

ANTONIO TAPIA HERMIDA*Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Mercantil.**Universidad Complutense de Madrid**Letrado de la Seguridad Social**Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación*

**(Comentario a las SSTJCE, de 16 de mayo de 2006,
asunto C-372/04, y de 15 de junio de 2006, asunto C-466/04) ***

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 16 de mayo de 2006 el Tribunal de Justicia comunitario ha pronunciado una sentencia de gran trascendencia en materia de asistencia sanitaria. La doctrina establecida en esta sentencia, complementada con la contenida en la del mismo Alto Tribunal de fecha 15 de junio de 2006, conforma una completa y sistemática regulación de lo que, tomando prestada una terminología propia del ámbito de la economía financiera, se puede denominar «pasaporte comunitario europeo», esto es, la posibilidad de que un ciudadano europeo, nacional o residente en un Estado miembro de la Unión Europea (UE) e incluido en el sistema de salud o de seguridad social correspondiente, reciba prestaciones sanitarias (médicas y farmacéuticas) en cualquier otro Estado miembro (institución del lugar de estancia), con cargo al Estado miembro del que es nacional o en que reside (institución competente) u obtenga el reembolso, por este Estado miembro (institución competente), del gasto soportado, en su caso, y derivado de la prestación de aquella asistencia.

La doctrina contenida en las referidas sentencias de 16 de mayo y 15 de junio de 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), supone la culminación de un largo proceso de elaboración doctrinal propiciado por otras múltiples sentencias del mismo Tribunal comunitario que han ido perfilando aquella doctrina en sus diferentes aspectos, esto es, según las cuestiones prejudiciales concretas que diferentes órganos jurisdiccionales nacionales le habían ido planteando, hasta llegar a la capital sentencia de 16 de mayo. Ha de destacarse que la posición de la justicia comunitaria, desde un primer momento tuvo una clara línea directriz, habiéndose desarrollado sin estridencias ni contradicciones.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 283, octubre 2006.

Si la sentencia de 16 de mayo es fundamental en la materia, no menos interés tiene la de 15 de junio, especialmente para los ciudadanos españoles tanto por su contenido como por lo que deja, ciertamente con razón procesal suficiente, sin resolver. Esta sentencia fue emitida con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional español (TSJ de Cantabria), que inquirió, entre otras cuestiones, al Tribunal de Justicia comunitario sobre si acaso el reintegro de gastos médicos, tan cicateramente regulados en nuestra legislación nacional, no violentaba el Derecho comunitario.

El Alto Tribunal comunitario no entra, con fundamento razonable, en la cuestión propuesta por el órgano jurisdiccional español, por impedírsele el ordenamiento procesal aplicable¹, pues su mero planteamiento revela un estado de opinión disconforme con una regulación nacional inapropiada al nivel de derechos sociales, medios y técnicas de protección social, exigibles por los ciudadanos europeos (españoles)².

Las sentencias objeto de comentario se revelan también trascendentes en un orden de cosas distinto del estrictamente sanitario y probablemente más importante, si no desde una perspectiva individual, sí desde una consideración general o común, atinente a los europeos como conjunto de ciudadanos. Efectivamente la doctrina contenida en aquellas sentencias supone un «hacer Europa», poniendo de manifiesto que el varapalo sufrido en su proceso constructivo con la, injustificada y desde luego merecedora de rechazo³, negativa de los ciudadanos de dos Estados miembros (Francia

¹ Como indica la STJCE de 20 de enero de 2005: «26. Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el procedimiento previsto en el artículo 234 del Tratado es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de que conocen [... Ss. de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska-Bscher, C-231/89, ..., apdo. 18; de 12 de marzo de 1998, Djabali, C-314/96, (...), apdo. 17, y de 21 de enero de 2003, Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, C-318/00, (...), apdo. 41]; 27. Así, tanto del tenor como del sistema del artículo 234 del Tratado CE se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales en la medida en que ante ellos penda un litigio en el que proceda adoptar una decisión que puede tener en cuenta la Sentencia prejudicial [... Ss. de 15 de junio de 1995, Zabala Erasun y otros, asuntos acumulados C-422/93 a C-424/93, (...), apdo. 28, y Djabali, antes citada, apdo. 18]; 28. En efecto, la justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio [véanse las Ss. Djabali, ..., apdo. 19; Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, ..., apdo. 42, y de 25 de marzo de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi y otros, asuntos acumulados C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 y C-497/00 a C-499/00, (...), apdo. 72]».

