



Roj: **STSJ CL 1383/2014 - ECLI: ES:TSJCL:2014:1383**

Id Cendoj: **09059340012014100219**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2014**

Nº de Recurso: **231/2014**

Nº de Resolución: **228/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00228/2014

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 231/2014

Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº: 228/2014

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a diez de Abril de dos mil catorce.

En el recurso de Suplicación número 231/2014, interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número TRES de Burgos, en autos número 51/13, seguidos a instancia de DOÑA Trinidad , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre Seguridad Social. Ha actuado como Ponente el **Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero** , que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 22 de Enero de 2014 , cuya parte dispositiva dice: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por Doña Trinidad contra INSS y TGSS,



debo declarar y declaro el derecho de la actora a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por tal declaración.

SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO** .-La demandante, Doña Trinidad , de nacionalidad colombiana y nacida el NUM000 .1954, esta a cargo de su hija Doña Belinda , de nacionalidad española. Esta última presentó el 7.4.09, ante la Subdelegación del Gobierno en Burgos, solicitud de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su madre, que fue estimada por resolución de 28.5.09. Posteriormente la demandante formuló solicitud de visado Schengen individual para reagrupación familiar, que fue denegada por resolución del Consulado General de España de 22.7.09. Formulado recurso contencioso administrativo, por sentencia del TS de 23.3.12 se declaró su derecho a la concesión del visado, indicándose en su Fundamento de Derecho 7º que "desde el momento que la propia Administración no ha discutido realmente que entre reagrupante y reagrupado no existiera la relación de dependencia que se enmarca dentro del concepto "estar a cargo" que, por lo demás, a la vista de los datos concurrentes, y con la perspectiva casuística que es inherente a esta materia, puede considerarse justificada". **SEGUNDO** .-Con fecha 27.7.12 la actora solicitó tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, la cual le fue concedida por resolución de la Oficina de Extranjería de 11.9.12 con efectos de 27.7.12 a 26.7.17. **TERCERO** .-Con fecha 17.9.12 presentó solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud, que le fue denegada por resolución del INSS de 26.10.12. Interpuesta reclamación previa el 15.11.12, fue desestimada por resolución de 21.11.12. **CUARTO** .-La actora ha sido diagnosticada de hemorragia digestiva y anemia, encontrándose en seguimiento médico y tratamiento farmacológico en diciembre 12. **QUINTO** .-Con fecha 10.1.13 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado.

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO .- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos se dictó sentencia con fecha 22 de enero de 2014 , Autos nº 51/2013, que estimo la demanda interpuesta por Dª Trinidad frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social sobre reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Contra la citada sentenciase interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de la Administración de la Seguridad Social en base a al letra c) del art 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO: Con amparo procesal en la letra c) del art 193 de la LRJS se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha infringido lo dispuesto en el RD **1192/2012** de 3 de agosto que desarrolla le Ley 16/2003 de 28 de agosto de " Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud" con las modificaciones introducidas por el RDL 16/2012 de " Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema de Salud " en relación con la Orden PRE 1490/12 por la que se dictan normas para la aplicación del art 7 del RD 240/07 de 16 de febrero ,sobre " Entrada , libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo" Alegando fundamentalmente que la actora no tiene el derecho a la asistencia sanitaria solicitada pues no tiene la condición de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España y que para la concesión de la residencia en España la actora debería haber aportado como documentación que acreditara que era titular de un Seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su periodo de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud y ello conforme señala el art 3 de la Orden PRE 1490/2012 de 9 de Julio, requisito este que no cumpliría la actora por lo que no tendría derecho a la prestación sanitaria solicitada.

No habiendo impugnado los hechos declarados probados en al sentencia recurrida debemos de tener en cuenta los siguientes extremos.

-La actora Dª Trinidad , de nacionalidad colombiana está a cargo de su hija Dª Belinda de nacionalidad española

-D^a Belinda con fecha 7-4-2009 presentó ante la Subdelegación del Gobierno de Burgos solicitud de residencia temporal por reagrupamiento familiar a favor de su madre que le fue estimada por resolución de fecha 28-5-2009

-Con fecha 27-7-2012 la actora solicitó tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión , que le fue concedida por resolución de la Oficina de Extranjería de 11-9-2012 con efectos 27-7-2012 a 26-7-2017

-Con fecha 17-9-2012 presento solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud que le fue denegada por Resolución del INSS de fecha 26-10-2012.

La cuestión que se nos plantea es si a la actora se le debe reconocer el derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud, la cual le fue denegada por no haber acreditado disponer de seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos propios y de su familia. El Real Decreto Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en su Disposición Final Quinta da una nueva redacción al art 7 del RD 240/ 2007 de 16 de febrero , sobre entrada , libre circulación y residencia en España de los Estados Miembros de la Unión Europea ,redacción esta que es la aplicable a la actora y en la que se señalara " Disposición final quinta. Modificación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

El artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo queda modificado en los siguientes términos:

«Artículo 7. Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

1. Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si:

- a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o
- b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o
- c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o
- d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

2. El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o se reúnan con él en el Estado español, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1.

3. A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:

- a) Si sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente;
- b) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;
- c) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses;



d) Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

4. No obstante lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 y en el apartado 2, únicamente el cónyuge o persona a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que cumple los requisitos de la letra c) del apartado 1 anterior.

5. Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjería de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro.

6. Junto a la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante, así como la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigibles para la inscripción establecidos en este artículo. En el supuesto de que el pasaporte o el documento nacional de identidad estén caducados, deberá aportarse copia de éstos y de la solicitud de renovación.

7. En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social.»

El Real Decreto **1192/2012**, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Y cuyo objeto es tal y como señala en el art 1 la regulación de la condición de asegurado y de beneficiario del mismo a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, así como la regulación del reconocimiento, control y extinción de dicha condición. Expresamente señala en su artículo 2 quienes tienen la condición de asegurado y en su apartado 1 b) incluye expresamente como beneficiarios "b) Las no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español.

2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros.

3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica."

Entendemos que este último supuesto transcrito (Art 2.b.3) es el que se encuentra la actora puesto que era titular de una autorización para residir en territorio español que le fue concedida por Resolución de fecha 11-9-2012, por la Autoridad competente para ello, DA 1ª del RD 240/2007 de 16 de febrero (Hecho Probado Tercero de la Sentencia recurrida), cuando presento la solicitud del reconocimiento de la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud y todo ello mientras este en vigor aquella. Pues bien si la Recurrente entendiera que la residencia le fue indebidamente concedida a la actora, por no reunir los requisitos para ello, podrá en su caso solicitar que se inste la declaración de lesividad art 103 y concordante de la Ley 30/1992 de 26 de octubre Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y ello en relación con los arts 43 y SS de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Pero lo que no puede la recurrente es dejar de inaplicar las consecuencias legales del reconocimiento del citado derecho de forma unilateral por entender que la concesión de la residencia en su día a la actora por la Autoridad competente para ello se incumplía uno de los requisitos para su concesión y por incumplirse el mismo la demandante ya no tiene acceso a uno de los derechos que ser titular de aquella le deparan.

En consecuencia siendo la actora titular de una autorización de residencia en territorio español mientras esta esté en vigor tendrá derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud. Al haberlo entendido así el Magistrado de instancia procederá la desestimación del recurso y confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.



Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), frente a la sentencia de fecha 22 de Enero de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social Número TRES de Burgos, en autos número 51/13, seguidos a instancia de DOÑA Trinidad, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre Seguridad Social, y en su consecuencia debemos, confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, - en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000231/2014.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.