



Roj: **STS 1769/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1769**

Id Cendoj: **28079149912019100016**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **13/05/2019**

Nº de Recurso: **1068/2018**

Nº de Resolución: **364/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1068/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 364/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

D<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 13 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de 21 de diciembre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 3170/2017, formulado frente a la sentencia de 6 de abril de 2017 dictada en autos 9/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Rosaura contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre prestación.



Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D<sup>a</sup> Rosaura representada por el procurador D. Julio Javier López Valcarcel.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de abril de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que, estimando íntegramente la demanda presentada por D<sup>a</sup> Rosaura contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de la demandante a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración con los efectos que de ella se derivan.- Queda absuelta la Tesorería General de la Seguridad Social de las pretensiones en su contra."

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **Primero.-** La demandante Doña Rosaura , de nacionalidad cubana, con NIE NUM000 , solicitó la asistencia sanitaria ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social el 16 de noviembre de 2015, asistencia sanitaria que le fue denegada en Resolución de fecha 18 de noviembre de 2015, con fundamento en que reside legalmente en España con autorización de residencia temporal no lucrativa, por lo que ha tenido que acreditar que dispone de un seguro de enfermedad público o privado, contratado en España o en otro país, que proporcione cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud.- Contra dicha Resolución presentó reclamación previa, la cual fue desestimada en Resolución de 4 de diciembre de 2015.- **Segundo.-** La demandante está en posesión de una tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE, concedida el 28 de septiembre de 2015 con efectos del 12 de junio de 2015 y caducidad el 11 de junio de 2020, toda vez que su hija Doña María Teresa es ciudadana española."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación presentado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha seis de abril de dos mil diecisiete, dictada en autos 9/2016 del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra , seguidos a instancia de D<sup>ña</sup>. Rosaura y contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la Entidad Gestora recurrente confirmamos íntegramente la misma en todos los pronunciamientos que contiene. Sin costas."

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de marzo de 2017 , así como la infracción del artículo 2.1 b) RD 1192/2012, de 3 de agosto .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 20 de julio de 2018, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 19 de febrero de 2019. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, la Sala estimó procedente su debate en Pleno, por lo que se suspendió el señalamiento y se convocó a todos los magistrados de esta Sala para el día 24 de abril de 2019, en cuya fecha tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina si tiene derecho a la prestación pública de asistencia sanitaria una persona de nacionalidad cubana que ha sido reagrupada por su hija, ciudadana española, cuando aquella tiene concedida la "tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión", al amparo de lo previsto en el 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.

La Sra. Rosaura , de nacionalidad cubana, nacida el NUM001 /44, en su condición de titular de la referida tarjeta como madre reagrupada en España de la ciudadana española D<sup>ña</sup>. María Teresa , solicitó del INSS el derecho de asistencia sanitaria, lo que le fue denegado por resolución de 18/11/2015, invocándose para ello



lo dispuesto en el RD 240/2007 y la Orden PRE/1490/2012, con arreglo a las que debía haber acreditado que tenía cubierto un sistema de salud, público o privado, contratado en España o en otro país, que le proporcionara esa cobertura sanitaria durante el tiempo de residencia. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada en nueva resolución de 4/12/2015.

Consta que la demandante tenía concedida la "tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión" en virtud de resolución de fecha 28 de septiembre de 2015, en la que se partía de la siguiente afirmación literal: *"De la documentación aportada en el expediente queda acreditada la situación familiar de la que se deriva el derecho a la aplicación del Régimen Comunitario. SUPUESTO GENERAL DE RESIDENTE FUERA DE ESPAÑA (art. 8.5) ASCENDIENTE A CARGO"*.

**SEGUNDO.-** Agotada la vía administrativa se interpuso demanda para solicitar el reconocimiento del referido derecho de asistencia sanitaria, pretensión que fue estimada en la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Pontevedra de fecha 6 de abril de 2017 .