² Según el artículo 17 del Tratado de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea [añadido por el Tratado de la UE de 7 de febrero de 1992, art. 8.º C)]: «1. (según redacción dada por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre 1997, art. 2.º 9). Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional; 2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado. No puede olvidarse que «el artículo 8.º del Tratado (actualmente art. 18 del Tratado CE) confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga nacionalidad de un Estado miembro» y que «la vocación de dicho estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentren en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico» (SSTJCE de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, y 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02).

³ No revela más que una ciudadanía con un profundo desconocimiento de Europa, como afirma VALCÁRCEL, D., «Votar el 20 de febrero», *La Tercera de ABC*, del lunes 7 de julio de 2005: «Es cierto, Europa tiene la fuerza de la diversidad: no sólo por el legado de los griegos y romanos, de los monjes cristianos y de los *junkers* prusianos. No sólo por el inmejorable siglo XVII, por los siglos siguientes... No sólo por Montaigne, Velázquez, Newton... No sólo por la revolución inglesa y la revolución francesa y los derechos del ciudadano y la Europa industrial... No sólo por los grandes arquitectos desde Calícrates hasta Norman Foster y su puente sobre el Tarn. Ese aire invisible pero respirable está compuesto por muchos ámbitos entre otros por la pasión europea de descubrir: un componente misterioso que, desde Prometeo, lleva al europeo a investigar, a buscar el saber».

y Holanda), no ha frenado definitivamente o entorpecido de manera irreparable, el proceso creativo europeo⁴ de una entidad política soberana única, con la «provincialización» de los Estados miembros y la reconducción a sus ámbitos propios de ímpetus nacionalistas y localistas, trasnochados, insolidarios y oportunistas.

Con la doctrina establecida, fundamentalmente en la sentencia de 16 de mayo, el Tribunal de Justicia comunitario ha logrado superar una normativa comunitaria que debe calificarse benévola-mente de «extraña» y más precisamente de «anómala». Me refiero al Reglamento 1408/71, pues se trata de un Reglamento que no es un Reglamento. Según el artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE) «el Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro»⁵.

⁴ Puede afirmarse la realidad de Europa, como entidad política, basada en la unidad histórica de la cultura europea, sobre el tema DIEZ DEL CORRAL, L., *El rapto de Europa*, Alianza editorial, Madrid 1974. Precisa JIMÉNEZ DE PARGA, M., «No simplifiquemos a Europa», en *La Tercera de ABC*, del martes 23 de julio de 2002, dice: «La Europa de los próximos años no podemos entenderla ni definirla como un Estado, como una Federación o como una Confederación. Debemos aplicarle, como siempre, una categoría original. Y en tanto lega el feliz hallazgo no podemos cerrar los ojos ante lo que es ya una realidad consolidada y tangible. Quizás si reparamos en ella vayamos en la dirección propicia para encontrar lo que buscamos. Algún día alcanzaremos el modelo original».

⁵ El texto de aquel artículo 249 [en la redacción dada por el Tratado de la UE de 7 de febrero de 1992, art. 8.º E) 60], es el siguiente:

«Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán Reglamentos y Directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.»

La Constitución Europea, establecida por Tratado firmado por los plenipotenciarios de los Estados miembros el 29 de octubre de 2004 y ratificada por España, mediante Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, elimina de la tipología normativa la referencia a Reglamentos, Directivas, resoluciones, recomendaciones, etc., sustituyéndolos por la referencia a las normas características del Derecho europeo, esto es, «la ley europea, la ley marco europea, la decisión europea, las recomendaciones y los dictámenes», siendo actos legislativos únicamente la ley y la ley marco europea.

La naturaleza jurídica exacta del Reglamento comunitario se expone por el Abogado General St. GEELHOED, en la Nota 21 de su escrito de conclusiones presentado el 19 de enero de 2006, el asunto C-466/04, resuelto mediante Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 15 de junio de 2006, en los siguientes términos: «Con arreglo al párrafo segundo del artículo 249 del Tratado CE, los reglamentos tienen un alcance general y son directamente aplicables en cada Estado miembro. Por consiguiente, en razón de su propia naturaleza y de su función en el sistema de fuentes del Derecho comunitario, los reglamentos pueden conferir a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de proteger. La aplicabilidad directa de un reglamento exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o en contra de los sujetos de Derecho se produzcan sin necesidad de ninguna medida de incorporación al Derecho nacional. Los Estados miembros están obligados, en virtud de las obligaciones que se derivan del Tratado y que asumieron al ratificarlo, a no obstaculizar el efecto directo propio de los reglamentos y otras normas de Derecho comunitario. El respeto escrupuloso de este deber es un requisito indispensable para la aplicación simultánea y uniforme de los reglamentos comunitarios en toda la Comunidad (S de 10 de octubre de 1973, Variola, 34/73, ..., apdos. 8 y 10). Incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de éstas. Véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, ...) apartado 16; de 19 de junio de 1990, Factortame y otros (C-213/89, ...) apartado 19, y de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-453/99), apartado 25».

