



**JDO. DE LO SOCIAL N. 3
BURGOS**

SENTENCIA: 00039/2014
JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO TRES DE BURGOS

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

SEGURIDAD SOCIAL 0001116 /2012

Procedimiento origen: /
Sobre: SEGURIDAD SOCIAL

DEMANDANTE D/ña [REDACTED]
ABOGADO/A: GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMENEZ
PROCURADOR:
GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO D/ña: INSS
ABOGADO/A: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL (PROVINCIAL)
PROCURADOR:
GRADUADO/A SOCIAL:

En BURGOS, a veintidós de Enero de dos mil catorce.

D. JESÚS CARLOS GALÁN PARADA Magistrado/a Juez del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 tras haber visto el presente SEGURIDAD SOCIAL 0001116 /2012 a instancia de D/D^a. [REDACTED], representada y asistida por D. Gustavo Adolfo Pietropaolo Jiménez contra INSS y TGSS, representados y asistidos por D^a [REDACTED].

EN NOMBRE DEL REY

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA N° 39/2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 28.12.12 tuvo entrada en el SCOP demanda en la que parte actora solicitaba de dictara sentencia en la que se estimasen las pretensiones deducidas en la misma.

SEGUNDO.-Admitida a tramite la demanda, se fijó para la celebración del juicio el día 16.1.14 y, citadas las partes, tuvo lugar este en al que la parte actora se ratificó en la demanda.

TERCERO.-Recibido al juicio a prueba, se practicó la que consta en autos, con el resultado reflejado en los mismos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-La demandante, Doña [REDACTED], de nacionalidad colombiana y nacida el 22.12.1932, convive con su hija Doña [REDACTED], a la que se le concedió la nacionalidad española por resolución de 8.7.09 y que esta

afiliada al RETA desde el 1.9.09, siendo titular de asistencia sanitaria.

Por resolución del INSS de 7.10.11 se concedió provisionalmente la inclusión como beneficiarios de asistencia sanitaria a la demandante y a su cónyuge en la tarjeta sanitaria de ~~Doña Margarita María Delgado~~ por su condición de ascendientes, con efectos de 12.9.11 a 31.12.11.

SEGUNDO.-Con fecha 22.6.12 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 27.8.12 con efectos de 22.6.12 a 21.6.17.

TERCERO.-Con fecha 3.9.12 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 11.9.12. Interpuesta reclamación previa el 19.10.12, fue desestimada por resolución de 26.10.12.

CUARTO.-La actora ha sido diagnosticada de trastorno bipolar, diabetes mellitus, hipotiroidismo y tromboembolismo pulmonar en 2008, debiendo utilizar medicación de forma habitual.

QUINTO.-Con fecha 21.12.12 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Los hechos declarados probados resultan del expediente administrativo y folios 25 a 27, 86, 98, 99 y 107.

SEGUNDO.-No se considera preciso el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad para la resolución del presente litigio, de acuerdo con la doctrina del TC sobre la materia.

Así, según la STC de 31.1.13, "como recuerda la STC 236/2007, de 27 de noviembre, FJ 4, "debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida".

En el ámbito específico de la asistencia sanitaria, la STC 95/2000, de 10.4.00, indica: "No es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.1 CE, al

establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.

Pues bien, en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Así se desprende también de la regulación vigente a la fecha de los hechos (art. 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) y del actual art. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor «los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica». En el mismo sentido cabe citar los arts. 8 y 9 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en desarrollo de la anterior Ley Orgánica de 1985, y que sustituyó al anterior Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, norma aplicable en el momento en el que el recurrente solicitó el derecho denegado”.

Aunque esta última regulación se encuentra actualmente derogada la doctrina expuesta se mantiene vigente según los términos de la CE y el art. 3 de la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que se pronuncia en términos semejantes a los expuestos al señalar que “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio

de cada uno de ellos" y 12 del mismo texto, según el cual "los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria". Por tanto, los derechos de los extranjeros en materia de asistencia sanitaria se definen por la normativa aplicable, lo que nos remite a una cuestión de legalidad ordinaria y excluye la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad.

TERCERO.-Semejantes razonamientos llevan a desestimar la petición subsidiaria de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. En este sentido, la sentencia del citado Tribunal de 5.10.10 dispone que "el Tribunal de Justicia también ha considerado que el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o la clase de servicios médicos que pueden ofrecer, deben poder ser objeto de una planificación, que responde por lo general a diversas preocupaciones. Por una parte, esta planificación persigue el objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad. Por otra parte, se debe a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos. Tal derroche resultaría aún más perjudicial en la medida en que, según consta, el sector de la asistencia hospitalaria genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los medios financieros destinados a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el modo de financiación (sentencias antes citadas Smits y Peerbooms, apartados 76 a 79, y Watts, apartados 108 y 109)".

Y el Considerando 10º de la Directiva 2004/38/CE establece que "Conviene, sin embargo, evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer período de estancia. Por ello, debe supeditarse a determinadas condiciones el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por períodos superiores a tres meses". Como señala la STSJ de Extremadura de 19.11.13, "en cumplimiento de este Considerando se regulan en el artículo 7 de la Directiva las mencionadas condiciones en términos casi idénticos a la nueva redacción del artículo 7 del Real Decreto 240/2007. Y ello se hace en el Real Decreto Ley 16/2012, en cuya exposición de motivos se indica que se da una nueva configuración a la condición de asegurado al objeto de tener derecho a la asistencia sanitaria en España, con la expresa finalidad de no causar un grave perjuicio económico para España especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos. Y en consonancia con ello se modifica el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros (nueva redacción del artículo 12 de la Lo 4/2000, de 11 de enero) que para el caso de extranjeros no registrados ni autorizados se limita de forma muy importante (artículo 3).