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la sentencia de fecha 21/12/2017 (rec.3170/2017) que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia.

Para llegar a tal solución, la sentencia parte de la base incuestionable de que la demandante tiene reconocida la autorización de residencia temporal como reagrupada familiar y por ello su situación encaja en el ámbito del art. 2.b 3 del R.D. 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, puesto que reúne los requisitos previstos en tal precepto: " ... 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."

En este punto, la sentencia recurrida discrepa de la Entidad Gestora recurrente y coincide con la sentencia de instancia en que en estos casos no cabe presumir que la reclamante debería tener o haber acreditado que tenía esa cobertura sanitaria para haber accedido al derecho, puesto que -se dice literalmente en ella- " ... para que caso de reagrupamiento de familiares extranjeros no comunitarios de un ciudadano español, ... no se le exige el cumplimiento de los requisitos del art. 7 RD 240/2007 , por lo que no tendría que acreditar, a efectos de obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE, ni la suficiencia de recursos económicos ni la cobertura sanitaria durante su estancia en España. Por lo tanto difícilmente podemos presumir tal cobertura cuando no nos consta si para dársele la tarjeta de residente que ostenta se le exigió aportar el correspondiente seguro sanitario. En definitiva, no hay prueba fehaciente del hecho indicio sobre el que la Entidad Gestora construye su argumentación ( art. 385 LEC )".

Realmente la sentencia recurrida de esta forma, y como ahora se verá también, ofrece respuesta jurídica ante las alegaciones de la parte actora referidas a que no le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del RD 240/2007 , y además afirma que no corresponde a la jurisdicción social analizar si la concesión de la tarjeta de residente se ajustó a las previsiones del citado texto legal, sino que, una vez obtenida la misma, es cuando entra la actora dentro de los requisitos del RD 1192/2012.

De esta forma se razona que a los meros efectos prejudiciales "... señalaremos que es cierto que la Sala de lo Contencioso administrativo de este Tribunal Superior ha señalado ( en sentencia citada por el recurrente y otras como la 27 de octubre de 2016, recaída en el Recurso 144/2016) que en el caso de reagrupación de parientes de ciudadanos españoles no les resultan exigibles los requisitos del Art. 7 del Real Decreto 240/2007 , legislación citada que se aplica , por lo que no tienen que justificar la suficiencia de medios económicos , " y tampoco cabe aplicar la Orden de 9 de julio de 2012, que tiene un objetivo, el de evitar el perjuicio económico para España, que no juega en este caso..."

En resumen: la sentencia recurrida aborda el problema jurídico vinculado con la aplicabilidad del art. 7, y más concretamente de los requisitos que se exigen en el número 2 de ese precepto para acceder a las prestaciones discutidas, para llegar a la conclusión de que no es aplicable en el caso, con lo que, de hecho coincide con la demandante en que su situación se encuadraría en el artículo 8 del RD 240/2007 , en el que los requisitos para la obtención de la tarjeta de residente por agrupamiento familiar no se extiende a las previstas en el art. 7.2, en el que se dice que "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", precepto éste en el que se exige que el solicitante de la agrupación, el reagrupante disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia y de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos del reagrupado en España.



**TERCERO.-** Frente a la referida sentencia se interpone por el INSS el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia la infracción del art. 2.1) b) del R.D. 1192/2012, de 3 de agosto, invocando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 2/03/2017 (rec. 7175/2017).

