Reconocimiento de la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria a emigrantes en Suiza retornados

Recognition about the healthcare beneficiary status to returned emigrants from Switzerland

PATRICIA PRIETO PADÍN
INVESTIGADORA CONTRATADA PREDOCTORAL FPU (MECD)
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD DE LEÓN

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

El comentario analiza el copiosísimo elenco de sentencias que, frente al criterio del INSS, conceden la prestación de asistencia sanitaria a emigrantes a Suiza retornados: pese a haber obtenido una pensión de la Seguridad Social helvética siguen ostentando el derecho que deriva de "estar a cargo" de su cónyuge.

Palabras clave

asistencia sanitaria, emigrantes retornados, Suiza, instrucciones del INSS

Abstract

The commentary analyzes the copious list of judgments which, against the INSS's decision, granted the provision of healthcare to returned emigrants from Switzerland: in spite of having received a pension from Swiss Social Security, she still holds the right that derives from "being in charge" of her husband.

Keywords

healthcare, returned emigrants, Switzerland, INSS's instructions

1. INTRODUCCIÓN

En torno a 65 pronunciamientos localizados entre abril de 2013 y septiembre de 2016 (una media de más de 20 sentencias al año) han abordado un tema de tal singularidad como para que al jurista llame la atención la efervescente actividad judicial respecto al derecho a la asistencia sanitaria en España de quienes antaño fueron emigrantes en Suiza.

Una primera lectura de las sentencias estudiadas proporciona la clave para entender el origen del conflicto que, lejos de situarse en un cambio normativo o una variación de doctrina jurisprudencial o de criterio en la Sala de algún Tribunal Superior de Justicia, encuentra su razón de ser a partir de una modificación en las instrucciones de la Entidad Gestora de la Seguridad Social al respecto.

Poco cabe añadir a cuanto doctrina científica[1] y numerosos pronunciamientos judiciales[2] han afirmado sobre el valor en Derecho de dichas instrucciones (que siempre deben ser escritas con minúscula, para así destacarlo como conviene, en cuanto ejercicio del poder de dirección de órganos superiores de la Administración sobre los jerárquicamente dependientes, sin alcanzar el carácter de disposición general o acto administrativo que trascienda de su ámbito organicista[3]), aun cuando no por ello quepa ignorar su altísima influencia práctica, conforme cabe seguir del extenso muestrario –la parte visible del iceberg– que da pie a este discurso. En todo caso, sí procederá advertir, a modo de queja[4], que su carácter estrictamente "interno" veda el acceso formal a las mismas (siempre cabría intentar acceder a ellas por vía informal, obviamente manteniendo el secreto del informador), y tampoco los Tribunales ayudan en exceso a conocer su exacto contenido y/o fundamentos. De hecho, tan solo en unos pocos pronunciamientos se ha podido obtener noticia fidedigna de que la causa última radicaba en el cambio del parecer "oficial" del INSS "respecto a los pensionistas por legislación suiza que se encuentran residiendo en España y perciben asistencia sanitaria como beneficiarios, límite de ingresos, Ley 33/2011, etc"[5].

Mudado el criterio, no solo se procede a aplicarlo a los futuros solicitantes, sino que se le confiere cuanto cabría denominar "efectos retroactivos" y ha lugar, también, a la oportuna revisión de expedientes (de hecho, muchas de las notificaciones a los interesados

[1] Por todos, la contundente valoración de MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: "Art. 191", en VV.AA.: *Ley de Procedimiento Laboral: comentada y con jurisprudencia*, DE LA VILLA GIL, L. E., Dir., Madrid, La Ley, 2006, p. 11356 y LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: "Instrucciones y órdenes de servicio en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social", *Aranzadi Social*, T. V, 1998, pp. 725-738.

[2] Modélica la construcción contenida en la STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 21 marzo 2011 (Rec. 179/2009); ratificándola plenamente, STS, Contencioso-Administrativo, 18 junio 2013 (Rec. 668/2012).

[3] Por su claridad, cabe reenviar a los términos de la STS, Contencioso-Administrativo, 7 junio 2006 (Rec. 3837/2000): "El carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende solo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos, sino una de esas instrucciones y órdenes de servicio que regula el artículo 21 de la LRJPAC. En este segundo caso se tratará de simples directrices de actuación, en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten".
Para análisis de supuestos concretos de trascendencia semejante, entre otras muchas, SSTS, Contencioso-Administrativo, 7 febrero 2007 (Rec. 78/2003), 5 noviembre y 30 diciembre 2008 (Rec. 10549/2006 y 227/2005) y 28 octubre 2011 (Rec. 583/2010); un amplio repaso a doctrina jurisdiccional sin fisuras desde hace ya décadas en STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 14 octubre 2015 (Rec. 488/2014).

[4] Sirva la remisión a los ilustrativos términos utilizados por SARDINA PÁRAMO, J. A.: *Estudios y comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, T. I, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y BOE, 1993, p. 64.

