

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda
Sentencia núm. 223/2019

Fecha de sentencia: 21/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5975/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 18/09/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Asistencia sanitaria prestada por hospitales públicos de las comunidades autónomas a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social. Determinación de la Administración (penitenciaria o sanitaria) que debe hacer frente al coste (precio público) de tal prestación.

La jurisdicción contencioso-administrativa es la que tiene atribuida la potestad de juzgar el asunto, aunque la cuestión se refiera a prestaciones de la Seguridad Social, pues no está concernido el derecho a la asistencia, sino el reparto de costes entre dos administraciones públicas del precio público derivado de aquella prestación.

A falta de convenio de colaboración -incumpliendo el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario- la normativa aplicable abona que sea la Administración del Estado -Instituciones Penitenciarias- quien satisfaga esos

costes: (i) por la relación de sujeción especial que liga al interno con tal Administración, (ii) por la obligación ex lege de garantizar su salud y (iii) por la inexistencia de precepto alguno que permita excluir aquella financiación por la sola condición del preso como beneficiario de la Seguridad Social.

R. CASACION núm.: 5975/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda
Sentencia núm. 223/2019

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 21 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Segunda por los Excmos. Sres. Magistrados que figuran indicados al margen, el recurso de casación nº **5975/2017**, interpuesto por la Letrada de la Administración Sanitaria, en la representación que, por ministerio de la Ley, ostenta del **SERVICIO ANDALUZ DE SALUD**, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación nº 429/2017 (ES:TSJAND:2017:9242), en concepto de liquidación por la asistencia sanitaria dispensada a internos de un centro penitenciario. Ha comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado, en nombre y representación de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.

Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 5 de octubre de 2017 que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 19 de abril de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Sevilla, dictada en el procedimiento abreviado nº 641/2016, en relación con la liquidación de precios públicos, por importe de 9.450,42 euros, girada por el Servicio Andaluz de Salud por el concepto de asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Puerta del Mar a internos del Centro Penitenciario El Puerto III (El Puerto de Santa María, Cádiz).

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio son los siguientes:

a) El Servicio Andaluz de Salud giró al Centro Penitenciario Puerto III en el Puerto de Santa María (Cádiz) la liquidación 0472414448362, de 9 de septiembre de 2016, ascendente a 9.450,42 euros, por la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Puerta del Mar a los internos del centro penitenciario en el año 2015. El Ministerio del Interior interpuso recurso contencioso-administrativo contra tal liquidación ante el Juzgado Contencioso Administrativo nº 6 de Sevilla, que dictó sentencia desestimatoria el 19 de abril de 2017, en el procedimiento abreviado nº 641/2016. Contra dicha sentencia interpuso el Abogado del Estado recurso de apelación.

b) La Sala de instancia dictó sentencia de 5 de octubre de 2017, estimatoria del recurso de apelación deducido, en que se anula la liquidación

impugnada. La sentencia razona lo siguiente, en síntesis (FJ 2º) -por remisión a precedentes suyos-:

"[...] SEGUNDO.- Cuestión semejante a esta ha sido resuelta por esta misma Sala y sección en sentencia de fecha 7 de septiembre de 2017, recaída en el recurso de apelación número 172/2017, consideraciones que por tanto hemos aquí de reiterar. Así, teniendo en cuenta que la aludida sentencia era estimatoria de la pretensión de la Administración Penitenciaria, dijimos que la misma: "... *hace hincapié en que la Administración penitenciaria tiene encomendada la asistencia sanitaria de los reclusos, que ha de ser de carácter integral y orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación, previendo el art. 207.2 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que, "a tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita", y razona la sentencia que ello es así "porque la asistencia a estos internos no se financia por la Administración penitenciaria, sino por la Administración sanitaria en cuanto beneficiarios de la Seguridad Social que reciben la asistencia sanitaria no por su condición de reclusos, sino por su derecho propio, que no lo pierden, en tanto asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social", haciendo suyo el criterio de la Sala de lo Social de Sevilla de este T.S.J. de 23 de octubre de 2008 (recurso 3447/2007) que, con cita de sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de abril de 2002, y de Asturias de 24 de noviembre de 2006, expone: "... En cuanto a que el penado deja de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social al entrar en prisión que se alega en el recurso, cabe indicar que el art. 207 apartado 2 del citado Reglamento establece que "la administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolo, planes y procedimientos así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita", de modo que tal como concluye con acierto la sentencia en este caso al tener el interno derecho propio a la asistencia sanitaria no se abonará ninguna cantidad por él puesto que recibirá la asistencia sanitaria en virtud de ese derecho no en calidad de recluso lo que significa que dicha asistencia no se financia por Instituciones Penitenciarias sino por la propia Seguridad Social al ser el demandante un beneficiario suyo ..." Esta interpretación -prosigue la sentencia apelada- no se contradice con el resto del articulado del Reglamento Penitenciario: La Administración penitenciaria asegura y garantiza la prestación de una asistencia sanitaria integral, estableciendo un modelo que distingue la atención primaria y la atención especializada. La atención primaria se dispensa con medios propios de la Administración penitenciaria o ajenos concertados por la misma, y la asistencia especializada se asegura, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud (art. 209), pero de ello no se deriva de que esta atención especializada prestada a través del Sistema Nacional de Salud haya de ser a cargo de la Administración penitenciaria en todo caso, pues la norma lo dice y se ha de estar a los términos del correspondiente convenio de colaboración entre la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias (art. 207.2). En caso de no haber convenio, como ha ocurrido en el año 2015 a que se refieren las liquidaciones recurridas, la atención especializada prestada a los reclusos a través del Sistema Nacional de Salud, cuando se trate de beneficiarios o asegurados de la Seguridad Social, será financiada por la Administración sanitaria, en cuanto que el interno la recibe por derecho propio y no en calidad de recluso, dado que su condición de*

asegurado no se altera por el hecho de ingresar en prisión. Contra ella se alza la Administración sanitaria apelante alegando que históricamente la materia estaba regulada en el Convenio suscrito el 17 de noviembre de 1995 entre la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia e Interior y el Servicio Andaluz de Salud, por cuya virtud el Estado transfería a la Comunidad Autónoma una única liquidación a tanto alzado por el concepto de prestación efectuada por la Comunidad Autónoma en concepto de asistencia sanitaria a la población reclusa.

Posteriormente, y tras la extinción de ese convenio con efectos de 1 de enero de 2012, la facturación correspondiente al periodo habido entre esta fecha y la del 16 de agosto de 2013 se realizó por el Servicio Andaluz de Salud de forma centralizada al amparo de los acuerdos adoptados entre el Ministerio de Justicia y la Consejería de Salud, emitiéndose un total de 17.000 facturas por importe de 10.6 millones de euros, cantidad que ha sido recaudada a través de la cuenta restringida del Servicio Andaluz de Salud durante los años 201-1 y 2015, y revela que el Estado, mediando el convenio, asumía el coste de la asistencia sanitaria de prácticamente toda la población reclusa, sin distinguir entre quienes tuvieran o no la condición de beneficiario o asegurado de la Seguridad Social, máxime si tenemos en cuenta que con anterioridad a la reforma del art. 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud estaba consagrada prácticamente la universalización de la asistencia sanitaria a toda la población. Es a partir del 1 de enero de 2014 cuando la Administración del Estado decide no hacerse cargo del coste de las asistencias prestadas a internos con cobertura de la Seguridad Social, consistiendo la cuestión controvertida precisamente en determinar si la obligación de soportar el coste de la asistencia sanitaria prestada a la población reclusa pesa sobre el Estado o sobre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma en el caso que los internos tengan la condición de beneficiario o asegurado de la Seguridad Social, toda vez que nada discute el Estado cuando el interno en centro penitenciario no tiene esa condición de beneficiario. Para la Administración sanitaria apelante la sentencia infringe el art. 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, así como los arts. 207 a 209 del Reglamento Penitenciario, y hace una interpretación errónea del alcance de las obligaciones sinalagmáticas asumidas por el Estado y la Comunidad Autónoma en virtud de los convenios de colaboración firmados. Invoca la apelante lo dispuesto en tales preceptos, a cuya virtud "la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos" (ex art. 3.4), y afirma que es rotunda la dicción literal del art. 208: "A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población", sin señalar que se sufragará por el Sistema Nacional de Salud y sin distinguir entre presos beneficiarios y no beneficiarios a la Seguridad Social. Alega que cuando el art. 207.2 del Reglamento Penitenciario establece que "la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita", no significa que en defecto de convenio, como es el caso que ahora nos ocupa, la obligación de asumir ese gasto sea de la Administración sanitaria, al contrario, y así ha sucedido hasta 2014, y la mención que hace este precepto al número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social "sólo refiere la forma en que se ha de calcular la cuantía que ha de abonar por esta asistencia la Administración penitenciaria en el caso de que se formalicen convenios de colaboración".