En la sentencia de contraste se trata también de la pretensión de asistencias sanitaria, pero en un supuesto de hecho sustancialmente igual al de la sentencia recurrida. Se trataba allí de un ciudadano de nacionalidad ucraniana que obtuvo la tarjeta de residencia temporal en España por reagrupación familiar de su hija, también de nacionalidad ucraniana, no perteneciente a la Unión Europea por tanto, que cuando solicita el derecho de asistencia sanitaria le es denegado por el INSS. La sentencia de contraste ante esos hechos confirma la decisión del Juzgado de instancia, que había desestimado la demanda, y procede a la aplicación de la normativa correspondiente, que es el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en cuyo artículo 54.1, bajo el epígrafe de "*Medios económicos a acreditar por un extranjero para la obtención de una autorización de residencia por reagrupación a favor de sus familiares*", exige que "El extranjero que solicite autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares deberá adjuntar en el momento de presentar la solicitud de dicha autorización la documentación que acredite que se cuenta con medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social ....".

La comparación de las sentencias recurrida y de contraste conduce a entender que en el presente supuesto existe entre ambas la identidad sustancial que exige el art. 219 LRJSS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En efecto, nos encontramos con demandantes que reclaman el derecho a la asistencia sanitaria desde la misma situación, residencia legal en España por reagrupación familiar, teniendo obligación el reagrupante de atender la asistencia sanitaria del reagrupado. No obstante, a pesar de esa similar situación, la sentencia recurrida ha entendido que el derecho de asistencia sanitaria postulado ha de ser reconocido mientras que la de contraste lo deniega, siendo ello suficiente para apreciar que concurre la contradicción que permite entrar a resolver los motivos del recurso.

Por el Ministerio Fiscal se considera que la contradicción no existe al ser distintos los requisitos que permitieron en uno y otro caso acceder a la autorización de residencia temporal en España, y sobre ello hemos de decir que es cierto que en el caso de la sentencia recurrida se trata del familiar de una ciudadana de la UE cuya tarjeta de residencia tiene su origen en lo dispuesto en el 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, y en la sentencia de contraste la reagrupación familiar lo ha sido al amparo del art. 54.1 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

No obstante, como se verá ahora, esa aparente diferencia no incide sobre los aspectos esenciales del problema que aquí se discute, desde el momento en que el requisito determinante para la concesión del derecho es semejante en ambos casos.

El art. 7.2 del RD 240/2007 dispone lo siguiente: "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. La letra a), b) o c) del apartado primero, en relación con el ciudadano sobre el que se quiere ampliar la unidad familiar, señalan lo siguiente:

- 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".

Por su parte, el art. 54.1 del RD 557/2011 dispone, en orden a los medios económicos a acreditar por el extranjero que solicita la reagrupación de familiares, que "1. El extranjero que solicite autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares deberá adjuntar en el momento de presentar la solicitud de dicha autorización la documentación que acredite que se cuenta con medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social en la cuantía que, con carácter de mínima y referida al momento de solicitud de la



autorización, se expresa a continuación, en euros, o su equivalente legal en moneda extranjera, según el número de personas que solicite reagrupar, y teniendo en cuenta además el número de familiares que ya conviven con él en España a su cargo".

De esa regulación se infiere que en ambos casos la reagrupación familiar ha supuesto que el reagrupante tenga una cobertura privada de la asistencia sanitaria, ya mediante un seguro privado de enfermedad, caso de la sentencia recurrida, ya por disponer de medios que incluyan la asistencia sanitaria ajena al sistema de Seguridad Social, en el supuesto de la sentencia de contraste. Esto es, en ambos casos se trata de determinar si, siendo exigido legalmente que el reagrupado tenga cubierta la asistencia sanitaria con cargo al reagrupante, aquel tiene derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, lo que supone que estemos ante situaciones similares.

**CUARTO.-** 1. En el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el INSS se denuncia la infracción del art. 2.1 b) del 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.

La solución que adoptaremos en el presente recurso es la misma que se ha tomado en los asuntos deliberados y decididos en esta misma fecha por el Pleno de la Sala, en los recursos número 2022/2018, 3626/2017 y 4622/2017 en los que, en situaciones semejantes, se han estimado los recursos planteados por el INSS, con base en los mismos argumentos que ahora pasamos a exponer.