[5] SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 14 y 15 (2) mayo, 4, 5 y 11 junio y 13 noviembre 2014 (Rec. 411/2014, 656/2014, 658/2014, 631/2014, 848/2014, 679/2014 y 1668/2014), 4 marzo y 10 junio 2015 (Rec. 11/2015 y 867/2015) y 29 junio 2016 (Rec. 993/2016) o Asturias 30 junio 2016 (Rec. 1169/2016).

comienzan con un ilustrativo "según hemos podido comprobar en nuestros archivos…"[6]), procediéndose a dictar las resoluciones oportunas –o notificaciones, según precisará la Entidad Gestora– bajo un tenor mimético en el cual, tras recordar a su destinatario que ha estado percibiendo la asistencia sanitaria en España como beneficiario de otra persona –casi siempre–, y al tiempo es titular de una pensión con cargo a la Seguridad Social suiza, va a disponer de un plazo de 15 días desde la recepción del escrito para acogerse a una Mutua de Seguridad Social suiza (en algún caso, para "solicitar el E-121" –actual S1–[7]) o suscribir un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social (en otras variantes, más acabadas pero no mayoritarias, se añade que podrá "solicitar asistencia sanitaria para personas sin recursos económicos suficientes si cumple los requisitos establecidos en el RD 1088/1989 de 8 de Septiembre, artículo 1"[8], y en alguna –muy pocas– incluso se alude a la alternativa de suscribir un seguro privado[9]), pues se declara la incompatibilidad entre las dos condiciones reseñadas, debiendo el afectado "comunicar al negociado de convenios internacionales la opción elegida mediante el justificante oportuno"[10].

El resultante final de esta iniciativa, a partir de los datos que ofrece la muestra, puede ser sintetizado conforme sigue:

1.- La aplicación del criterio administrativo afecta a 62 mujeres, mientras únicamente lo hace a 4 hombres; de ellas, tan solo 23 acreditan haber trabajado en Suiza (por el contrario, los 4 hombres prestaron servicios por cuenta ajena en el país helvético); en fin, en el momento en que se dicta la resolución-notificación, 61 de las féminas disfrutaban o instaban la solicitud como beneficiarias de su cónyuge –o ex cónyuge–, situación en la cual se encontraban 2 de los varones, cifrándose tan solo en 3 cuantos habían accedido a la prestación por ser pensionistas del Sistema español y no alcanzar el límite de ingresos.

2.- Las pensiones reconocidas, y en virtud de las cuales se les privaba de la prestación sanitaria, eran de cuantía muy baja, siendo la menor de 44,21 €[11], para una media que se aproxima a los 250 €, aun cuando, no obstante, existen ejemplos en los cuales se superan el

[6] SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 21 mayo, 23 octubre 2014 (Rec. 680/2014, 1372/2014) y 29 abril, 25 junio, 2, 15 y 24 julio, 24 septiembre, 25 noviembre y 23 diciembre 2015 (Rec. 569/2015, 961/2015, 960/2015, 959/2015, 1079/2015, 1190/2015, 1716/2015 y 2043/2015) o 29 junio 2016 (Rec. 993/2016).

[7] La variante, con la consecuencia –cuando se intentó– de no lograr tal propósito, "al considerar la Institución helvética que no era su función emitir tal certificado", en STSJ Galicia 11 noviembre 2014 (Rec. 3673/2013); en igual sentido e, idéntica solución, STSJ Aragón 29 abril 2015 (Rec. 206/2015).

[8] STSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril, 2 mayo y 16 diciembre 2013 (Rec. 281/2013, 735/2013 y 1766/2013); 12 febrero, 28 mayo, 23 julio y 5 noviembre 2014 (Rec. 53/2014, 611/2014, 1036/2014 y 1532/2014); 18 marzo, 15 y 22 abril, 12, 18, 20[2], 27 mayo, 14 octubre, 3,16 y 23 diciembre 2015 (Rec. 241/2015, 421/2015, 422/2015, 633/2015, 632/2015, 543/2015, 555/2015, 631/2015, 1268/2015, 1786/2015, 1787/2015, 1999/2015) y 27 enero y 31 marzo 2016 –sustituida, tras aclaración, por STSJ Castilla y León/Valladolid 19 mayo 2016 (Rec. 104/2016)– (Rec. 2176/2015 y 104/2016); también, SSTSJ Asturias 24 mayo y 28 junio 2013 (Rec. 662/2013, 978/2013), 25 abril 2014 (Rec. 766/2014); 29 mayo y 26 junio 2015 (Rec. 818/2015 y 1170/2015) y 26 abril 2016 (Rec. 630/2016).

[9] STSJ Castilla y León/ Valladolid 2 mayo 2013 (Rec. 735/2013) o SSTSJ Asturias 24 mayo y 28 junio [2] 2013 (Rec. 662/2013, 957/2013, 978/2013), 14 febrero y 25 abril 2014 (Rec. 106/2014, 766/2014), 29 mayo y 26 junio 2015 (Rec. 818/2015, 1170/2015) o 26 abril 2016 (Rec. 507/2016).

[10] Entre muchas, STSJ Castilla y León/ Valladolid 24 julio 2015 (Rec. 1079).

[11] STSJ Castilla y León/ Valladolid 4 junio 2014 (Rec. 631/2014).

salario mínimo interprofesional y el IPREM (al venir establecidas en 787 €[12], 788,01€[13], 815,54 €[14], 865 €[15], 875,99 €[16], 975,41 €[17], 1.085,75 €[18] o 1.191,32 €[19])[20].

3.- Sin que en los demás supuestos conste la elección, en 40 de los casos (uno de ellos declarado no válido por no estar correctamente formalizado) se optó por suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

4.- Sin excepción, media oportuna reclamación administrativa y, en todos los supuestos, o bien resolución desestimatoria que conduce a la vía judicial[21], o bien manifestación de que el INSS únicamente ha contestado mediante "oficio informativo", que no una resolución, por lo cual "no cabe interponer reclamación previa"[22].