También se alega en el escrito de apelación la "incorrecta aplicación" de la sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla de 23 de octubre de 2008 pues la afirmación que en ella se hace viene referida a efectos de abono de la prestación por incapacidad temporal del penado, que es cuestión distinta a la prestación por asistencia sanitaria, y ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo

Social) de 19 de julio de 2011 que tal asistencia sanitaria se presta por la Administración penitenciaria bien con medios propios o bien a través de conciertos con las Administraciones Sanitarias correspondientes, conforme disponen los arts. 208.2 y 207.2 del Reglamento, ya citados.

Insiste la Administración apelante en la falta de transferencia a las Comunidades Autónomas de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias, al no haberse dado cumplimiento a lo señalado en la disposición final segunda de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ni haberse llevado a cabo lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y que hasta tanto no se cumpla con este mandato legal la asistencia sanitaria prestada a los internos es a cargo de las Instituciones Penitenciarias, y prueba de ellos son los propios convenios suscritos. Así, la cláusula octava del convenio entre Instituciones Penitenciarias y la Consejería de Salud establece como fórmula de liquidación la que resulte del "número medio de internos real en régimen ordinario y cerrado, según certificación emitida por el órgano correspondiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias". También la cláusula octava del convenio ya citado de 1995 fijaba una cantidad a tanto alzado a cargo del Estado Por la asistencia sanitaria ofertada a la población reclusa internada en los centros penitenciarios situados en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, en los términos previstos en el presente Acuerdo", pagos que se ajustaban además a las previsiones presupuestarias de Instituciones Penitenciarias, sin que pueda prescindirse de estos antecedentes sólo por el hecho de no existir ahora convenio de colaboración, en cuya suscripción el Estado no tendría ya ningún interés, de modo que mientras que las competencias no sean transferidas a la Comunidad Autónoma andaluza, resulta de aplicación el art. 2.6 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la financiación de la referida asistencia sanitaria a los presupuestos del Estado. Por último, invoca la Administración apelante diversas sentencias en apoyo de su pretensión y concluye que la Administración penitenciaria ostenta la condición de tercero obligado al pago. Para el Abogado del Estado, por su parte, el asunto es de "enorme sencillez" porque si un recluso tiene la condición de beneficiario a la Seguridad Social y en esa condición recibe la asistencia sanitaria, carece de sentido que la Administración sanitaria pretenda cobrar tal asistencia girando liquidación a la Administración penitenciaria, alegando el acierto de la sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla de 23 de octubre de 2008, y la incorrección de las liquidaciones recurridas, citando ejemplos de lo ocurrido en otras Comunidades Autónomas como Valencia y Canarias, donde también se giraron en un principio y luego rectificaron y las anularon, insistiendo en que el art. 207,2 del Reglamento Penitenciario parte del presupuesto según el cual la financiación a cargo de la Administración penitenciaria no comprende los gastos de los internos afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita, y por eso, "si hay convenio, así se hará constar en el mismo, pero si no lo hay, el criterio por ello no pierde valor", siendo "absurdo" que la carga de estos gastos corresponda o no a la Administración dependiendo de si hay o no convenio, pues "si así fuera bastaría que el SAS se negara a suscribir convenio para no asumir la carga". Añade que no es argumento válido que la sanidad penitenciaria no esté transferida a la Comunidad Autónoma andaluza porque, independientemente de esto, antes que internos son beneficiarios de la Seguridad Social por derecho propio, y que tampoco lo es el argumento de que los gastos han de correr siempre por cuenta de la Administración penitenciaria aunque tengan la condición esos internos de beneficiarios de la Seguridad Social porque "está en contradicción" con el hecho de que hasta 2014 se suscribieron convenios de colaboración en que se tenían en cuenta esta circunstancia a efectos de repartir la carga económica. Igualmente invoca diversas sentencias en el sentido que postula.

SEGUNDO.- En primer lugar la Administración apelante invoca en apoyo de su pretensión los antecedentes históricos consistentes en las fórmulas empleadas en convenios anteriores suscritos con la Administración penitenciaria. Acerca de la relevancia de estos antecedentes históricos, la sentencia del T.S.J. de Madrid de 30 de septiembre de 2016 (recurso 424/2015), seguida por otra de 22 de diciembre de

2016 (recurso 513/2015), sobre igual materia litigiosa a la que nos ocupa, resuelve lo siguiente: "...la Comunidad de Madrid suscribió uno con la Administración Penitenciaria el 1 de enero de 2014, pero dicho convenio perdió su vigencia el 31 de diciembre de 2014, sin que conste que se haya producido renovación del mismo, tal y como preveía la cláusula 12" del mismo. Por ello habría que acudir al viejo suscrito en fecha 23 de marzo de 1995 entre la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia e Interior y el INSALUD, en cuya posición se subrogó la Comunidad de Madrid por virtud del Real Decreto 1479/2001, de 27 de Diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud. El convenio se remite a un anexo II sobre el pago de los servicios prestados por el Insalud, y que recoge los precios a pagar por instituciones penitenciarias según servicios prestados. Al perder vigencia el convenio de 2014 cobraría vigencia el viejo convenio de 1995 dado que la Comunidad de Madrid no ha asumido competencias en materia penitenciaria, ni en su estatuto ni mediante la transferencia de competencias. El convenio de 2014 establecía un pago de la Administración Penitenciaria a la Sanidad Madrileña en función del número de población reclusa. Si bien el convenio de 1995 establecía que la asistencia sanitaria, tanto primaria como especializada, a los internos, era sufragada por Instituciones Penitenciarias, sin que entonces se excluyesen los gastos de aquellos presos que ahora si pretende que se excluyan, extremo que no ha quedado demostrado en ningún lugar partiendo de lo expuesto, y sentado como premisa, cabe plantearse, qué cambio normativo ampara a la actora para pretender, en un determinado momento como este, dejar de pagar lo que venía asumiendo por entender que ahora corresponde a Sanidad Madrileña cuando se trata de internos que tienen la condición de asegurado a efectos de recibir la prestación sanitaria con cargo a los fondos públicos. No podemos perder de vista que el artículo 207-2 se limita a referirse al contenido que debe tener el Convenio entre Administraciones Públicas, no puede interpretarse de forma abstracta, al margen de la existencia de un convenio vigente y libremente aceptado, y por supuesto en vigor. Aún en el hipotético caso de que se entendiera que no existe convenio, no pueden realizarse o dar efectividad práctica a estas interpretaciones sin la existencia previa del mismo. Para que esta interpretación sea efectiva, la Administración demandante debe promover un nuevo convenio de colaboración donde se prevea la asunción proporcional de gastos o las distinciones pretendidas entre los internos y que esta interpretación sea aceptada dentro del margen de la autonomía de la voluntad por la CCAA que firme con ella dicho convenio, pero no puede suplirse esta inactividad acudiendo a la vía judicial para que sea esta la que supla la omisión de la promoción de actividad tendente a lograr convenios de colaboración, que implican cuerdos entre la Administración del Estado y una o varias Comunidades Autónomas". Y concluye: "En la medida en que se realice un nuevo convenio sigue vigente el viejo entre el Insalud y IIPP y como tal, la facturación de las prestaciones sanitarias se realiza por los centros hospitalarios dependientes de la Gerencia regional de salud conforme a las previsiones contenidas en el mismo, de acuerdo con lo previsto en el art. 2.7 del Real Decreto 1030/2006, siendo así que la obligación que corresponde a Instituciones penitenciarias de financiar las prestaciones sanitarias a los reclusos deriva de la competencia del Estado en esta materia, razones todas ellas que conducen a desestimar el presente recurso contencioso administrativo, formulado por el Abogado del Estado". Sin embargo, esta solución que ofrecen las expresadas sentencias del T.S.J. de Madrid no resulta trasladable al caso que nos ocupa porque, al contrario de lo que se considera en esta sentencia, en el nuestro la Administración apelante reconoce, y es hecho incontrovertido y admitido por la Administración penitenciaria, que ahora, desde 2014, no rige ningún convenio entre ellas, sin que se invoque la vigencia de ninguno de los anteriores. Siendo esto así, la sentencia del T.S.J. de Castilla-León, Sala de Valladolid, de 5 de abril de 2017 (recurso 397/2016), en asunto sustancialmente igual al que nos ocupa, ofrece la correcta solución a la invocación de esos antecedentes históricos que hace la Administración sanitaria apelante, cuando recoge que, ciertamente, "llama la atención que la parte recurrente hasta ahora haya venido abonando las facturas expedidas por los centros hospitalarios de esta Comunidad Autónoma por la atención especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios ubicados en ella, en virtud de un convenio o de una práctica que se ha reiterado años, y que a partir del año 2015 se efectúe una