2.- Normativa aplicable en materia de "asistencia sanitaria". La Ley de Seguridad Social, aprobada por Decreto 907/1966, de 21 de abril, introdujo la asistencia sanitaria como una prestación más de la acción protectora del sistema de Seguridad Social ( art. 20.1 a ) y 98 y ss.), llevando a ese ámbito uno de los principios que lo inspiraban, como el de universalidad. La CE vino a reconocer en el art. 43 el derecho a la protección de la salud, dentro de los principios rectores de la política social y económica.

Con base en ella, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vendría a expresar el ámbito nacional de la protección de la asistencia sanitaria pública, para toda la población española, en condiciones de igualdad efectiva, atribuyendo el deber de garantizarla a las Administraciones Públicas Sanitarias, estableciendo que "El Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en la misma que, de tratarse de personas sin recursos económicos, será en todo caso con cargo a transferencias estatales".

El principio de universalidad que inspiraba esa protección hizo que dicha asistencia sanitaria fuera progresivamente ampliándose y así nos encontramos con el Real 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, del que queremos destacar su art. 4 en el que se indicaba que "Para obtener el reconocimiento efectivo del derecho los solicitantes habrán de acreditar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, las circunstancias económicas y familiares exigidas y carecer de protección sanitaria pública" y su art. 5 en el que se decía que "No se reconocerá el derecho a la asistencia sanitaria a que se refiere este Real Decreto a quienes ya la tengan por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social". Por tanto, la protección se quería otorgar a quienes no estuvieran bajo la cobertura del sistema público sanitario y carecieran de recurso económicos.

3.- En esa necesidad de protección universal, se ha ido ampliado el ámbito subjetivo. Así, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 3, originariamente reconocía como titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria a todas las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, en coherencia con lo que entonces venía establecido en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

No obstante, a partir de la reforma operada por el RD 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 cuando se introduce el concepto de asegurado y beneficiario y, modificando el citado art. 3, se acudió a la figura del asegurado y beneficiario, pasando a redactarse aquel precepto con el siguiente contenido:

"1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: [...]





3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado."

El régimen reglamentario al que se refiere la Ley de Cohesión es el recogido en 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. Esta norma, que es la que se invoca en el motivo como infringida, inicia su texto diciendo que "Todos los españoles, así como los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad , quedando establecido así el carácter de universalidad del derecho a la atención sanitaria en España".

Tal y como refiere en su preámbulo, dicha norma pasa "a regular la condición de persona asegurada y de beneficiaria de ésta a efectos del derecho a la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud", en la forma que expresa su art. 1, al fijar el objeto de dicha norma .

Por otra parte, el art. 2.1 b) del citado Reglamento, cuya infracción se denuncia en el recurso, dispone lo siguiente: "A efectos de lo dispuesto en este real decreto , son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: [...] b) Las no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo ..... cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: [...] 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".

El art. 6.2 del Reglamento, relativo al "*Reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario previa solicitud del interesado*", especifica la documentación que debe acompañar a la solicitud, señalando en el apartado e) la siguiente: "Declaración responsable de no tener cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, acompañada, en su caso, de un certificado emitido por la institución competente en materia de Seguridad Social o de asistencia sanitaria del país de procedencia del interesado acreditativo de que no procede la exportación del derecho a la prestación de asistencia sanitaria en España. No obstante, lo anterior, los apátridas no estarán obligados a presentar este último certificado".

Lo que significa que el régimen de protección de la asistencia sanitaria, en el ámbito personal en el que ahora interesa, se hace depender de que el asegurado no tenga una cobertura obligatoria de la prestación, sean cual sea la vía por la que la misma se encuentre establecida.

4.- Para cerrar la regulación en la materia que aquí relevante es conveniente decir que actualmente el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud -no aplicable al caso por evidentes razones temporales-, obviando el concepto de asegurado y beneficiario, retorna al de titular del derecho a la atención sanitaria, y ha modificado el art. 3 de la Ley de Cohesión , dejando fuera la figura del asegurado y pasando a decir lo siguiente: "1. 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.