Sin embargo el Reglamento 1408/71, lejos de ser una norma de unificación legislativa, se declara una norma de mera coordinación. Ni siquiera constituye una norma de armonización (finalidad propia de las Directivas comunitarias). Como indica explícitamente el Alto Tribunal comunitario en su sentencia de 19 de marzo de 2002, asuntos acumulados C-393/99 y C-394/99 ⁶ (apdo. 32):

«El Reglamento n.º 1408/71 no pretende ni modificar la estructura o el contenido de las legislaciones nacionales de seguridad social ni armonizar dichas legislaciones, sino solamente coordinarlas.»

Posición que el Tribunal de Justicia comunitario ha venido sosteniendo en múltiples resoluciones. En este sentido puede indicarse como en su sentencia de 19 de junio de 2003, asunto C-34/02, apartado 26, reitera que «debe recordarse que el sistema establecido por el Reglamento n.º 1408/71 se basa en la mera coordinación de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social y no pretende su armonización» ⁷.

La doctrina generalmente admitida sobre la normativa comunitaria afirma «la eficacia directa de las normas comunitarias», predicable precisamente de los Reglamentos, consistente en términos de una precisa jurisprudencia menor, «en que éstas (normas-reglamentos) despliegan por sí mismas plenitud de efectos, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor, creando derechos y obligaciones para todos aquellos que queden comprendidos en su ámbito sin precisar de normas nacionales para su aplicación, pudiendo ser alegadas por los particulares ante los Jueces nacionales» ⁸.

Como ha indicado aquella misma jurisprudencia «de las normas comunitarias de derecho derivado, el Reglamento es la expresión más relevante del poder normativo comunitario. Según el artículo 189 del Tratado CE, es un acto de alcance general, es obligatorio en todos sus elementos, tanto para los Estados miembros como para los particulares, y es además directamente aplicable en todos los Estados miembros. Sus disposiciones resultan, pues, invocables ante las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales del Estado, y su aplicación no puede verse descartada o alterada por reglas legislativas o reglamentarias en vigor en el Estado e incompatibles con el reglamento comunitario (Sentencia Polti del TJCE de 14 de diciembre de 1971). Esta última precisión alude a la primacía del Derecho comunitario, que consiste en la prevalencia ⁹ de éste sobre el Derecho nacional, cualquiera que sea el rango de éste y su fecha, anterior o posterior a la normativa comunitaria. La doctrina ha señalado que, a diferencia de la primacía, que es una noción que se impone de modo absoluto respecto de toda norma comunitaria —y que sólo se suscita cuando hay normas internas incompatibles—, la aplicación o eficacia directa es una noción restringida que hay que determinar caso por caso».

⁶ En el mismo sentido las SSTJCE de 9 de julio de 1990, asunto 807/79, Gravina; de 5 de julio de 1988, asunto 21/87, Borowitz, y de 7 de febrero de 1991, asunto C-227/89, Rönfeldt.

⁷ En el mismo sentido la Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Lenoir, asunto 313/86, apartado 13.

⁸ Sentencia de 16 de abril de 1998 del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid.

⁹ Punto en que conviene aludir al artículo 1.º 6 de la CE, según el cual «La Constitución y el Derecho adoptados por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le atribuye ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Asimismo ha de aludirse a la Declaración del Tribunal Constitucional (TC) 1/2004, de 13 de diciembre.

Afirma la jurisprudencia de Tribunal Supremo (TS) ¹⁰, acerca del Reglamento comunitario, que la jurisprudencia comunitaria «ha reconocido su carácter esencialmente normativo como manifestación principal de la potestad legislativa comunitaria, que es cuantitativa y, sobre todo, cualitativamente la fuente más importante de este ordenamiento supranacional. En virtud de esa naturaleza y de su función, el Reglamento produce efectos inmediatos de forma simultánea y uniforme en todos los países comunitarios. La consecuencia más elemental de esta eficacia directa, así como de su situación en lo alto de la escala normativa, consiste en la prevalencia respecto de cualquier otra disposición general interna (incluso con rango de Ley) que obstaculice, perturbe o disminuya su aplicación».