nueva interpretación de la normativa de aplicación por parte de la Abogacía del Estado para negar la procedencia de ese pago sin llegar a un acuerdo con la otra Administración implicada sobre la distribución de estos gastos, cuando esta fórmula convencional parece que es a la que se remite el mencionado art. 207.2 del Reglamento Penitenciario y es la que se ha seguido con otras Comunidades Autónomas con las que se han suscrito convenios de colaboración. Dicho esto, tiene razón la parte apelante cuando señala que si en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva acude al órgano jurisdiccional para que resuelva, con arreglo a la normativa de aplicación, la controversia, es éste el que debe resolverla y no diferir la solución a un Convenio o acuerdo entre Administraciones". TERCERO,- Dicho esto, también compartimos los subsiguientes fundamentos jurídicos de esta última sentencia que reproducimos a continuación: "...En la sentencia apelada se parte de que la Administración Penitenciaria es un "tercero obligado al pago" al que los servicios de salud reclaman el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas a los internos, de conformidad con lo establecido en el art. 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Se establece en dicho precepto: "Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX". Y se entiende que la Administración Penitenciaria es un tercero obligado al pago porque es ella -y no el Servicio Nacional de Salud- la que tiene el deber de prestación de la asistencia sanitaria, de conformidad con lo establecido en el art. 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el art. 207 y siguientes del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP).

Establece el citado art. 3: "La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: Uno. .. Dos. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión. Tres. Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos. Quinto. ..." Y en el art. 207 del RP, se dice: "1. La asistencia sanitaria tendrá carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación. Especial atención merecerá la prevención de las enfermedades transmisibles. 2. A tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita. 3. La Administración Penitenciaria abonará a las Administraciones Sanitarias competentes los gastos originados por las inversiones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los Centros Hospitalarios extrapenitenciarios por motivos de seguridad".

El art. 208 preceptúa: "1. A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico- sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención. 2. Las

prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes". Y el art. 209: 1, Atención primaria.. 1.1 La atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma. ... 2. Asistencia especializada: 2. 1 La asistencia especializada se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud

2.3 Los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas.... Es de destacar que entre la Ley (1979) y el Reglamento (1996) se produce un cambio normativo sustancial, cual es la universalización de la asistencia sanitaria y la implantación del Sistema Nacional de Salud (arts. 1.2 y 44 de la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), así como la asunción por las Comunidades Autónomas de la competencia en materia sanitaria, que se financia en la forma establecida en el art. 46.d), 78 y 82 de la mencionada Ley. A ello se alude en la Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario en la que se dice. "La aparición de nuevas patologías con especial incidencia entre la población reclusa (drogadicción, SIDA, ...), así como la universalización de la prestación sanitaria exigen una completa remodelación de la normativa reglamentaria de una de las prestaciones básicas de la Administración penitenciaria como es la prestación sanitaria. En este ámbito, al igual que ocurre en materia educativa o en el campo de la asistencia social, la normativa reglamentaria, previa a la entrada en vigor de las Leyes básicas reguladoras de cada uno de estos sectores -Ley General de Sanidad de 1986, Ley de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990- debe ser adaptada a los principios establecidos en la mismas, así como a la efectiva asunción de competencias por diversas Comunidades Autónomas. De lo expuesto resulta que lo que establece la Ley General Penitenciaria (año 1979) es que la Administración penitenciaria debe velar por la vida, integridad y salud de los internos; es decir, dicha Administración es garante de esos derechos de los internos, debe posibilitar su efectividad en la forma que legalmente proceda, lo que no comporta necesariamente que sea la competente para prestar materialmente la asistencia sanitaria ni pagarla en todo caso y en este momento por lo que se dirá después. En el momento en que se aprueba esa Ley no se había universalizado todavía la prestación sanitaria ni se había asumido la competencia de sanidad por las Comunidades Autónomas, por lo que era la Administración Penitenciaria la que la prestaba a sus internos en tanto en cuanto es la garante de su salud (arts. 11 y 36 de la Ley General Penitenciaria), Esta situación se modifica por el cambio normativo expresado y fruto de ello es la previsión que se hace en la norma reglamentaria del año 1996, sobre la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia sanitaria de los internos, en la que se establece que solo ha de proceder al pago de una parte proporcional de los créditos fijados para esas atenciones teniendo en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita. Luego, si no todo el pago de la asistencia sanitaria corresponde a la Administración Penitenciaria, no puede afirmarse que es competencia exclusiva de dicha Administración la prestación y pago de la misma. Lo que sí es garante, como se ha dicho, de que todo interno reciba esa asistencia sanitaria. Se pasa de una asunción íntegra de la prestación y pago de la asistencia sanitaria de los internos por parte del Estado a un sistema intermedio de coordinación entre Administraciones: la Penitenciaria (estatal) y la Sanitaria (autonómica), de forma que la atención primaria de los internos se presta con medios propios de la Administración Penitenciaria, sin excluir los ajenos, y la asistencia especializada en régimen de hospitalización preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud (art. 209 del RP). La voluntad del Legislador es que toda la prestación sanitaria se efectúe dentro de los servicios autonómicos de salud, integrándose los medios propios de la Administración Penitenciaria en ellos. Así se prevé en la Disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Dice la mencionada Disposición: "Transferencia a las comunidades autónomas de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias. Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas para su

plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud. A tal efecto, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía", Dicho desarrollo reglamentario no ha producido por ahora, por lo que la asistencia sanitaria de atención primaria que se presta por la Administración Penitenciaria es financiada por ella y subsiste en sistema de coordinación entre Administraciones para garantizar la asistencia sanitaria integral de los internos. Lo controvertido es si la prestación sanitaria en atención especializada efectuada en centros hospitalarios que no dependen de la Administración Penitenciaria sino que están integrados en el Sistema Nacional de Salud debe ser pagada por ella. La Administración Penitenciaria tendrá que pagar la asistencia sanitaria que preste a los internos con medios propios o ajenos, en este último supuesto, como tercero obligado al pago, cuando aquellos no tengan la condición de asegurados/beneficiarios/afiliados a la Seguridad Social, pero no cuando ostenten esa condición y sean atendidos en centros hospitalarios integrados en el Sistema Nacional de Salud, Y ello es así, porque el interno en un Centro Penitenciario no pierde la condición de asegurado/beneficiario/afiliado a la Seguridad Social, tal y como se define en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril 1, teniendo garantizada por ostentar esa condición "la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicas, a través del Sistema Nacional de Salud". El reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina y una vez 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 (art. 3 bis de la Ley 16/2003). Los ciudadanos, en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, tiene derecho a "recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máxima, en los términos del artículo 25 y a recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir; en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma (arts 4.b y c de la ley 16/2003). Y en el art. 10 de la misma Ley al regular la financiación se establece que: "1. Las prestaciones que establece esta ley son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago. Las comunidades autónomas deberán destinar a la financiación de dichas prestaciones los mínimos previstos en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre. Los sistemas de garantías que prevé esta ley son asimismo responsabilidad financiera de las comunidades autónomas.

La suficiencia para la financiación de las prestaciones y de las garantías establecidas en esta ley viene determinada por los recursos asignados a las comunidades autónomas conforme a lo establecido en la mencionada Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y de acuerdo con el principio de lealtad institucional, en los términos del artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

De acuerdo con el apartado anterior; la inclusión de una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se acompañará de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer. Dicha memoria se elevará al Consejo de Política Fiscal y Financiera para su análisis en el contexto de dicho principio de lealtad institucional".

Claramente establece la Ley 16/2003 que la prestación de asistencia sanitaria del asegurado es responsabilidad financiera de la Comunidad Autónoma en que resida.

No hay tercero obligado al pago cuando la asistencia sanitaria la recibe un interno que ostente la condición de asegurado, porque la prestación sanitaria la recibe él y no la Administración Penitenciaria y el "asegurado" no es un tercero, sino que está integrado en el Sistema Nacional de Salud".