2. Para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: [...]

c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía".

Dicha norma, además, ha derogado los arts. 2 a 8 del Real Decreto 1192/2012 y viene a reconocer que el RD Ley de 2012 no respetaba adecuadamente el principio de universalidad en el acceso al sistema nacional de salud y, en concreto, la materia a la que tendía, la atención sanitaria, llegando a decir que "La exclusión del colectivo de personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España del derecho de protección a la salud y a la atención sanitaria no ha sido acorde, por tanto, con los antecedentes normativos existentes en nuestro país ni con los diversos compromisos internacionales adquiridos", así como que "... partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura



sanitaria desde su país de origen o procedencia. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la normativa nacional, en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable".

**QUINTO.-** 1. Para completar el análisis jurídico de la normativa aplicable, se hace necesario analizar el que corresponde a regulación del régimen legal que rige la reagrupación familiar, dadas las evidentes conexiones que existen entre éste y el hasta ahora analizado sobre la asistencia sanitaria en las condiciones descritas.

Debemos comenzar citando la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Esta Directiva se enmarca en la protección del derecho del libre circulación y residencia de los ciudadanos de los Estados miembros y sus familias, cualquiera que sea su nacionalidad, dentro de la Unión. Advierte que los beneficiarios del derecho de residencia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida durante el primer año de estancia y es por ello por lo que "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". En su art. 7.1 b), al regular el derecho de residencia por más de tres meses, dispone que todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia si dispone "para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida".

En el derecho interno y con base en aquella regulación, nos encontramos con el 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 y la denominada tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

A tal fin, el art. 7 del citado Real Decreto establece las condiciones para obtener aquella, tal y como ya se hizo referencia anteriormente, al analizar la contradicción. En concreto, permite una residencia superior a tres meses a un miembro, que no sea nacional de un estado de la UE o de otro Estado parte del AEEE, de la familia del ciudadano al que acompaña siempre que éste disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.

Dicho art. 7 fue objeto de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto, de la que cabe destacar el art. 3 c), relativo a la documentación acreditativa respecto del seguro de enfermedad, en el que se dice que "Las personas que no ejerzan una actividad laboral en España deberán aportar documentación acreditativa del cumplimiento de las dos siguientes condiciones:

1.ª Seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud.

Se entenderá, en todo caso, que los pensionistas cumplen con esta condición si acreditan, mediante la certificación correspondiente, que tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado por el que perciben su pensión".

Esto es, el derecho de reagrupación se establece haciéndolo depender de unas condiciones legales que deben cumplirse necesariamente para poder estar residiendo en España, figurando entre las mismas, en los casos que aquí interesa de familiares a cargo del ciudadano solicitante, que éste suscriba un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España del familiar, sin que en ningún caso la residencia de éste pueda generar una carga para la asistencia social.

En este punto, al analizar esa normativa la sentencia recurrida parte de la automaticidad entre la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión y la asistencia sanitaria a que se refiere el art. 2.1 b) 3º del RD 1192/2012, desde la perspectiva jurídica que asume de que el art. 7 del RD. 240/2007 no resulta de aplicación a los ciudadanos españoles reagrupantes, sino el art. 8, que para la sentencia recurrida no contiene ningún requisito sobre la existencia en el ciudadano español de los recursos suficientes y un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos de reagrupado en España, citando al respecto varias sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia, aunque reconoce que la STS de la Sala Tercera de 18/07/2017 (rec. 298/2016) había llegado a la solución contraria.