Afirmación que no se desvirtúa por la circunstancia de que, como reconoce la misma jurisprudencia menor antes citada, «a pesar de la generalidad con que indudablemente se afirma el efecto directo de los Reglamentos comunitarios se viene atendiendo igualmente a que ciertos Reglamentos necesitan disposiciones de aplicación adoptadas, bien por las instituciones de la Comunidad, bien por los Estados miembros. El primer caso se da en los llamados "reglamento de base" del Consejo, que han de ser desarrollados por otros aprobados por el propio Consejo o la Comisión. El segundo, referido a la necesidad de desarrollo por los Estados, es menos frecuente, pero se admite su existencia, tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la española». Esta última partiendo de «la sutileza de la distinción entre los conceptos de efecto y aplicabilidad directa (que) permite en la práctica utilizarlos como sinónimos», indica lo siguiente: «en cualquier caso gozan de efecto directo las normas comunitarias que sean *self-executing* es decir completas y jurídicamente perfectas. Los Reglamentos comunitarios que no participan de esa amplitud carecen de efecto directo, cuando necesitan de apoyos complementarios de desarrollo para precisar el alcance de los derechos particulares a los que aquéllos se refieren. Esta carencia obedece al mismo principio que niega con carácter general efecto directo a las Directivas ante su naturaleza asimilable a las Leyes de Bases necesitadas de un posterior desarrollo por los Estados miembros» ¹¹.

Recuerda la jurisprudencia que «gozan de este efecto directo las normas comunitarias que sean completas y jurídicamente perfectas (...) los reglamentos que necesitan de normas complementarias para precisar el alcance de los derechos de los particulares no tienen efecto directo (fundamentos jurídicos cuarto y sexto)» (STS de 24 de abril de 1990, Sala Tercera).

El Reglamento 1408/71 no se encuentra en ninguno de los supuestos indicado, pues no se trata de una norma comunitaria que necesite de desarrollo para concretar o precisar el alcance y el contenido de los derechos de los ciudadanos comunitarios, por más que voluntariamente el legislador comunitario haya hecho dejación de su legitimación político-jurídica que trae causa en el Tratado CE

¹⁰ SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de abril de 1989 y 23 de noviembre de 1990.

¹¹ Supuestos que ejemplifica la jurisprudencia menor antes citada indicando que «si bien el Tribunal de Justicia ha reiterado en muchas ocasiones el efecto directo del Reglamento, igualmente ha señalado en la Sentencia Schlüter 9/1973, de 24 de octubre, que no es la forma o denominación la que le otorga eficacia directa, ya que las disposiciones de un Reglamento, para que tengan efecto directo, deben reunir los requisitos exigidos de claridad, precisión, y no dejar margen de apreciación a las autoridades. La norma comunitaria ha de ser clara y precisa, o suficientemente precisa, según los términos empleados por la jurisprudencia comunitaria, en el sentido de que funde una obligación concreta, y su mandato debe ser incondicional, no dejando márgenes de apreciación discrecional en su aplicabilidad. La referida Sentencia Schlüter de 1973 declara que, en los Reglamentos, a pesar de que el efecto directo está expresamente previsto, hay que apreciar el contenido, en cuanto las notas de precisión e incondicionalidad de la norma, para poder atribuirle ese efecto directo».

y se remita a la legislación de cada Estado miembro para concretar las contribuciones financieras y las prestaciones de seguridad social, con el resultado insatisfactorio que se asemeja a una «Babel normativa». En efecto el Reglamento 1408/71 simplemente se trata de una norma que no cumple con los parámetros de eficacia jurídica que para tal tipo de normas establece el Derecho originario europeo (Tratado CE), de ahí que deba ser tachado de norma «anómala».

II. EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS, NACIONALES O RESIDENTES EN UN DETERMINADO ESTADO MIEMBRO, A RECIBIR, CON CARGO A LA INSTITUCIÓN COMPETENTE DE ESTADO DE AFILIACIÓN, ASISTENCIA SANITARIA POR LA INSTITUCIÓN CORRESPONDIENTE DE OTRO ESTADO MIEMBRO

1. Marco normativo y consideraciones preliminares.

La ciudadanía europea lleva necesariamente a afirmar el derecho que da título al apartado general. El estatuto de ciudadanía europea conlleva que en aquellas materias incluidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado CE los ciudadanos europeos que se encuentren en la misma situación sean tratados de igual manera. Entre aquellas situaciones se encuentran las situaciones de necesidad determinantes de prestaciones sociales y las relativas a la libre circulación y prestación de servicios.