El T.S.J. de Aragón también ha llegado a igual conclusión. Así, en sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso 167/2015), expone que de los arts. 207 a 209 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, así como "de la condición de asegurados y/o beneficiarios del sistema a los efectos de la asistencia sanitaria, que ostentaban los reclusos y que no se pierde por el internamiento en un centro penitenciario, cabe concluir que la asistencia especializada se debe prestar y costear preferentemente por la Administración Sanitaria y no por la Penitenciaria. Así resulta de lo dispuesto en el art. 209.2 antes transcrito y del hecho de que los restantes preceptos no impongan la asunción de tal gasto por parte de la Administración Penitenciaria.

En este sentido el art. 207.2 dispone que los convenios de colaboración deben prever la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, teniendo en cuenta para el cálculo «el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita». La Administración Sanitaria, en fin, debe asumir en los centros sanitarios públicos la asistencia sanitaria especializada de las personas que reúnan la condición de asegurados, se hallen o no internas en un centro penitenciario, porque la privación de libertad no excluye la cobertura sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud de quien ostente dicha condición.

Esta conclusión no resulta desvirtuada por el hecho de que no se haya producido el traspaso a la Comunidad Autónoma de los servicios sanitarios penitenciarios, porque tal circunstancia solo tendría relevancia respecto al modo de prestación y coste de la atención primaria -art. 209.1- o de los gastos de asistencia especializada en el interior de los centros penitenciarios".

Se impone, pues, la estimación del recurso, anulando la liquidación objeto del mismo[...]".

SEGUNDO.- Preparación y admisión del recurso de casación.

1. La Letrada de la Administración Sanitaria, en la representación que legalmente ostenta del Servicio Andaluz de Salud, presentó el 8 de noviembre de 2017 escrito de preparación del recurso de casación contra la sentencia anteriormente mencionada, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas infringidas los artículos 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; los artículos 207.2 y 209.2 del Reglamento

Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996 y la infracción del artículo 10 y de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. La Sala de instancia acordó, mediante auto de 13 de noviembre de 2017, tener por preparado el recurso de casación por parte de la Letrada de la Administración Sanitaria autonómica contra la sentencia arriba mencionada.

TERCERO.- Interposición y admisión del recurso de casación.

1. El Servicio Andaluz de Salud, representado en la forma ya indicada, interpuso recurso de casación por escrito de 17 de abril de 2018, que observa los requisitos legales, en que menciona como normas jurídicas infringidas las citadas en el escrito de preparación y en que se pretende de esta Sala: "*[...] dicte en su día Sentencia por que, estimándolo, case y anule la Sentencia del TSJ de Andalucía de fecha 5 de octubre de 2017, recaída en el recurso contencioso administrativo núm. 641/2016 [...]*".

2. La Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por medio de auto de 7 de febrero de 2018, en que aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos literales términos:

"...Determinar a qué Administración, si a la sanitaria o a la penitenciaria, le corresponde asumir los costes generados por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria a personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario...".

CUARTO.- Oposición del recurso de casación.

El Abogado del Estado, en el ejercicio de la representación que por ministerio de la ley ostenta, emplazado como recurrido en este recurso de casación, presentó escrito de oposición de 25 de junio de 2018, donde suplica se dicte sentencia desestimatoria, en la que se declare que "*[...] de*

conformidad con lo establecido en las normas expuestas, corresponde a la Administración Sanitaria asumir los costes generados por la prestación de servicios de materiales sanitarios a las personas que se encuentran intervenidas en el centro penitenciario, cuando tales personas tengan derecho a asistencia sanitaria como asegurador beneficiario (sic) o afiliado a la Seguridad Social [...]"

QUINTO.- Vista pública y deliberación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 92.6 LJCA, se convocó a las partes a una vista pública, que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2018, en que las partes comparecidas, por su orden, expusieron los argumentos que tuvieron por conveniente en defensa de sus tesis, ratificándose en sus respectivas pretensiones y dando respuesta a las preguntas que les fueron formuladas por la Sala, y a cuya finalización dio comienzo la deliberación.

SEXTO.- Audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la jurisdicción a la que debe atribuirse el conocimiento del asunto, suspensión y reanudación de la deliberación.

Mediante providencia de 5 de octubre de 2018 se concedió a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal un plazo de diez días para formular alegaciones sobre si el conocimiento de este recurso pudiera corresponder a la jurisdicción social, trámite que evacuaron recurrente y recurrido mediante sendos escritos en los que sostuvieron que el asunto era de naturaleza contencioso-administrativa y al que dio cumplimiento el Fiscal mediante otro en el que se defendía que era la jurisdicción social la competente al efecto.

Por nueva providencia de 5 de diciembre de 2018 se suspendió la deliberación hasta la reincorporación al servicio activo de uno de los magistrados que asistieron a la vista, circunstancia que se produjo el 17 de diciembre siguiente, acordándose entonces reanudar dicho acto procesal el 16 de enero de 2019, fecha en la que finalmente se deliberó, votó y falló el asunto, con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.

El objeto de esta sentencia consiste en determinar a qué Administración, si a la sanitaria o a la penitenciaria, le corresponde asumir los costes generados por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria a personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario. En relación con dicha cuestión, hemos de tener en cuenta que, con esta misma fecha, hemos dictado sentencia en un recurso de casación, el nº 4544/2017, de similar naturaleza, en que se dilucidaban cuestiones semejantes a las aquí planteadas y donde también son comunes las interrogantes que nos suscitan los respectivos autos de admisión a los que debemos dar respuesta. La identidad no queda excluida por el hecho de que las comunidades autónomas sean distintas -en este caso, la andaluza y, en el mencionado como referencia, la madrileña-, así como por la inversión de las posiciones procesales en casación, fruto de los fallos opuestos de las sentencias en uno y otro caso impugnadas. Procede, por tanto, una remisión *in toto* a lo razonado y decidido en la expresada sentencia, dada la sustancial identidad de razón entre ambos asuntos, incluidas las consideraciones iniciales que abordan la cuestión de nuestra competencia jurisdiccional como presupuesto del examen de fondo.

La fundamentación expresada en dicha sentencia da respuesta a la pretensión casacional suscitada, en dicho asunto, por la Administración del Estado, parta allí recurrente, coincidente en lo sustancial, si bien no miméticamente, con el desarrollo argumental que en este asunto despliega la Administración sanitaria andaluza que en este recurso ocupa la posición procesal de recurrente. Sin embargo, la índole de las pretensiones y los términos de los autos de admisión permiten una reducción a la unidad de la respuesta que hemos de dar a dicha argumentación, dada esa identidad sustancial entre uno y otro recurso de casación.

SEGUNDO.- Referencia a la mencionada sentencia, de esta misma fecha, pronunciada en el recurso de casación nº 4544/2017.

Dice así la expresada sentencia, mediante la transcripción literal e íntegra de su fundamentación jurídica:

"[...] PRIMERO. Cuestión previa: corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento del asunto.

1. Como ha quedado expresado en los antecedentes de hecho, el litigio que nos ocupa ha sido suscitado por la Administración del Estado por entender que determinadas actuaciones de los hospitales públicos de la Comunidad de Madrid -exigiendo a los centros penitenciarios el abono de los gastos por la asistencia hospitalaria dispensada a internos en esos centros que cuentan, por sí mismos, con el derecho a la asistencia sanitaria gratuita a cargo del Sistema Nacional- son contrarias al ordenamiento jurídico.

2. La controversia jurídica que plantea el abogado del Estado en casación consiste en determinar, en efecto, si la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 2017 -que desestimó el recurso dirigido frente a aquellas liquidaciones de precios públicos - es o no conforme a Derecho, para lo cual resulta forzoso determinar, en primer lugar, si el litigio debe ser resuelto por este orden jurisdiccional, en la medida en que se cuestiona la legalidad de determinadas actuaciones de la Administración autonómica sometidas al Derecho Administrativo en las que no se ejercitan –propriadamente- potestades en materia de Seguridad Social, o, por el contrario, por el orden social, habida cuenta que la cuestión litigiosa se refiere a la asistencia sanitaria que se dispensa a aquel colectivo (internos en centros penitenciarios),

asistencia que tiene la naturaleza jurídica de prestación de la Seguridad Social.