Efectivamente. En este punto la STS 3ª citada mantiene la doctrina de que el art. 7 del RD 240/07 es aplicable a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles, afirmando que "... a partir de la sentencia de 6 de junio de 2010, dados los términos en los que ha quedado redactado el art. 2 (y anulada la Adicional Vigésima del Reglamento de Extranjería), el Real Decreto 240/07 - con independencia y al margen de la Directiva -, en cuanto disposición de Derecho interno, es también aplicable a la reagrupación de familiares



extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) de españoles, hayan -o no- hecho uso de su derecho a la libre circulación y residencia por el Espacio Común Europeo, y, concretamente, su art. 7.

Al español, es cierto, no se le podría limitar -salvo en los casos legalmente previstos- su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio español ( art. 19 CE ), pero esto no obsta para que cuando pretenda reagrupar a familiares extranjeros quede sometido a requisitos o condiciones, en este caso, los mismos que al resto de los ciudadanos europeos.

Los presupuestos, pues, de los que deriva el derecho de residencia del familiar extranjero del español residente en España son la nacionalidad española del reagrupante y concurrencia de alguno de los requisitos previstos en el art. 7, y, una vez surgido ese derecho, se aplicará el art. 8, de naturaleza meramente procedimental".

Sentencia a la que han seguido con idéntica doctrina las SSTs 3ª de 11/06/2018 , 03/07/2018 , 30/10/2018 , y 6/11/2018 , dictadas en los recursos 1709/17 , 4181/17 , 3047/17 y 5468/17 , respectivamente, y que añade un elemento interpretativo complementario al afirmar que ese artículo 7 RD. 240/2007 resulta aplicable también a los ciudadanos españoles que reagrupen a un ciudadano extranjero, con las exigencias de cobertura sanitaria que hemos descrito.

**SEXTO.-** A la vista del bloque normativo regulador expuesto y de la referida jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no cuestionándose en este momento que la demandante esté bajo el ámbito personal al que se refiere el art. 2.1 b) del repetido Reglamento aprobado por RD 1192/2012 , resta por resolver si concurre el requisito de no tener "*cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía*" y si, como pretende la parte recurrente, dicho requisito no se cumple cuando se ha obtenido una residencia temporal, superior a tres meses por ciudadano o extranjero familiar.

Pues bien, partiendo del principio de universalidad y sin olvidar el de financiación pública y su sostenibilidad, que igualmente informan el sistema nacional de salud, el concepto de "cobertura obligatoria de la prestación de asistencia sanitaria" es el que se pretende por la parte recurrente porque la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, cuando el solicitante es extranjero con residencia legal, solo se otorga en el caso de que no se tenga cubierta dicha prestación de forma obligatoria por otros cauces, públicos o privados.

Y tal previsión, en casos como el resuelto en la sentencia recurrida implica que si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga o que tal prestación venga siendo atendida en virtud de otros aseguramientos públicos, ya no se cumplen las exigencias para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto.

Y esto es lo que sucede en los supuestos en que un familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, ha obtenido la residencia legal por tal vía. Dicho familiar tiene cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante que debe mantenerla durante todo el tiempo de residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho. Y esta cobertura debe ser calificada de obligatoria en tanto que viene impuesta legalmente y con permanencia durante todo el tiempo de residencia del reagrupado en el Estado de acogida. Si ello es así, la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria por estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa.

Esa conclusión se puede corroborar con las previsiones que el propio RD 1192/2012 establece en orden a las excepciones que contempla a la hora de identificar la cobertura obligatoria, entre las que no figura la que aquí se está analizando, a pesar de que su ámbito personal de afectación alcanza a extranjeros residentes en España.

Del mismo modo y respecto de la documentación por medio de la cual se debe dejar constancia de que no se tiene cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, el RD 1192/2012, le basta con una declaración responsable del interesado en el que se ponga de manifiesto la falta de cobertura de la asistencia sanitaria. Ello no impide que la Entidad Gestora, a los efectos de resolver la solicitud, pueda recabar de los órganos administrativos competentes -Registro Central de Extranjeros, a tenor del art. 4 y 3.2 c) de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio- los datos necesarios para verificar la concurrencia de la condición de asegurado, tal y como se recoge en el art. 3 bis.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo , de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y constatar la realidad de su condición de residente legal y de concurrencia del seguro de enfermedad que debe justificarse para la necesaria inscripción.