En ninguno consigue hacer valer el INSS su criterio, siendo reconocido el derecho en todas y cada una de las ocasiones; sin embargo, no consta rectificación alguna en el proceder de la Entidad Gestora, la cual, rozando la temeridad (en uno de los pronunciamientos se alude a que el criterio judicial es "contumazmente ignorado por la entidad gestora"[23]), persiste sin nuevos argumentos, quizá en busca de aquel pronunciamiento favorable capaz de abrir la casación para unificación de doctrina. Entre tanto, el administrado, o bien se aquieta a un parecer expresa y unánimemente repudiado por los Tribunales –fiándose de la corrección de cuanto se le informa–, o bien ha de asumir la carga de reclamar el derecho en vía judicial, donde, a fuerza de reiterarse la cuestión, se ha creado una verdadera "plantilla" reproducida por los distintos órganos judiciales sin apenas modificación alguna.

5.- Como dato enormemente significativo, las sentencias solo afectan a cuatro Tribunales Superiores de Justicia. Con la presencia testimonial del correspondiente a Aragón (1), y la poco más significativa de Galicia (3), la cuestión parece circunscribirse casi en exclusiva a Asturias (14) y Castilla y León (47); en concreto, a la provincia de León (de donde provienen los 47 casos) y, con mayor precisión aún, a la zona a la cual extiende su circunscripción los dos Juzgados de lo Social de Ponferrada (44).

[12] STSJ Castilla y León/ Valladolid 18 mayo 2015 (Rec. 632/2015).
[13] STSJ Asturias 30 junio 2016 (Rec. 1169/2016).
[14] STSJ Asturias 21 febrero 2014 (Rec. 242/2014).
[15] STSJ Castilla y León/ Valladolid 14 octubre 2015 (Rec. 1242/2015).
[16] STSJ Asturias 26 abril 2016 (Rec. 507/2016).
[17] STSJ Asturias 26 junio 2015 (Rec. 1170/2015).
[18] Aludiendo a la equivalencia en francos suizos (1.346), STSJ Asturias 30 diciembre 2014 (Rec. 2674/2014).
[19] STSJ Castilla y León/Valladolid 15 mayo 2014 (Rec. 656/2014).
[20] En todo caso, por debajo de los umbrales de la norma, se tome su versión original para acreditar el límite de ingresos (la mitad del smi), ya su modificación en 1972 (el doble del smi), ora el referente del IPREM, ora los 100.000€, pues la confusión al respecto es patente, conforme cabe comprobar, por ejemplo, en SSTSJ Asturias 28 junio 2013 (Rec. 978/2013) o 29 mayo 2015 (Rec. 818/2015) y Galicia 16 febrero 2016 (Rec. 4735/2015).
[21] En una sola ocasión, manteniéndose la regla, cabe constatar cómo, en el plazo que media desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, la Entidad Gestora rectifica y procede a reconocer la condición de beneficiaria de la solicitante, incluyéndola como tal en la cartilla de su esposo; no obstante, tal hecho ocurre en agosto 2011, momento en el cual no existían esas firmes instrucciones, STSJ Galicia 26 julio 2013 (Rec. 1116/2011).
[22] Al no existir una resolución que le confiera la posibilidad de instar la reclamación previa, SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 15 y 22 abril y 20 mayo 2015 (Rec. 421/2015, 422/2015 y 543/2015) o al tratarse de mera información, SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 10 junio y 2 y 15 julio 2015 (Rec. 867/2015, 960/2015 y 959/2015).
[23] STSJ Castilla y León/Valladolid 25 y 27 enero 2016 (Rec. 2104/2015 y 2176/2015).

De poner en relación estos datos con los que obran en las estadísticas, cabrá destacar varias circunstancias de interés[24]: 1) Iniciada en el año 1959, una vez suprimido el visado para viajar al país, el Instituto Español de Emigración (IEE) trato de organizar su flujo a partir de 1961 (con la firma de un Convenio Hispano-Suizo al efecto), a pesar de lo cual más de un tercio de los salidas de España se hicieron al margen del control administrativo. 2) De su importancia dan cuenta datos que cifran, en los años que a este comentario interesan, en 656.729 los españoles desplazados a Suiza entre 1964 y 1971 bajo la supervisión del IEE (910.965 entre 1966 y 1971 en comprobaciones ulteriores, para así dar cuenta de la incidencia de la emigración "directa"), suponiendo el 38,5% del total de la población de aquel país y el 4% de su fuerza laboral. 3) El perfil-tipo venía a ser el de varón, entre 25 y 29 años, casado, peón agrícola sin formación que se ocupaba fundamentalmente en la construcción, la industria metálica y hostelería. 4) Frente a cuanto ocurría con otros países, en los cuales la reagrupación familiar era sencilla (Francia –70%– o Alemania –63%–), la exigencia de vivir de manera continuada en Suiza durante 18 meses, unida a otros requisitos formales y materiales hizo que en este caso la vida en familia no alcanzara ni siquiera el 25%.

Pero, en medio de tales cifras globales, su desglose –así como el de retorno[25]–por Regiones o Comunidades Autónomas, amén del claro predominio de los censados en Galicia (cuya incidencia disminuye con los años), muestra un panorama de distribución que afectada a todas (con datos crecientes en el tiempo en los casos de Madrid y Cataluña). Si tal es así, cabría interrogarse sobre el por qué de la marcada localización geográfica de los pronunciamientos aquí y ahora analizados, cuando la instrucción es general y la Guía oficial al respecto tampoco ofrece dudas sobre cuanto procede realizar en estos casos[26].