3. La duda sobre la jurisdicción que tiene atribuido el conocimiento del recurso fue suscitada por esta misma Sala en providencia de 5 de octubre de 2018, al entender que la previsión contenida en el artículo 2, letra o) de la ley reguladora de la jurisdicción social (según el cual los órganos de dicha jurisdicción conocerán de los litigios que se promuevan en materia de prestaciones de Seguridad Social) podía determinar que fuera aquella jurisdicción la que ostenta la potestad de resolver el asunto, en la medida en que a la contencioso-administrativa no le corresponde enjuiciar -artículo 3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio- las cuestiones expresamente atribuidas al orden jurisdiccional social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.

4. Es evidente que la cuestión planteaba dudas relevantes, como lo demuestra la discrepancia entre el Ministerio Fiscal (que aboga por declarar que es la jurisdicción social la que ostenta la potestad de juzgar el asunto) y las partes en el proceso (que sostienen que es la jurisdicción contencioso-administrativa la que debe resolver el litigio).

Y es que, ciertamente, la actividad que ha sido prestada por los hospitales públicos madrileños a los internos en centros penitenciarios ha consistido, efectivamente, en la asistencia sanitaria hospitalaria, que constituye una prestación de la Seguridad Social, cuyo análisis podría corresponder, prima facie, a la jurisdicción social a tenor del artículo 2.o) de su ley reguladora. Sin embargo, las pretensiones ejercitadas en el proceso por las partes –la Administración penitenciaria y la Administración sanitaria autonómica- no versan sobre si los citados internos en centros penitenciarios tienen o no derecho a la asistencia sanitaria en los hospitales públicos del sistema nacional de salud, sino sobre algo bien distinto, a saber: cuál de esas dos Administraciones debe hacerse cargo del coste de aquella prestación, en el bien

entendido que no se suscita controversia entre las partes sobre la procedencia de que sea la sanidad pública madrileña la que debe prestar la asistencia hospitalaria correspondiente.

5. Este último extremo -el del reparto de costes, único que es debatido por las partes- y, sobre todo, la naturaleza de la retribución que la administración autonómica exige al Estado -un precio público a tenor del Anexo I, letra E) del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprueba el catálogo de servicios retribuidos por precios públicos- conduce a la Sala a entender que el conocimiento del litigio corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entendemos que debe ser esa nuestra decisión por las siguientes razones:

a) No está en cuestión el derecho de los presos a recibir la asistencia sanitaria; tampoco se discute que esa asistencia deba ser dispensada a través del sistema sanitario cuya titularidad corresponde a la Comunidad de Madrid. La controversia se ciñe exclusivamente a determinar qué Administración pública –si aquella bajo cuya dependencia se halla el paciente o aquella otra en la que se presta el servicio asistencial- debe afrontar los gastos de tal prestación, de manera que el asunto se asemeja más a un litigio entre Administraciones públicas del artículo 44 de la ley de esta jurisdicción que a un pleito en materia de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 2.o) de la ley reguladora de la jurisdicción social.

b) Ciertamente, este último precepto -el contenido en la letra o) del artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre- extiende las atribuciones de la jurisdicción social no solo al conocimiento de los litigios “en materia de prestaciones de Seguridad Social”, sino también a la “imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente

establecidos”. Tal previsión, empero, no coincide con la que aquí nos ocupa, pues -insistimos- no está en cuestión quién debe prestar la asistencia (esto es, quién es el responsable de tal actividad), sino quién debe abonar la dispensada, en el bien entendido que no se suscita controversia alguna en punto a qué entidad es la obligada a prestar la asistencia hospitalaria correspondiente (el hospital integrado en el servicio público madrileño de salud).

c) En el presente proceso no se impugna un acto de la Administración autonómica dictado en ejercicio de sus funciones y potestades en materia de Seguridad Social, sino un acto de esa misma Administración pública de naturaleza tributaria, emanado del órgano económico-administrativo competente (la Junta Superior de Hacienda de la Comunidad de Madrid), precisamente porque el coste del servicio prestado tiene naturaleza de precio público a tenor del texto refundido de la ley de tasas y precios públicos de dicha Comunidad Autónoma y del Anexo I, letra E –Consejería de Sanidad- del acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de julio de 1998 por el que se aprueba el catálogo de servicio susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos.

d) No albergamos dudas sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación que nos ocupa. El artículo 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, dispone que «tendrán la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados». Y este mismo concepto lo encontramos en el artículo 22 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre (texto refundido de la ley de tasas y precios públicos de la Comunidad de Madrid). De este modo, la contraprestación por la asistencia sanitaria dispensada a presos de Centros Penitenciarios que resultan beneficiarios/afiliados a la Seguridad Social debe entenderse como un precio público, en la

medida en que dicha contraprestación pecuniaria satisface el servicio prestado por hospitales insertos en el Servicio Madrileño de Salud, realizado -cabalmente- en régimen de Derecho público, extremo admitido por las partes.

e) Esta última circunstancia -la naturaleza de las sumas exigidas a los centros penitenciarios- impide que resulte de aplicación el artículo 2.s) de la ley reguladora de la jurisdicción social, pues los actos impugnados en el proceso no han sido dictados en materia de Seguridad Social, sino en ejercicio de las potestades administrativas de la Administración autonómica en materia tributaria.

SEGUNDO. Determinación de la normativa aplicable y posición de las partes en relación con la interpretación de la misma.

1. La solución del recurso -que exige determinar qué Administración debe satisfacer el coste de la asistencia hospitalaria dispensada por los hospitales públicos madrileños a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social- obliga a comenzar reproduciendo en lo esencial los preceptos (legales o reglamentarios) que disciplinan la cuestión litigiosa, concretamente:

a) Los artículos 3 y 3.bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que disponen, respectivamente, que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español” y que “una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste 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”.

b) El artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que establece en su número 2 que “se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión” y que destaca en su número 4 que “la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”.

c) El artículo 36 de dicha norma legal, que prevé -además de la presencia de un médico, como mínimo, en cada centro penitenciario y la existencia de servicios sanitarios en cada establecimiento- que los internos puedan ser asistidos en instituciones hospitalarias de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o urgencia, “en otros centros hospitalarios”.

d) La normativa de la Comunidad de Madrid sobre precios públicos, constituida por el Real Decreto Legislativo 1/2002 y la Orden 731/2013 -aquí aplicable racione temporis-, a tenor de la cual se garantiza a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal y se dispone, en relación con los supuestos en los que aparezca un tercero obligado al pago a tenor del artículo 83 de la Ley General de Sanidad, que los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria a cargo de dicho tercero tendrán la consideración de ingresos propios del Servicio de Salud y, además, que “las administraciones públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados”.

e) El artículo 207 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, que, tras establecer en su número primero que “la asistencia sanitaria tendrá carácter

integral”, dispone en su número segundo lo siguiente: “a tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”.

f) El artículo 208 de dicho Reglamento, según el cual (i) “a todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población” y, además, (ii) “las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes”.

g) El artículo 209 de ese mismo Reglamento Penitenciario que distingue entre la “atención ‘primaria”, que se dispensará “con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma”, y la “asistencia especializada”, que “se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud”, teniendo en cuenta que la que se preste en régimen de especialización “se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario” y que “los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas”.

h) La disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, citada, según la cual “los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud”, a cuyo efecto “en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía”.

2. Partiendo de que no se ha producido aún la integración prevista en este último precepto legal y de que no existe -desde el 1 de enero de 2015- Convenio en vigor entre la Comunidad de Madrid y el Ministerio del Interior (pues perdió vigencia el anterior y ni se prorrogó, ni se llegó a un nuevo acuerdo), la sentencia recurrida y la citada Comunidad Autónoma consideran que el coste de la asistencia sanitaria dispensada en los hospitales del Sistema Madrileño de Salud a todos los internos -sin excepción- en centros penitenciarios debe abonarse en su totalidad por la Administración General del Estado. Fundamentan dicho criterio en las siguientes proposiciones:

a) Cuando el artículo 208.2 del Reglamento Penitenciario dispone que las prestaciones sanitarias “se garantizarán en los centros penitenciarios con medios propios o ajenos concertados por la Administración penitenciaria” no distingue entre atención primaria y asistencia especializada, lo que solo puede querer decir que esta última debe ser garantizada también por Instituciones Penitenciarias, aunque sea con medios concertados.

b) La relación de sujeción especial que vincula a los presos con la institución penitenciaria no se rompe por su hospitalización externa o por su tratamiento fuera de la prisión, de suerte que tales centros son una auténtica prolongación del centro penitenciario, que no exonera a la

Administración competente (el Estado) de su deber de garantizar la asistencia integral.