Las conclusiones anteriores vienen a reflejarse en la reforma operada en el año 2018, anteriormente mencionada, en la que, en lógica con las regulaciones que hemos expuesto a lo largo de esta resolución, sigue manteniendo en su exposición de motivos, que no es adecuado hacer un uso indebido del derecho de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos cuando existe esa protección por otras vías ("un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia").





En definitiva, no cuestionándose la legalidad de que el familiar se encuentra residiendo legalmente en España por reagrupación familiar, la conclusión que se debe alcanzar es la que no está desprotegido en materia de asistencia sanitaria, al tener una cobertura obligatoria por otra vía distinta a la pública.

**SÉPTIMO.-** De lo razonado hasta ahora se desprende que, oído el Ministerio Fiscal, debemos declarar que la doctrina contenida en la sentencia recurrida no se ajusta a derecho por infringir los preceptos denunciados en el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, lo que determina que debamos casar y anular la misma y resolver el debate planteado en suplicación estimando el de tal clase interpuesto en su día por la Entidad Gestora frente a la sentencia de instancia, que revocamos para desestimar la demanda y absolver al demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

Sin imposición de costas, a tenor del art. 235.1 LRJS .

## FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 21/12/2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3170/2017 .
2. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la citada Entidad Gestora y, con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, el 6 de abril de 2017 , en los autos 9/2016, desestimar la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Rosaura contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación del derecho a la asistencia sanitaria, absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.
3. Sin imposición de costas

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

Así se acuerda y firma.

D.Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

D<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Fernando Salinas Molina, AL QUE SE ADHIERE LA EXCMA. SRA. MAGISTRADA DOÑA Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1068/2018, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.

Entiendo que la sentencia recurrida por el INSS debería haber sido confirmada, y que la doctrina unificada establecida esta Sala de casación debería haber consistido en declarar que: " *la parte demandante como extranjero/a titular de una autorización para residir en territorio español y mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica, ostenta la condición de asegurado/a con derecho a asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud* " .

Para llegar a tal conclusión se reiteran los razonamientos jurídicos que, con mayor extensión, se efectúan en el Voto Particular emitido por este mismo Magistrado en el recurso de casación unificadora 3626/2017 deliberado en el mismo Pleno jurisdiccional, y, en síntesis, se concluye (reiterando el argumento séptimo de



dicho voto particular) que para dar respuesta jurídica a la cuestión planteada en casación unificadora que debe partirse de:

" **a)** La existencia de dos tipos de normativa sobre los extranjeros residentes en España, **a)** una la que regula las condiciones para que puedan obtener el visado o tarjeta de residentes en sus diversas modalidades (normativa sobre extranjería y ciudadanos de la Unión Europea) y **b)** otra la que establece el derecho al acceso de los extranjeros al Sistema Nacional de Salud bien tengan el permiso de residencia o incluso, actualmente, aunque no estén registrados ni autorizados a residir en España (normativa sobre los beneficiarios de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud).

**b)** La Autoridad gubernativa, a través de los procedimientos legalmente establecidos, es la que concede o deniega, de concurrir los presupuestos para ello, las diversas modalidades de tarjeta o visado de residencia a los extranjeros, entre ellas, en cuanto ahora afecta, el visado de reagrupación familiar de carácter comunitario; y es a dicha Autoridad gubernativa a la que corresponde comprobar tanto su concurrencia inicial como si se mantienen tales presupuestos durante el período de vigencia de la correspondiente autorización, tal como se deduce incluso del invocado por el INSS art. art. 9.bis.1 (" *Mantenimiento del derecho de residencia* ") del Real Decreto 240/2007 ("... *En casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de algún Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de los miembros de su familia, de las condiciones establecidas en los artículos 7, 8 y 9, los órganos competentes podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones* "). Al igual que podría predicarse " *a sensu contrario* ", y sin injerencia de Entidades administrativas ajenas, cuando siendo la Entidad Gestora la competente para otorgar el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social determina cuando concurren los presupuestos para su concesión y, en su caso, para su revisión si tales presupuestos varían y si resulta que en normas ajenas a las de seguridad social se reconocen, a modo de ejemplo, a los beneficiarios de una prestación de incapacidad permanente absoluta un determinado beneficio no sería lógico que la autoridad que lo concede pudiera cuestionar si tiene o no derecho a la referida prestación de incapacidad.