2. PRECEDENTES DEL CONFLICTO ANALIZADO: PRIMEROS CRITERIOS JUDICIALES

Salvo error u omisión (que es probable en una materia ciertamente atípica), la cuestión de emigrantes retornados con derecho a pensión en Suiza y su demanda de asistencia sanitaria a cargo de la Seguridad Social española ya se había suscitado ante los Tribunales en cuatro ocasiones previas al cambio de las instrucciones reseñadas.

En la primera de ellas se deniega la solicitud del interesado por su condición de pensionista de la Seguridad Social suiza al amparo de lo previsto en los arts. 100 TRLGSS/1974 y 2.3 D. 2766/1967, de 16 de noviembre, en tanto quien la instaba había accedido a una incapacidad permanente por causas comunes y el Convenio bilateral solo extiende el beneficio si la incapacidad proviene de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En consecuencia, al no haber estado incluido nunca en el Sistema español por no haber cotizado en ningún momento al mismo y, además, percibir una prestación con cargo a

[24] Siguiendo las recogidas por PINO JUSTE, M. y VERDE DIEGO, C.: "Perfil del retornado de segunda generación en Galicia", *Papers*, Vol. 95, núm. 1, 2010, pp. 184 y 185 o TURMO, I. "Un éxodo masivo más allá de la versión oficial", 2011, en http://www.swissinfo.ch/spa/instituto-espa%C3%B1ol-de-emigraci%C3%B3n_un-%C3%A9xodo-masivo-m%C3%A1s-all%C3%A1-de-la-versi%C3%B3n-oficial/29302518.

[25] PÉREZ CUNTÍN, M.: *Retorno a España. Preguntas y respuestas. 10 años de ida y vuelta*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2012.

[26] MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Guía de retorno*, Madrid, Subdirección General de Emigración, 2014, p. 40.

la Seguridad Social suiza, carece de tal derecho, sin perjuicio de poder suscribir un convenio para emigrantes retornados a estos efectos[27].

En la segunda –como variante de la anterior–, el interesado, también beneficiario de una incapacidad permanente por causas comunes, suscribe convenio especial de asistencia sanitaria para garantizar el acceso a la prestación tanto en su favor como en el de su familia; sin embargo, al obtener más tarde una pensión de vejez de la Seguridad Social suiza, pretende dejar de abonar el convenio especial y disfrutar del derecho como beneficiario del Sistema español. Al amparo de lo previsto en la disp. adic. 3ª de la OM de 13 de octubre de 2003 y en el punto 17 del Protocolo Final del Convenio Bilateral Hispano-Suizo de Seguridad Social de 13 de octubre de 1969, la sentencia deniega tal derecho y confirma que el convenio especial con la TGSS es la única vía para salvar la falta de protección de un gran número de emigrantes españoles (o familiares suyos), beneficiarios de pensiones en los países donde han trabajado, cuando regresan a España[28].

Son, sin embargo, los supuestos tercero y cuarto[29] los portadores del antecedente más próximo, pues abordan la situación de dos mujeres que, habiendo trabajado en Suiza, regresan a España con una pensión de invalidez cuya cuantía media mensual se eleva a 229 € y 325 € (frente a los 1.724 francos/mes del segundo de los supuestos arriba mencionados y los 1.435 francos/mes del primero). En ambos casos se suscribe un convenio especial de asistencia sanitaria (por el cual abonan 130,42 € y 84,80 €, respectivamente) y se solicita reconocimiento de asistencia sanitaria por falta de medios económicos, la cual es denegada por el INSS al ser "pensionista de la Seguridad Social" Suiza. Sin embargo, el Tribunal lo reconoce y concede entendiendo –con argumentos sobre los cuales se volverá con calma–, en síntesis, que, habida cuenta de la falta de obligatoriedad de afiliación al régimen de enfermedad suizo [a partir de los Acuerdos alcanzados con Suiza en 2002, en particular a través de la reforma del apartado o) de la Sección A del Anexo II del Reglamento 1408/71], la ausencia de derecho a prestaciones de asistencia sanitaria a cargo de aquel y la acreditada carencia de recursos económicos, ambas mujeres tenían derecho a percibir asistencia sanitaria por la Seguridad Social española.

3. DIFERENTES ARGUMENTOS JURÍDICOS PARA UNA MISMA SOLUCIÓN

Conforme ha quedado cumplida noticia, desde el cambio de instrucciones y proceder del INSS hasta el día de hoy todos y cada uno de los pleitos en los que se han impugnado sus resoluciones (decisiones o notas informativas) han sido favorables al administrado y se ha reconocido su derecho a la prestación de asistencia sanitaria.

Los argumentos, empero, han sido notablemente distintos para alcanzar una misma solución: prolijo y con una fundamentación básicamente asentada en el análisis de la normativa internacional, para llegar a aplicar la española, en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid; directamente asentado en la normativa nacional el del Tribunal Superior de Justicia de Asturias; con ecos de ambos pareceres el

[27] STSJ Galicia 25 mayo 2002 (Rec. 188/2000).
[28] STSJ Asturias 24 febrero 2006 (Rec. 1272/2005).
[29] SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 23 enero y 6 marzo 2006 (Rec. 2334/2005 y 262/2006).

pronunciamiento del TSJ de Aragón y los tres del TSJ de Galicia. Como curiosidad, mientras el de Aragón conoce y cita los pronunciamientos de sus homólogos y uno de los de Galicia se hace eco del criterio del órgano judicial asturiano, en ningún momento el de Castilla y León se sale de su "guion" para compartir o abundar en los argumentos de quien también mantiene su tesis, y el de Asturias únicamente lo hace en aquellos escasos supuestos en que la argumentación del INSS le fuerza a ello.