c) No empece tal conclusión -para la Comunidad recurrida- la previsión contenida en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario relativa a la necesidad -en los convenios que habrán de formalizar la Administración Penitenciaria y las Administraciones sanitarias- de prever la financiación de la asistencia a cargo de la primera de esas Administraciones “mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para esas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”. No altera aquella tesis porque, a juicio de la Comunidad de Madrid, tal precepto solo es aplicable cuando hay convenio y, además, porque en todos los convenios anteriores suscritos por Instituciones Penitenciarias con las Comunidades Autónomas se calculó la contraprestación económica en atención al número de presos en régimen ordinario y cerrado de los centros penitenciarios, sin distinguir si tales presos tenían o no la condición de asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social.

d) En cualquier caso, la tesis preconizada por la Administración del Estado y por algunas Salas de otros Tribunales Superiores de Justicia (como Aragón) conduciría a una conclusión absurda: si no pueden girarse facturas hasta que no se suscriba un nuevo convenio de colaboración, ¿para qué iba el Estado a concertarse con las Administraciones sanitarias si éstas ya tienen el deber legal de abonar los servicios dispensados en los hospitales públicos?

e) Finalmente, se sostiene por la Comunidad de Madrid que la parte recurrente va en contra de sus propios actos en la medida en que en los convenios suscritos con anterioridad se señaló expresamente que el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, asumirá con cargo a su presupuesto la

asistencia sanitaria de los internos en los términos y forma de pago establecidos en las cláusulas cuarta y quinta del presente Convenio, siendo así que en estas dos cláusulas se prevé un pago per cápita de determinada cantidad (500 euros) atendiendo a la “media real de internos” del ejercicio, sin distinguir si éstos tenían o no derecho, por sí mismos, a la asistencia sanitaria pública y gratuita.

3. El abogado del Estado discrepa abiertamente de tal conclusión pues considera que de los preceptos más arriba transcritos se desprende indubitadamente -a falta de convenio en vigor entre ambas Administraciones Públicas- que es la Comunidad de Madrid la que debe asumir el coste de la asistencia especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios que ostentan la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social. Y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la privación de libertad no excluye la cobertura sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud de quien ostente dicha condición. Como se desprende del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, los asegurados/beneficiarios/afiliados a la Seguridad Social tienen garantizada “la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud”, siendo así que -a tenor del artículo 3.bis de esa misma Ley- “una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste 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”.

b) Además, siempre según el abogado del Estado, el artículo 209.2 del Reglamento Penitenciario establece con claridad la preferencia del Sistema Nacional de Salud para la prestación de la asistencia sanitaria especializada a la población reclusa, al distinguir

entre atención primaria (que se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciario o ajenos concertados) y asistencia especializada (que se asegurará preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud).

c) Corrobora la tesis que defiende el representante de la Administración del Estado, a su juicio, la regulación de los convenios de colaboración prevista en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, de la que se infiere que la asistencia sanitaria deberá prestarse -y sufragarse- por el Sistema Nacional de Salud (i) sobre aquellos internos que reúnan la condición de asegurados, beneficiarios o afiliados a dicho sistema y (ii) sobre las prestaciones propias de la asistencia sanitaria especializada recogida en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, excluyendo la atención primaria, única a cargo de la Administración Penitenciaria.

TERCERO. Criterio de la Sala: la asistencia sanitaria especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios debe ser sufragada por Instituciones Penitenciarias aunque tales internos sean beneficiarios, afiliados o asegurados del Sistema Nacional de Salud.

1. El litigio que nos ocupa trae causa de dos incumplimientos de sendas exigencias legales, imputables -con mayor o menor intensidad- a ambas partes en el proceso.

El primer incumplimiento es el del mandato contenido en la disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que prevé la transferencia a los órganos autonómicos de salud, mediante real decreto y en el plazo de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigor de dicha ley, de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias, que pasarán a integrarse en aquel Sistema conforme al método de traspasos establecido estatutariamente.

El segundo es el de la previsión contenida en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario que exige (“formalizarán”, dice el precepto) que la administración penitenciaria y las administraciones sanitarias suscriban convenios de colaboración en los que, por lo que ahora interesa, se determine la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones.

2. La solución a la controversia no está exenta de cierta complejidad, como lo demuestra el hecho de las distintas posturas adoptadas por nuestros tribunales, seguramente porque ambos criterios cuentan con argumentos perfectamente defendibles.

Nuestra solución -que, adelantamos, coincide con la de la sentencia recurrida- parte de dos consideraciones, derivadas de la normativa que más arriba se ha transcrito: la primera, que la protección integral de la salud del interno es un deber que se impone a la administración penitenciaria, a cuyo cargo tiene a una persona vinculada a ella por una evidente relación de sujeción especial; la segunda, que no hay un solo precepto legal o reglamentario que disponga que el coste de la asistencia sanitaria (cuando es dispensada a los presos fuera del establecimiento y por medios ajenos a la institución penitenciaria) deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta dicho servicio.

3. Como se sigue de las normas que transcribimos parcialmente más arriba, las prestaciones sanitarias se garantizan a los internos por la Administración penitenciaria con medios propios o ajenos concertados (en el caso de la atención primaria) y preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud (en los supuestos de la asistencia especializada), sin que el precepto que establece tal distinción (el artículo 208.2 del Reglamento Penitenciario) recoja diferencia alguna en

relación al abono de los gastos derivados de la asistencia de una u otra clase, pues solo ordena a la Administración Penitenciaria “garantizar” a todos los presos aquellas prestaciones.

4. Las partes han hecho especial hincapié -en sus escritos procesales y en el acto de la vista- en la dicción literal del artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, precepto que ambas invocan a su favor, y que conviene reproducir nuevamente en su integridad. Dice así el precepto:

“(...) la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”.

Sostiene el abogado del Estado, en efecto, que cuando la norma se refiere al “pago proporcional” y, sobre todo, cuando menciona que el cálculo de la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria se efectuará a tenor del “número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita” está queriendo decir que tales internos no pueden computarse para fijar la financiación, argumento que se completa con otra afirmación, según la cual la privación de libertad no altera en absoluto la condición de beneficiario de la Seguridad Social del preso.

La letrada de la Comunidad de Madrid, por el contrario, afirma que la aplicación del precepto exige un convenio en vigor (que aquí no existe) y, además, que la norma dice meridianamente que la financiación de la asistencia sanitaria es “a cargo de la Administración

Penitenciaria”, la única legalmente obligada a garantizar de manera completa y eficaz la salud de los internos en los centros que ella misma gestiona.

5. Vaya por delante que la tesis del representante de la Administración del Estado está en abierta contradicción con sus propias actuaciones anteriores, concretamente con los convenios de colaboración que suscribió al respecto con la propia Comunidad de Madrid. Si analizamos el último de ellos (publicado en el BOE de 29 de enero de 2014) comprobamos sin esfuerzo que Instituciones Penitenciarias abona a la Administración sanitaria madrileña “un pago capitativo de 500 euros para el año 2013”, que se actualizará en el año siguiente, y que parte de una retribución por preso a tenor de la “media real de internos en enero y febrero de 2013” (fijada en 8019 presos en centros penitenciarios), sin que aparezca en el convenio el menor atisbo de distinción derivada de que el preso concernido ostente o no la condición de afiliado a la Seguridad Social.

Es posible que lo anterior no constituya un acto propio en sentido estricto, pero sí resulta al menos curioso o singular que desde el 1 de enero de 2015 se defienda que no hay gasto alguno que el Estado deba sufragar en relación con la asistencia hospitalaria a presos con derecho a la Seguridad Social y que, previamente, se haya convenido con las Comunidades Autónomas un sistema en el que el Estado sí financiaba dicha asistencia.

6. En cualquier caso, la necesidad de “tener en cuenta” el número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita, impuesta por el precepto reglamentario a quienes deberán suscribir el convenio de colaboración, no significa -no puede significar- que aquellos internos se excluyan de la financiación o que el gasto de su asistencia haya de ser asumido íntegramente por la Administración sanitaria.

Si así fuera -esto es, si el reglamento hubiera querido que ese gasto fuera completamente ajeno a la administración penitenciaria- el precepto no llamaría al convenio para fijar una retribución a cargo de Instituciones Penitenciarias, sino que la excluiría completamente, señalando al respecto que la financiación que debe procurar el Estado solo va referida a la asistencia dispensada a quienes no están afiliados a la Seguridad Social.