CUARTO.-Entrando en el fondo del asunto, la actora formula demanda en reclamación de reconocimiento del derecho a la

asistencia sanitaria como asegurada o, subsidiariamente, beneficiaria.

Respecto a esta petición subsidiaria, la solicitud en vía administrativa se formuló el 3.9.12, cuando ya estaba en vigor el RD 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, que resultó, en consecuencia, aplicable por ser la norma vigente a fecha de la solicitud (STS de 26-1-1998), de acuerdo con su DF 4ª, que disponía su vigencia desde la fecha de publicación en el BOE, lo que tuvo lugar el 4.8.12.

Pues bien, el art. 3 del citado RD establece como requisito necesario para ostentar la condición de beneficiario ser cónyuge de la persona asegurada o convivir con ella con una relación de afectividad análoga a la conyugal, constituyendo una pareja de hecho, ser ex cónyuge, o estar separado judicialmente, en ambos casos a cargo de la persona asegurada por tener derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de ésta o ser descendiente, o persona asimilada a éste, de la persona asegurada o de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, en ambos casos a cargo del asegurado y menor de 26 años o, en caso de ser mayor de dicha edad, tener una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65%.

Como puede verse, los ascendientes están excluidos de la condición de beneficiarios y es esa la relación que une a la demandante respecto a la titular de la asistencia sanitaria de la que pretende ser beneficiaria, su hija.

QUINTO.-Sobre la condición de asegurada, la resolución denegatoria del INSS se funda en el incumplimiento por la actora de las condiciones establecidas en el art. 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, según el cual, en su número 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", es decir, "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”.

La concesión de la tarjeta de residencia exige, por tanto, ciertas condiciones alternativas relativas a la condición laboral del asegurado o sus recursos económicos que el INSS niega a la actora al considerar aplicable la reforma introducida en el RD mencionado por la DF 5ª del RD Ley 16/2012, de 20 de abril que, efectivamente, como señala la resolución impugnada, es aplicable al caso, conforme a la DT 1ª del mencionado RD 240/2007.

Sin embargo, a lo expuesto hay que añadir el contenido de la DA 1ª del mismo texto, que indica que las competencias en materia de resolución de solicitudes de autorización de residencia no expresamente atribuidas serán ejercidas por el Jefe de la Oficina de Extranjeros de la provincia en la que el solicitante tenga su domicilio. Es, por tanto, a éste y no al INSS a quien corresponde valorar y decidir sobre el derecho de residencia del solicitante y así lo hizo en este caso, en que con fecha 27.8.12, se dictó acuerdo de la jefe de la Oficina de Extranjería de la Subdelegación del Gobierno de Burgos en el que se concedió a la actora la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión con efectos de 22.6.12 a 21.6.17. Estamos ante un acto administrativo plenamente válido y eficaz, que se presume válido y produce todos sus efectos conforme a los arts. 56 y 57 LRJAPPAC y que, por tanto, no puede ser desconocido, revocado o modificado salvo por los motivos normativamente previstos y por el órgano competente conforme a los arts. 9 bis y 14 del RD 240/2007. El INSS, por tanto, no es el órgano competente para valorar con efectos jurídicos los requisitos de una autorización de residencia ya concedida y dejar a la misma, de hecho, sin efecto, en la materia sometida a su consideración, la asistencia sanitaria de la residente, pudiendo, a lo sumo, acudir a los mecanismos de comunicación entre administraciones que contempla el art. 3 bis.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud o de coordinación establecidos en la Ley 30/92 si considerase que la tarjeta esta mal concedida o procede alguna modificación en sus términos, siendo, en todo caso, la Oficina de Extranjería, la que valore y decida sobre su vigencia, sin perjuicio de que ésta se mantenga mientras la concesión otorgada no sea revocada (art. 3 bis.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Por lo tanto, la entidad demandada, a la hora de decidir sobre el derecho a la asistencia sanitaria de la actora, debió partir del cumplimiento del requisito relativo a la autorización de residencia de la actora como familiar de una ciudadana de la Unión pues tal autorización había sido dada por quien era competente para ello y tenía plena eficacia y vigencia y al no hacerlo y fundar su decisión en el incumplimiento por la residente de las condiciones exigidas para serlo adoptó una decisión contraria a derecho.

La actora, en definitiva, cumplió los requisitos que para la ostentar la condición de asegurada impone el art. 2.1.b) del RD 1192/2012 en relación con el art. 1.3 de la Ley 16/2003: no tener ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros,

exención, deberá, al momento de anunciar el recurso y en el plazo de cinco días señalado, **consignar** la cantidad objeto de condena o formalizar aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de anunciar el Recurso de Suplicación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber **depositado** la cantidad de **300 euros**, en la cuenta de este órgano judicial abierta en la Entidad Bancaria BANESTO, cuenta n° **0030600840 9999999999**, agencia sita en Burgos, C/ Miranda 3 incluyendo en el concepto los dígitos **1717.0000.34.1116.12**.

-Igualmente, y en cumplimiento de la ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses se deberá acompañar, en el momento de interposición del recurso de suplicación, el justificante de pago de la tasa, con arreglo al modelo oficial debidamente validado.

-En caso de no acompañar dicho justificante, se requerirá a la parte recurrente para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta tal omisión fuese subsanada.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.-Dada, leída y publicada fue al día siguiente de la fecha la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Social que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública de lo que doy fe.