3.1. El "modelo" de sentencia castellano y leonés

El que reiteradamente es mencionado como *leader case*[30], y sirve de "plantilla" al resto de las sentencias, no hace, sin embargo, sino reproducir cuanto –en lo fundamental– ya figuraba en el pronunciamiento pionero de 2006 con anterioridad mentado[31] (al extremo que no ya en los fundamentos de derecho, sino en los propios antecedentes de hecho, se reproduce en varios de ellos el desliz de aludir a "asistenta santiguar"[32], en vez de asistencia sanitaria). Así, indefectible y miméticamente transcrito[33], cabe leer lo siguiente –cuyo literal, a pesar de su extensión, se quiere respetar de manera escrupulosa–:

"A este respecto hay que señalar que la letra o) de la sección A del Anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la [Confederación Suiza] por otra, regula la afiliación obligatoria al régimen de enfermedad suizo, disponiendo Confederación Suiza dicha obligatoriedad en cuatro supuestos:

a) las personas sometidas a la legislación suiza en virtud de lo dispuesto en el título II del Reglamento.
b) las personas para las cuales Suiza sea el Estado competente en materia de seguro de enfermedad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 28, 28 bis o 29 del Reglamento.
c) las personas que perciban prestaciones de desempleo del seguro suizo.

[30] STSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril 2013 (Rec. 281/2013); 12 febrero, 28 mayo, 11 junio, 5 noviembre y 23 diciembre 2014 (Rec. 53/2014, 611/2014, 679/2014, 1532/2014 y 2066/2014); 18 marzo 2015 (Rec. 241/2015) o 31 marzo, 28 abril, 24 mayo y 2 junio 2016 (Rec. 104/2016, 242/2016, 964/2016 y 993/2016).

[31] STSJ Castilla y León/ Valladolid 23 enero 2006 (Rec. 2334/2005).

[32] SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril 2013 (Rec. 281/2013); 12 febrero, 28 mayo 11 junio, 5 noviembre y 23 diciembre 2014 (Rec. 53/2014, 611/2014, 679/2014, 1532/2014 y 2066/2014); 18 marzo 2015 (Rec. 241/2015) y 31 marzo 2016 (Rec. 104/2016). Únicamente a "santiguar", SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 16 diciembre 2013 (Rec. 1766/2013) y 27 mayo 2015 (Rec. 631/2015) o 19 mayo 2016 (Rec. 104/2016).

[33] STSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril, 2 mayo y 16 diciembre 2013 (Rec. 281/2013, 735/2013 y 1766/2013); 12 febrero, 14, 15 [2], 21 y 28 mayo, 4, 5, 11 y 17 junio, 1 y 23 julio, 2 y 23 octubre, 5, 13 y 20 noviembre y 23 diciembre 2014 (Rec. 53/2014, 441/2014, 656/2014, 658/2014, 680/2014, 611/2014, 631/2014, 848/2014, 679/2014, 629/2014, 846/2014, 1036/2014, 1182/2014, 1372/2014, 1532/2014, 1668/2014, 1614/2014 y 2066/2014); 23 enero, 4 y 18 marzo, 15, 22 y 29 abril, 12, 18, 20[2], 27 mayo, 10 y 25 junio, 2 [2], 15 y 24 julio, 24 [2] septiembre, 14 y 22 octubre, 25 noviembre, 3,16 y 23 [2] diciembre 2015 (Rec. 1874/2014, 11/2015, 241/2015, 421/2015, 422/2015, 569/2015, 633/2015, 632/2015, 543/2015, 555/2015, 631/2015, 867/2015, 961/2015, 960/2015, 1103/2015, 959/2015, 1079/2015, 1190/2015, 1228/2015, 1228/2015, 1242,/2015, 1268/2015, 1716/2015, 1786/2015, 1787/2015, 1999/2015, 2043/2015) y 25 y 27 enero, 25 febrero, 31 marzo y 20 y 28 abril, 19 y 24 mayo y 2 junio abril 2016 (Rec. 2104/2015, 2176/2015, 2160/2015, 104/2016, 259/2016 242/2016, 104/2016, 964/2016 y 993/2016).

d) los familiares de estas personas o de un trabajador residente en Suiza que esté cubierto por el seguro de enfermedad de este país'[34].

La [interesada] no está incluida en ninguno de los cuatro supuestos anteriormente consignados. A este respecto hay que señalar que no está comprendida en el apartado a) ya que no está sometida a la legislación suiza pues según lo dispuesto en el Título II del Reglamento 1408/1971 del Consejo, ya que el artículo 13 la legislación aplicable se rige por las siguientes disposiciones:

— La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado.
— La persona que ejerza una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado.
— La persona que ejerza su actividad profesional a borde de un buque que enarbole el pabellón de un Estado miembro, estará sometida a la legislación de este Estado.
— Los funcionarios y el personal asimilado estarán sometidos a la legislación del Estado miembro del que dependa la Administración que les ocupa.
— La persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado.
— La persona a la que deje de serle de aplicación la legislación de un Estado miembro quedará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida.

La actora tampoco está comprendida en el apartado b), pues Suiza no es el Estado competente en materia de Seguro de enfermedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 28 bis o 29 del Reglamento 1408/1971.