Además, si tal exclusión fuera la que se deriva de aquel precepto, no alcanza la Sala a entender cómo el Ministerio del Interior ha sufragado, hasta el 31 de diciembre de 2014 y a tenor de convenios de colaboración suscritos sucesivamente con las administraciones sanitarias correspondientes, la asistencia especializada dispensada a todo tipo de reclusos por los Servicios de Salud competentes.

7. Resulta esencial, para resolver el litigio, insistir en que la normativa aplicable impone a la administración penitenciaria garantizar a los internos la asistencia sanitaria, sea con medios propios, sea con medios concertados. Tal exigencia –que se desprende nítidamente de los artículos 208 y 209 del Reglamento Penitenciario- no permite diferenciar entre atención primaria y asistencia especializada para imputar solo el coste de la primera –como el recurrente pretende- al Estado, pues la prestación de ambas constituye una obligación de la administración penitenciaria, si bien las mismas podrán desarrollarse con medios propios o con medios concertados (e incluso no concertados, en los casos de urgencia justificada, en los que habrá que acudir al hospital más próximo al centro penitenciario según el artículo 209.2.2 del repetido Reglamento penitenciario).

Y tampoco permite -aquella exigencia legal- que se impute el coste de la prestación a la administración sanitaria por la sola circunstancia de que el paciente -interno en una prisión- goce por sí mismo de los beneficios de la Seguridad Social. Esa excepción hubiera

necesitado, como dijimos, una expresa previsión normativa que, en el caso, no concurre.

8. Por último, el acogimiento de la pretensión actora conduciría a un estado de cosas no querido en absoluto por la normativa que resulta de aplicación en la medida en que ésta llama a los convenios de colaboración para concretar la forma en la que la administración penitenciaria financiará la asistencia sanitaria prestada por las administraciones sanitarias.

Es importante resaltar que el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, de continua cita, no deja libertad a las dos administraciones concernidas para suscribir los convenios de colaboración, sino que exige el concierto para determinar la financiación a cargo de la administración penitenciaria. Bastaría entonces con no suscribir convenio alguno para hacer ilusoria aquella previsión, trasladando a los órganos judiciales -como ahora sucede- la adopción de una decisión que, legalmente, debería haber sido tomada concertadamente por la administración penitenciaria y la administración sanitaria.

9. En definitiva, en la medida en que tienen la consideración de terceros obligados al pago -en los términos del artículo 83 de la Ley General de Sanidad y de la normativa de la Comunidad de Madrid que señalamos más arriba- aquellos que, “en virtud de normas legales o reglamentarias”, deban hacerse cargo del importe de la prestación correspondiente, la administración penitenciaria reúne aquella condición pues así viene establecida por las normas legales y reglamentarias que más arriba han sido analizadas e interpretadas.

CUARTO. Respuesta a la cuestión interpretativa que suscita el auto de admisión.

Con los razonamientos expuestos estamos en condiciones de dar cumplimiento a lo que establece el artículo 93.1 de nuestra Ley Jurisdiccional y responder a la cuestión suscitada en el auto de admisión, como necesitada de esclarecimiento, consistente en "determinar a qué Administración, si a la sanitaria o a la penitenciaria, le corresponde asumir los costes generados por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria a personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario".

Y la respuesta, coherente con los anteriores fundamentos jurídicos y partiendo de la situación de hecho contemplada en este asunto -la inexistencia de convenio de colaboración suscrito entre ambas administraciones-, es que corresponde a la administración penitenciaria la asunción de tales costes, con independencia de que el interno en los centros penitenciarios que recibe la asistencia sea o no beneficiario, afiliado o asegurado a la Seguridad Social [...]."

TERCERO. Resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

La lógica consecuencia de lo hasta ahora expuesto no puede ser otra que la de estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración sanitaria andaluza, en la medida en que la sentencia recurrida, al estimar el recurso de apelación deducido por la Administración del Estado, mediatamente frente a las liquidaciones de precios públicos giradas por el Servicio Andaluz de Salud, en concepto de asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Puerta del Mar a internos del Centro Penitenciario El Puerto III (El Puerto de Santa María, Cádiz), ha decidido el recurso de forma contradictoria con la doctrina expuesta.

CUARTO. Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en la conducta de la parte recurrente, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto.

FALLO

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

Primero. Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico segundo, por referencia a los fijados en el fundamento cuarto de la sentencia pronunciada en esta fecha, en el recurso de casación nº 4544/2017.

Segundo. Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto la Letrada de la Administración Sanitaria, en la representación que, por ministerio de la Ley, ostenta del **SERVICIO ANDALUZ DE SALUD**, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación nº 429/2017, sentencia que se casa y anula.

Tercero. No formular pronunciamiento sobre las costas del

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

Así se acuerda y firma.

Nicolás Maurandi Guillén

José Díaz Delgado

Ángel Aguallo Avilés

Francisco José Navarro Sanchis

Jesús Cudero Blas

Dimitry Berberoff Ayuda

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso- Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 21/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número: 5975/2017

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Nicolás Maurandi Guillén en el recurso de casación núm. 5975/2017.

Disiento del fallo de la sentencia mayoritaria porque, en mi criterio, el importe o coste de la asistencia sanitaria dispensada en centros sanitarios integrados en el Servicio Andaluz de Salud a personas que son internos de establecimientos penitenciarios situados en la Comunidad de Andalucía, pero son y conservan su condición de afiliados y beneficiarios en el Régimen

General de la Seguridad Social, debe ser asumido por dicho Servicio Andaluz de Salud y no por la Administración penitenciaria.

Desde esta idea principal, considero que el criterio interpretativo debía haber acogido la diferenciación que ha de hacerse entre internos afiliados y beneficiarios en el Régimen General de la Seguridad Social y aquellos otros que no tienen esa cualidad.

Y entiendo, en coherencia con lo anterior, que la liquidación litigiosa girada al Ministerio del Interior resultaba improcedente; y, por tal razón, hubo de ser desestimado el recurso de casación.

Las razones de mi discrepancia están representadas por lo que expongo en los ordinales siguientes.

PRIMERO.- *Las premisas normativas de las que debe partirse.*

Han de ponderarse conjuntamente, y también interpretarse con ese criterio unitario y sistemático poniéndolas en relación, tanto la normativa sanitaria aplicable al Sistema Nacional de Salud definido en el artículo 44.2 de la Ley 124/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como la normativa penitenciaria.

Y de esos textos normativos, sanitarios y penitenciarios, deben destacarse muy especialmente los preceptos que seguidamente se transcriben.

1.- Los artículos 3.2, 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad [LGraISan], que disponen:

«Artículo tres.

2. La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva».

«Artículo dieciséis.

Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios:

(...).

3. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas, administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes».

«Artículo ochenta y tres.

Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.

A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados».

2.- Lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud [LeyCoh-Cal/SNS].

«Artículo 2. Principios generales.

Son principios que informan esta ley:

a) La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias.

b) El aseguramiento universal y público por parte del Estado.

3.- El artículo 2.7 del RD 1030/2006 y su Anexo IX al que se remite

«Artículo 2. Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

(...).

7. Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX.

Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad».

«ANEXO IX

Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago

Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7 del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.

3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

4. Seguros obligatorios:

- a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales.
- b) Seguro obligatorio de vehículos de motor.
- c) Seguro obligatorio de viajeros.
- d) Seguro obligatorio de caza.
- e) Cualquier otro seguro obligatorio.

5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.

Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.

6. Ciudadanos extranjeros:

a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.

b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

7. Otros obligados al pago.

a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.

b) Seguro escolar.

c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes».

4.- Los artículos 3 (apartados 2 y 4) y 36 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

«Artículo tercero

La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.

En consecuencia:

Uno. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

Dos. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión.

Tres. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones.

Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.

Cinco. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre».

«Artículo treinta y seis

Uno. En cada centro existirá al menos un Médico general con conocimientos psiquiátricos encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos y de vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el establecimiento, el cual podrá, en su caso, solicitar la colaboración de especialistas. Igualmente habrá cuando menos un Ayudante Técnico Sanitario y se dispondrá de los servicios de un Médico Odontólogo y del personal auxiliar adecuado.

Dos. Además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios.

Tres. Los internos podrán solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las instituciones penitenciarias, excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho».

5.- Los artículos 207, 208 y 209 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

«Artículo 207. *Asistencia integral.*

1. La asistencia sanitaria tendrá carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación. Especial atención merecerá la prevención de las enfermedades transmisibles.

