la de aprobar decretos en los términos previstos en esta Ley. La potestad reglamentaria y función ejecutiva en materias de la Consejería (artículo 33.f) ya fue interpretado por la Sala en [Sentencia de 6-3-2006](#), rec. 731/2004. Se apoyó dicha sentencia en la del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, [S 22-12-1997](#), rec. 1467/1990 sobre la paralela potestad

reglamentaria del Gobierno conforme al artículo 97 de la [Constitución](#) , potestad que se reitera en otras posteriores, como la STS, Sala 3ª, sec. 3ª, S 17-3-2016, rec. 2398/2013 . Razones de coherencia y seguridad jurídica invitan conllevan se mantenga la misma interpretación. Como entonces de dijo sobre los preceptos hoy en liza:

« Frente a la posición que sostiene el Gobierno de Cantabria, hemos de hacer las siguientes consideraciones:

1ª. La potestad reglamentaria es el poder que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para dictar normas que no tienen rango de ley. La justificación de la potestad reglamentaria es la siguiente: que la Ley, por sí misma, es insuficiente para regular la convivencia de la sociedad y la gestión de los intereses de la comunidad. Esta es la razón por la que la Ley llama al reglamento que una vez dictado conforme a Derecho pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, complementando a la Ley, como es doctrina jurisprudencial consolidada.

2ª. No todos los órganos de la Administración pueden dictar reglamentos ; de aquí una de las más importantes diferencias con los actos administrativos que sí pueden dictarlos todos los órganos administrativos, dentro de las competencias que el ordenamiento jurídico le atribuya. La potestad reglamentaria, que complementa a la Ley, deriva de la [Constitución](#) ; la Administración ejerce la potestad reglamentaria conforme a la [Constitución](#) y a las leyes ([art. 97 CE](#)). Pero el reglamento sólo puede dictarse por el órgano competente y, además, su elaboración y aprobación ha de serlo con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho ([art. 103.1 CE](#)).

3ª. Desde la perspectiva de la Administración General del Estado, la potestad reglamentaria que desarrolla y complementa a la norma jurídica (ley y reglamento), es encomendada por la [Constitución](#) al Gobierno ([art. 97 CE](#) citado). Los Ministros también ejercen la potestad reglamentaria, pero sólo en materias propias de su departamento, es decir, en materia organizativa o doméstica. Por ello, se distingue así: reglamentos del Gobierno (del Consejo de Ministros), que son fruto de una potestad administrativa originaria o derivada de la [Constitución](#) ; los reglamentos de los Ministros, que si la Ley les habilita específicamente para desarrollar una norma reglamentaria, son fruto de un poder derivado; sólo los reglamentos domésticos u organizativos pueden dictarse por los ministros sin la necesidad de una especial habilitación legal. La doctrina consignada, es reiteración de la que estableció el TS en su [sentencia de fecha 22 de diciembre de 1997](#) , en la que se dijo lo siguiente:

" La potestad reglamentaria autónoma de éstos, sin embargo, se constriñe a aquellas materias relativas a su ámbito interno o, como dice el propio precepto (el artículo 14.3 de la [Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado](#) , de 26 de julio de 1957, añadimos) a "las materias propias de su Departamento", entre las que se suelen incluir las referentes a su organización y a las relaciones de sujeción especial. Fuera de este campo puramente doméstico, no hay en manos de tales autoridades y órganos una potestad normativa propia "ad extra", con facultad de afectar a las relaciones de sujeción general en que se encuentra el común de los ciudadanos respecto del Estado, ni a sus derechos y obligaciones"».

La necesidad de reglamento del Gobierno para el desarrollo de esta materia convierte en ocioso el pronunciamiento acerca de los dos informes preceptivos requeridos por el artículo 121 de la [Ley autonómica 6/2002](#) para las Órdenes Ministeriales. No obstante, decir que la reforma efectuada por la [Ley 1/2010, de 27 de abril](#) precisa, efectivamente, su desarrollo reglamentario, el cual no se ha producido. Y que la [Sentencia de la Sala dictada en el rec. 531/04, de 19 de mayo de 2005](#) , admitió que el informe de Secretaría fuera un informe de legalidad al interpretar el art. 121 de la [Ley de Cantabria 6/2002](#) .

Por todo ello, procede declarar la nulidad radical de la Orden Ministerial impugnada al amparo del artículo 62.2 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#) , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

SÉPTIMO

De conformidad con el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , al resolver en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que

el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

F A L L A M O S

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado , contra la [Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto](#) , por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública, BOC de 17-8-2015, declarando la nulidad radical de dicha disposición e imponiendo las costas a la parte que ha visto desestimadas todas sus pretensiones.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

Análisis

Normativa afectada

 (Disposición Derogada) **Orden núm. SAN/38/2015, de 7 de agosto.** [LCTB 2015\188](#)

- **declarado nulo fallo.**