[34] Sobre el supuesto reseñado precisamente en la letra d) cabría matizar la apreciación realizada, aun cuando solo fuera para considerar que bien pudiera no ser así en algunos Cantones, según cabe apreciar, ya desde la opción inicial del legislador helvético, en VIRET, B.: "Aseguradores privados y seguros sociales en Suiza", *Revista Española de Seguros*, núm. 63, 1990, pp. 16 y 17. Sobre su complejo diseño, que se sostiene en el tiempo, COLOMBO, F.: *Towards more choice in social protection? Individual choice of insurer in basic mandatory health insurance in Switzerland*, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2001 o GREβ, S.: "Competencia regulada en el seguro social de la salud: comparación en tres países", *Revista Internacional de Seguridad Social*, núm. 3, 2006, pp. 29 y ss. En este contexto es donde podrían tener sentido las afirmaciones del INSS en torno a que "el sistema suizo establece la obligación a suscribir un seguro de enfermedad, teniendo por lo tanto derecho a recibir asistencia sanitaria. El hecho de que la Seguridad Social establezca la suscripción de un seguro de enfermedad no implica, como señala en la sentencia el Magistrado de instancia, que la demandante no sea titular de derecho a la asistencia sanitaria. No se puede afirmar que un sistema que establece criterios diferentes a los regulados en el sistema español conlleve una denegación a la asistencia sanitaria, puesto que con la suscripción del seguro tiene derecho a recibir una asistencia sanitaria con una extensión y contenido como los que se establecen en el Régimen General. Existe además para estas situaciones un acuerdo con la Unión Europea que tiende a paliar el perjuicio económico que pueda conllevar, para ello se ha creado una reserva con la finalidad de que los pensionistas suizos que trasladen su residencia a España, suscriban un Convenio especial (Convenio especial para la cobertura de la asistencia sanitaria a emigrantes trabajadores y pensionistas de un sistema de previsión social extranjero que retornen a territorio nacional y a familiares de los mismos) y se afilien a la Seguridad Social española estableciéndose el abono de una cuota más reducida, sin perjuicio de continuar manteniendo el seguro suizo", STSJ Asturias 26 abril 2016 (Rec. 507/2016).

Dichos preceptos se encuentran en el capítulo I del Título III que contiene las 'disposiciones particulares para las diferentes categorías de prestaciones' regulando el citado capítulo I las prestaciones de enfermedad y maternidad.

Dispone el apartado 1 del artículo 28 lo siguiente: 'El titular de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de un Estado miembro, o de pensiones o de rentas debidas en virtud de las legislaciones de dos o varios Estados miembros, que no tenga derecho a las prestaciones en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, disfrutarán, no obstante, de estas prestaciones, para él y para los miembros de su familia, siempre que pudiera tener derecho a las mismas en virtud de la legislación del Estado miembro, o al menos de uno de los Estados miembros competentes en materia de pensiones 'habida cuenta, cuando procede, de lo dispuesto en el artículo 18 y en el Anexo VI", si residiese en el territorio del Estado de que se trate'.

Aunque la [interesada] percibe una pensión de invalidez a cargo de la Seguridad Social suiza no consta acreditado que pudiera tener derecho a las prestaciones de enfermedad en virtud de la legislación de la Confederación Suiza, por lo que dicho Estado no es el competente en materia de seguro de enfermedad.

Por último, la actora no está comprendida en el apartado c) que se refiere a las personas que perciban prestaciones de desempleo del seguro suizo ni en el d) que se refiere a los familiares de estas personas o de un trabajador residente en Suiza.

Por lo tanto, en virtud del citado Acuerdo 21 de junio de 1999 la actora no está obligada a afiliarse al seguro de enfermedad suizo, sin que quede modificada tal conclusión por lo dispuesto en el apartado j) de la Sección A del Anexo II del Acuerdo, que se limita a prever la aplicación del punto 17 del protocolo final del Convenio de 13 de octubre de 1969, modificado por el Convenio complementario de 11 de junio de 1982. Dicho Convenio prevé la posibilidad de que los beneficiarios de pensiones de Seguridad Social suiza que residan en España puedan solicitar, mediante el pago de las cotizaciones pendientes, el percibo de prestaciones de asistencia sanitaria en especie en las mismas condiciones que los beneficiarios españoles"[35].

A raíz de tal argumentación –y como parcial novedad– se razona en aquel primer pronunciamiento que, por razones de derecho transitorio, al *thema decidendi* no le resulta de aplicación todavía el Real Decreto 1192/2012, de 3 agosto, pues en el mismo "no encontramos ninguna disposición que establezca la retroactividad de sus disposiciones". Cuando ya no cabe negar la plena operatividad de tal disposición reglamentaria, se afirma sin ninguna duda que el panorama dibujado por su art. 3 es idéntico al establecido por el art. 2 D 2788/1967, de 16 de noviembre; en consecuencia, que el administrado –en el caso a conjugar casi siempre en femenino– "sigue teniendo derecho a la asistencia sanitaria en cuanto beneficiaria de su conyugue, pues nada se ha acreditado respecto a la pérdida de los requisitos para ello (convivencia con el titular, residencia en España, no realizar trabajo

[35] Con un detalle que llevaría a sopesar con mayor tiento tal afirmación, MAGALLÓN ORTÍN, M.: "La nueva regulación del Convenio de Asistencia Sanitaria a favor de emigrantes que retornan al territorio español y de pensionistas de la Seguridad Social suiza residentes en España", *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm. 47, 1997, pp. 353 y ss.

remunerado alguno ni tener derecho por título distinto a recibir asistencia de la Seguridad Social en cualquiera de sus regímenes)".