2. A tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita.

3. La Administración Penitenciaria abonará a las Administraciones Sanitarias competentes los gastos originados por las inversiones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los Centros Hospitalarios extrapenitenciarios por motivos de seguridad.

Artículo 208. *Prestaciones sanitarias.*

1. A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención.

2. Las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes.

Artículo 209. Modelo de atención sanitaria.

1. Atención primaria:

1.1 La atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma. Los Establecimientos penitenciarios contarán con un equipo sanitario de atención primaria que estará integrado, al menos, por un médico general, un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería. Se contará igualmente, de forma periódica, con un psiquiatra y un médico estomatólogo u odontólogo.

1.2 Los Centros de mujeres dispondrán además de los servicios periódicos de un ginecólogo y, cuando convivan niños con sus madres, de un pediatra.

2. Asistencia especializada:

2.1 La asistencia especializada se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud. Se procurará que aquellas consultas cuya demanda sea más elevada se presten en el interior de los Establecimientos, con el fin de evitar la excarcelación de los internos.

2.2 La asistencia especializada en régimen de hospitalización se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario.

2.3 Los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas.

3. La dispensación farmacéutica y las prestaciones complementarias básicas se harán efectivas por la Administración Penitenciaria, salvo en lo relativo a los medicamentos de uso hospitalario y a los productos farmacéuticos que no estén comercializados en España».

SEGUNDO.- Conclusiones que cabe extraer de la normativa anterior en cuanto al acceso a los centros sanitarios del Servicio Nacional de Salud.

Lo que resulta de las anteriores prescripciones legales es lo siguiente:

- el principio de igualdad que rige en la prestación de los servicios que ha de dispensar el Sistema Nacional de Salud [SNS] y el principio de aseguramiento universal y público por parte del Estado;
- las dos modalidades de usuario con las que se puede acceder a los servicios sanitarios: usuarios con derecho a la asistencia de los Servicios de Salud; y usuarios sin ese derecho, que pueden acceder a los servicios sanitarios con la condición de pacientes privados; y
- la posibilidad de facturar a estos pacientes privados del SNS la atención que hayan recibido, tomando como base sus costes efectivos y teniendo los correspondientes importes la condición de ingresos propios de los Servicios de Salud.

Siendo también de subrayar, como complemento de lo anterior, que la condición de usuario privado del SNS que ha de soportar la facturación que establece el artículo 16.3 de la Ley 14/1986 [LGralSan] corresponde a todo sujeto jurídico que de cualquier forma resulta beneficiario de los servicios sanitarios prestados a título privado por el SNS.

Y que, por tal razón, cabe hablar de un usuario privado directo, que es la persona que recibe directamente la atención sanitaria; y de un usuario privado indirecto, que es el sujeto o entidad privada que, en virtud de una relación de esta naturaleza, asume el compromiso ante determinada persona de prestarle asistencia sanitaria y, ante la dificultad de poder cumplirlo, originada por cualquier circunstancia, deriva a ese paciente particular suyo al SNS y solicita a este último que le sustituya en la dispensa de esa asistencia a la que se había comprometido con su paciente particular.

Debiendo afirmarse, así mismo, que el cuadro de relaciones con el SNS incluye a los terceros que resultan obligados al pago de las atenciones o prestaciones sanitarias que hayan sido facilitadas directamente a otras personas por dicho SNS; que dicha obligación de pago puede resultar de cualquiera de los títulos que enumera el anexo IX; que, entre estos títulos, su punto 7.c) incluye el supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes; y que el usuario privado indirecto obligado a soportar la facturación según lo establecido el artículo según lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 14/1986 [LGralSan] resulta encuadrable en ese supuesto del punto 7.c) que acaba de mencionarse.

TERCERO.- Conclusiones generales sobre los sujetos a quienes el correspondiente Servicio de Salud podrá facturar y exigir el importe de la asistencia sanitaria privada en su condición de usuario privado.

Con base en todo lo anterior, puede concluirse que las atenciones o servicios sanitarios dispensadas por el SNS podrán ser reclamadas, reconociendo en ellos la condición de usuario privado, a los sujetos jurídicos o entidades siguientes:

(1) a las personas físicas que, a solicitud de ellas mismas, hayan recibido directamente la asistencia sanitaria;

(2) a los sujetos o entidades sanitarias que actúan como usuarios indirectos del SNS, por actuar en relación con personas físicas frente a las que asumieron el compromiso de dispensarles asistencia sanitaria encuadrable en una relación de derecho privado y, ante las dificultades de hacerlo con sus propios medios derivaron a aquellas hacia el SNS y solicitaron de este que efectuara esta dispensa; y

(3) que éstos últimos resultan encuadrables en el supuesto de terceros obligados que enumera el apartado 7.c) del anexo IX al que se remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

CUARTO.- Conclusiones particulares sobre el carácter que ha de atribuirse a la asistencia sanitaria prestada, por cualquiera de los Servicios de Salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, a los internos de establecimientos penitenciarios que conservan su condición de afiliados y beneficiarios en el Régimen General de la Seguridad Social.

La interpretación conjunta de los apartados dos y cuatro del artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y del artículo 36 de este mismo texto legal, permite apreciar unos mandatos normativos en materia de asistencia sanitaria a los internos en establecimientos penitenciarios. Son estos que continúan:

Que la Administración penitenciaria tiene la obligación de velar por la vida, integridad y salud de la totalidad de los internos y, consiguientemente, tiene el deber de facilitar a todos ellos la asistencia sanitaria que reclame la debida atención de esos derechos de los internos a cuya protección viene obligada.

Que para la prestación de esa asistencia sanitaria la Administración penitenciaria organizará unos servicios médicos mínimos en cada establecimiento penitenciario y, también, instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario.

Que la asistencia deberá ser dispensada en caso de necesidad o urgencia en otros centros hospitalarios.

Y que la Administración penitenciaria adoptara, así mismo, medidas para que los internos conserven sus derechos a las prestaciones de Seguridad Social que hubiesen adquirido antes de ingresar en prisión.

La toma en consideración de estos mandatos permite, a su vez, estas conclusiones:

- El deber de asistencia sanitaria a los internos que, por ser afiliados a un Régimen de la Seguridad Social, merezcan la condición de usuarios con derecho a la asistencia sanitaria de los Servicios de Salud, podrá ser cumplido por la Administración penitenciaria trasladando a esos internos al correspondiente Servicio de Salud; y así debe ser considerado en aplicación de lo establecido en el apartado dos del artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y esta asistencia sanitaria deberá correr a cargo del Servicio de Salud según lo que se razonó con anterioridad.

- En lo que hace a la asistencia sanitaria que por parte de la Administración Penitenciaria se reclame en cualquiera de los Centros del Sistema Nacional de Salud (SNS) para internos no afiliados en el sistema de Seguridad Social, dicha Administración Penitenciaria tendrá la condición de usuario privado indirecto del SNS; y, en consecuencia, el correspondiente Servicio de Salud podrá exigir y facturar el importe de la asistencia dispensada.

No es obstáculo para lo anterior la previsión, contenida en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario de 1996, sobre la posibilidad de que la Administración Penitenciaria y las Administraciones sanitarias formalicen convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria.

La razón de que así deba ser considerado es que este Reglamento no deroga ni modifica el régimen principal que establece la Ley General de Sanidad sobre la distinción que debe hacerse, dentro de asistencia sanitaria prestada en el SNS, entre usuarios con derecho a la asistencia en los Servicios de Salud y pacientes privados; y sobre la posibilidad de facturar a éstos últimos el coste de los servicios recibidos, cuyos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud.

Lo que conlleva a considerar que la posibilidad de que la Administración Penitenciaria reclame del SNS la asistencia sanitaria para internos, bien como usuarios con derecho bien como usuarios privados, deriva de la Ley General de Sanidad sin necesidad del Convenio.

A lo que antecede han de sumarse estas otras dos consideraciones: (i) la finalidad principal de esos Convenios es establecer unos criterios de coordinación de las actuaciones que cada una de esas dos Administraciones deberán llevar a cabo cuando hayan de relacionarse en razón de la asistencia sanitaria que el SNS haya de prestar a los internos penitenciarios; y (ii) también ese artículo 207.2 del citado Reglamento parece admitir que la Administración Penitenciaria sólo deberá financiar la asistencia sanitaria que haya sido prestada a internos que merezcan la condición de pacientes privados del SNS porque, en orden a calcular esa financiación, señala literalmente:

«se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita».

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que disiente.

D. Nicolás Maurandi Guillén

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el **Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don. Francisco José Navarro Sanchís**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