**c)** En suma, derivadamente es la jurisdicción contencioso-administrativa la que conoce de la impugnación de los actos administrativos relativos al visado de reagrupación familiar de carácter comunitario, existiendo una consolidada y reiterada jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo interpretativa del referido art. 7 del Real Decreto 240/2007, y en especial sobre familiares extranjeros de españoles residentes en España, entre las más recientes las SSTS/III 08-05-2017 (recurso 1712/2016), 18-07-2017 (recurso 298/2016), 11-06-2018 (recurso 1709/2017), 30-10-2018 (recurso 3047/2017) y 06-11-2018 (recurso 5468/2017).

**d)** No discutiéndose que existe una resolución administrativa de la competente Autoridad gubernativa que concede al demandante un visado de reagrupación familiar de carácter comunitario, debe partirse de su plena eficacia y validez; y no cabe interpretar que, a modo de cuestión prejudicial, deba en este caso el orden social extender su competencia al conocimiento y decisión de tal cuestión no perteneciente a este orden por entender que está directamente relacionadas con las cuestiones atribuidas al mismo ( art. 4.1 LRJS - Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ), y de hecho dejar sin efecto, aunque solo lo fuera a los fines del presente procedimiento, dicho visado de reagrupación familiar de carácter comunitario, al negarse por la Entidad ahora recurrente la concurrencia de los pretendidos presupuestos para su concesión relativos a que " *el actor en este procedimiento debió acreditar cobertura obligatoria de la prestación sanitaria mediante un seguro privado, por ser necesario el mismo para el reconocimiento de la residencia temporal en España por periodo superior a tres meses, como familiar de ciudadano de la UE, según se prevé en el art. 7 del Real Decreto 2400/2007, de 16 de febrero ...*" y que " *La concesión de autorización de residencia en el caso de extranjeros no comunitarios supone, conforme establece el art. 46 e) del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que tuvo de acreditar que contaba con un seguro público o privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España* ".

**e)** ...

**f)** Para la solución de la cuestión planteada debe partirse exclusivamente de las normas relativas a la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud en relación ahora con un familiar extracomunitario de españoles con visado de reagrupación familiar de carácter comunitario. Especialmente: 1) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en su art. 3.3 sobre la condición de asegurado, en la redacción vigente en la fecha de los hechos una vez suprimido el párrafo " *siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente* " (declarado inconstitucional y nulo por STC 139/2016), por lo que quedará redactado " *3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado [ ]*" y 2) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, en su texto inicial del art. 2.1.b).3º, que preceptúa que " *1. A efectos de*



*lo dispuesto en este real decreto , son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: ... 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: ... 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 ". Y*

**g)** En definitiva, el demandante como extranjero titular de una autorización para residir en territorio español y mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica, cabe entender que mantiene los presupuestos para su concesión (entre otros, los ahora cuestionados por la parte recurrente), – entre otros extremos, e hipotéticamente no desvirtuados en las presentes actuaciones –, y que por la remisión ex art. 12 Ley Orgánica 4/2000 (" *Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria* "), ostenta la condición de asegurado con derecho a asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud".

Madrid, 13 de mayo de 2019

FONDO DOCUMENTAL CENDO