3.2. El "patrón" de los pronunciamientos asturianos

Argumentando un nuevo motivo cualificado para no aplicar –como le recuerda y solicita el INSS– el criterio que había sentado en el precedente arriba relatado[36], a saber, que en aquel la reclamación del derecho a la asistencia sanitaria lo realizaba el titular y en este la hace el familiar de un titular en calidad del beneficiario de la misma, la argumentación del TSJ de Asturias se ajusta al "modelo" en su momento confeccionado en el pronunciamiento-guía[37] y que luego reproducen sin variar un ápice cuantos le proporcionan continuidad[38]. En él, y tras enunciar el contenido del art. 100 TRLGSS/1974, ubica el supuesto debatido en su letra c), para así aplicar el art. 2.3 D. 2766/1967 –cuyo tenor igualmente vierte de manera íntegra– cuando constata que la actora vive con el titular del derecho y a sus expensas, no realiza trabajo remunerado alguno, ni percibe pensión ninguna superior al doble del salario mínimo interprofesional (con anterioridad al 15 noviembre de 1972 el literal legal aludía al cincuenta por ciento, lo cual provoca un notorio desajuste interno en la sentencia), y, por último, tampoco tiene derecho, por título distinto, a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cualquiera de los Regímenes, "pues ni la suscripción de un seguro de enfermedad ni la de un convenio especial son equiparables a la titularidad de tal derecho en algún Régimen de la Seguridad Social".

En algún momento posterior, y únicamente a partir de haber invocado el INSS respecto a la aplicabilidad del art. 24 Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, ha lugar a la recepción del literal sentado por el Tribunal de Justicia de Castilla y León[39], para así proporcionar aval a su criterio asentando en el ordenamiento interno, al cual, por otra parte –en alguna ocasión en que se le requiere[40]–, confiere efectos *ex nunc* y no *ex tunc*.

Así cuando la administrada solicita que el reconocimiento se extienda desde el momento en que se vio privada de su condición y obligada a suscribir convenio especial, dado que la extinción no tuvo lugar por ninguna de las causas previstas en el art. 7.2 RD 1192/2012 (y además así lo recoge –recogía– con carácter excepcional el art. 57.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y en todo momento cumplió los requisitos previstos para seguir siendo beneficiaria, la respuesta es negativa –y se reconoce como fecha de efectos la de solicitud de reconocimiento del derecho como beneficiaria de su conyugue–, al estimar que "el art. 3 de aquella norma se ocupa (…) de determinar los requisitos que han de cumplir las personas que quieran obtener la condición de beneficiarios, y el art. 7 los motivos de extinción de la condición de asegurado o de beneficiario, por lo que carecen de relación con lo aquí solicitado en orden a retrotraer los efectos del reconocimiento obtenido". En todo caso, advirtiendo sobre como "la privación de la condición de beneficiaria llevada a cabo por

[36] STSJ Asturias 24 febrero 2006 (Rec. 1272/2005).
[37] STSJ Asturias 24 mayo 2013 (Rec. 662/2013).
[38] SSTSJ Asturias 14 y 28 junio [2] 2013 (Rec. 886/2013 y 957/2013 y 978/2013); 14 y 21 febrero, 25 abril y 30 diciembre 2014 (Rec. 106/2014, 242/2014, 766/2014 y 2674/2014); 29 mayo y 26 junio 2015 (Rec. 818/2015 y 1170/2015), 26 abril [2] y 30 junio 2016 (Rec. 507/2016, 630/2016 y 1169/2016).
[39] STSJ Asturias 25 abril 2014 (Rec. 766/2014).
[40] Por ejemplo, SSTSJ Asturias 26 y 29 mayo 2015 (Rec. 1170/2015 y 818/2015).

la Entidad Gestora (…) supuso, de hecho, una extinción consentida [por la interesada] al suscribir convenio especial y dejar transcurrir un año hasta formular otra solicitud a cuya denegación se aquietó nuevamente".

3.3. El razonamiento "ecléctico" gallego y aragonés

Con notabilísima brevedad, el TSJ de Galicia, en las tres ocasiones que aborda la cuestión[41], afirma el derecho del administrado al sopesar que el reconocimiento efectuado no vulnera lo dispuesto en el art. 2 D. 2766/1967 –en una–, ni lo previsto en el art. 3 RD 1192/2012 –en las otras dos–, pues reúne cuanto en ellos se demanda a efectos de su consideración como beneficiario del asegurado; "esto es [y siguiendo el literal de las más modernas], ser cónyuge de la persona asegurada, no ostentar la condición de personas aseguradas con base en el artículo 2.1.a) y tener residencia efectiva en España, sin que sea óbice a la consideración de beneficiario en el ámbito de la Seguridad Social Española el hecho de que sea perceptor de pensión a cargo de Suiza habida cuenta de que ello no implica que tenga cubiertos los servicios de asistencia sanitaria en España, sin soslayar que el hecho de que perciba pensión por Suiza no deviene sustento asaz para considerar que la situación del actor sea incardinable en el ámbito del apartado 3.a) del citado precepto del Real Decreto 1192/2012, pues no ostenta la condición de afiliado o pensionista en el sistema español de Seguridad Social que es al que se refiere el apartado 2.1.a) del citado Real Decreto, sin que tampoco se vulnere lo dispuesto en la restante normativa invocada por las Entidades Gestoras dada la condición de residente en España del demandante así como las demás circunstancias concurrentes, antes señaladas, al no evidenciarse que tenga derecho, por título distinto del que pretende, a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cualquiera de sus Regímenes".

Reminiscencia patente de la construcción asturiana (de cuyo parecer se hace eco literal en la última), pero de la cual expresamente se aparta –en la primera– para reconocer el derecho desde la fecha de la petición que postula en su escrito de la demanda, confiriendo al pronunciamiento efectos retroactivos a la data de la primera solicitud.

Por su parte, el exhaustivo pronunciamiento del TSJ de Aragón[42], tras reproducir el tenor del art. 2 y disp. adic. 2.1 RD 1192/2012, el punto 17 del Protocolo Final del Convenio Hispano-Suizo y los arts. 24 y 25 Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, recoge el cuerpo de cuanto habían afirmado los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León/Valladolid, Asturias y Galicia para sentar que el interesado reúne los requisitos exigidos en la letra b) del art. 2.1 RD 1192/2012 en orden a ostentar la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud, "al no alcanzar sus ingresos el límite de 100.000 € anuales, sin que conste que tenga la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía".

[41] SSTSJ Galicia 26 julio 2013 (Rec. 1116/2011), 11 noviembre 2014 (Rec. 3673/2013) y 18 febrero 2016 (Rec. 4734/2015).

[42] STSJ Aragón 29 abril 2015 (Rec. 206/2015).

4. VALORACIÓN FINAL (CON UN DATO MÁS ALLÁ DE LAS ESTADÍSTICAS Y LA OPORTUNA REMISIÓN A LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO)

Expuesto el problema y su solución judicial uniforme, cabría aventurar una valoración última construida a modo de retos en los que profundizar de futuro para aquilatar con más tiento tan sugerente información. Así convendría parar la atención en aspectos tales como los siguientes:

1º.- La eficacia de las instrucciones internas del INSS que, más allá de su valor jurídico, adquieren una transcendencia práctica capaz de provocar una litigiosidad "en masa" cuya justificación última cabría poner muchas veces en cuestión[43]; en particular en situaciones como la analizada, donde se parte expresamente de resoluciones denegando la asistencia sanitaria por haber obtenido una pensión en Suiza "independientemente del importe" de la misma, para afectar –según ha cabido comprobar– a personas cuyas pensiones son muchas veces "testimoniales" y apenas si dan para cubrir el convenio especial al cual se invita al interesado; mucho menos para satisfacer un seguro privado o acudir a una caja o seguros suizos, cuyo coste medio se eleva a 400 francos/mes.

2º.- Con unas cifras que de manera patente muestran como la interpretación efectuada por la Entidad Gestora presenta una incidencia abrumadoramente mayoritaria sobre las mujeres, cabría analizar si tal actuación aparentemente neutral –e incluso destinada a servir a un interés público legítimo– no deja de constituir una discriminación indirecta por razón de género.

3º.- Amén de un mejor conocimiento del seguro de enfermedad suizo (variable además según Cantones), que otorgaría sentido pleno a una argumentación jurídica en exceso genérica a la hora de fundamentar la obligatoriedad o no de su suscripción, sería menester abordar, igualmente, un estudio más acabado y actual de los Acuerdos de Suiza con la Unión Europea en este punto, así como su incidencia sobre el Convenio Hispano-Suizo y la eventual remisión final –o no– al ordenamiento español. La notable, y primera, aproximación del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid queda anclada en los Acuerdos de 2002 y, desde luego, realiza afirmaciones sobre el ordenamiento helvético que exigirían adecuada ponderación para comprender la dimensión final de su contenido.

4º- Conocedores de los datos estadísticos del movimiento emigratorio a Suiza y su retorno, y tratándose de unas instrucciones generales (que, por otra parte, coinciden con el contenido de la Guía oficial utilizada en las Direcciones Provinciales de la TGSS), sorprende la marcada localización de estos pleitos. Descartando de antemano un distinto criterio o un menor celo inspector en otras Comunidades Autónomas con un contingente de afectados similar (salvo Galicia, aun cuando en este ámbito territorial solo se conocen tres supuestos que hayan llegado al Tribunal Superior de Justicia), cabría afirmar una doble hipótesis: de un lado, y a la vista de los nombres de los letrados que intervienen, la "especialización" de algunos en el seguimiento de estos casos, habiendo encontrado argumentos que convencen más que el administrativo; de otro, y como consecuencia, que su difusión hará que, o bien aumenten exponencialmente los pleitos, o bien deba variar el parecer "oficial" de la Administración.

[43] En tal sentido, la advertencia, tiempo ha pero en términos muy contundentes, de ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 14 ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 377.

5º- Ni qué decir tiene, procedería una reflexión más acabada sobre la extensión subjetiva de la prestación de asistencia sanitaria (y, a su calor, de la propia Seguridad Social), así como resaltar la imperiosa necesidad para todos de incorporar el Derecho Internacional del Trabajo y de la Seguridad Social (Público –con especial atención al de la Unión Europea–, Privado y Comparado) a los programas oficiales y personales de formación.

Habiendo puesto de relieve el valor de importancia de este conocimiento específico y especializado *ratione materiae*, baste remitir, para comprender la importancia de aquel aspecto estructural en el Sistema Nacional de Salud, a un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional[44], donde tanto el criterio mayoritario convertido en sentencia, como los Votos Particulares, permiten descubrir un debate vivo que merecerá sin duda múltiples comentarios, pero al cual se invita al lector, no en vano allí se localizan algunas claves de cuanto aquí se ha pretendido poner de relieve.

[44] STC 139/2016, de 21 de julio (Rec. 4123/2012).