1.1. Normativa comunitaria aplicable.

El fundamento jurídico del derecho de cualquier ciudadano europeo a recibir asistencia sanitaria en un Estado miembro, distinto del que es nacional, y con cargo a este último, ha de contemplarse tanto desde el derecho originario como desde el derecho derivado comunitario, pues la conformidad o disconformidad de las medidas nacionales con el Derecho derivado no excluye la aplicación del Tratado¹². Por ello han de considerarse los artículos 49 y 50 del Tratado CE, además del artículo 22 del Reglamento 1408/71¹³.

¹² STJCE de 28 de abril de 1998, asunto C-158/96, Kohll.

¹³ Al Derecho nunca es indiferente el supuesto de hecho concreto objeto de aplicación de las normas jurídicas. Por ello y en lo que interesa a este apartado del comentario, se reproducen los que se relacionan en la Sentencia de 16 de mayo de 2006, que fueron los siguientes:

«La Sra. Watts, que padecía una artritis de caderas, solicitó información al PCT de Bedford sobre la posibilidad de ser operada en el extranjero al amparo de un formulario E-112; el 1 de octubre de 2002, la Sra. Watts fue examinada por un especialista británico, el cual informó al PCT de Bedford, mediante carta de 28 de octubre de 2002, de que el caso de la Sra. Watts presentaba la misma urgencia que el de sus demás pacientes con artritis aguda, que la movilidad de dicha paciente se encontraba gravemente reducida y que sufría dolores constantes. Dicho especialista incluyó a la Sra. Watts entre los casos "de rutina", lo que significaba que ésta debería esperar aproximadamente un año antes de poder someterse a una intervención quirúrgica en un hospital local; el 21 de noviembre de 2002, el PCT de Bedford notificó a la Sra. Watts su negativa a expedir un formulario E-112, dado que no se cumplía el segundo de los requisitos exigidos en el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n.º 1408/71. En efecto, a su juicio, la paciente podría recibir tratamiento en un hospital local "dentro de un plazo que se ajustaba a los objetivos del plan de seguridad social de la

A tenor del artículo 49 del Tratado CE quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación¹⁴. Con arreglo al artículo 50 del Tratado CE se consideran como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas¹⁵.

Administración" y, por lo tanto, "sin un retraso indebido"; el 12 de diciembre de 2002, la Sra. Watts entabló un procedimiento destinado a obtener una autorización para recurrir contra esta decisión denegatoria; la vista relativa a la admisibilidad de dicho recurso se celebró ante la High Court of Justice (England & Wales) Queen's Bench Division (Administrative Court) el 22 de enero de 2003. En dicha vista se informó de que, a principios de enero de 2003, la Sra. Watts había consultado a un especialista en Francia, quien había estimado que el empeoramiento del estado de salud de la paciente incrementaba la necesidad de operarla urgentemente. El Secretary of State for Health (Ministro de Sanidad) y el PCT de Bedford propusieron entonces un nuevo examen de la Sra. Watts, con objeto de analizar la posibilidad de reconsiderar la decisión de 21 de noviembre de 2002; el 31 de enero de 2003, la Sra. Watts fue examinada de nuevo por el especialista británico que la había examinado en octubre de 2002. En una carta de ese mismo día, dicho especialista indicó al PCT de Bedford que procedía modificar la clasificación de la Sra. Watts, incluyéndola en la categoría de pacientes que debían ser operados "pronto", es decir, en una categoría intermedia entre los casos más urgentes y los casos de rutina. Esto significaba que sería operada en un plazo de tres o cuatro meses, es decir, en abril o mayo de 2003; el 4 de febrero de 2003, el PCT de Bedford reiteró su negativa a expedir un formulario E-112, dado que el plazo de espera para operar a la paciente en un hospital local había quedado reducido a tres o cuatro meses, e invocó de nuevo los objetivos de planificación del National Health Service (NHS) para concluir que en el caso de la Sra. Watts no existía un retraso indebido; el 7 de marzo de 2003, la Sra. Watts hizo que le instalaran una prótesis de cadera en Abbeville (Francia) y abonó los gastos de dicha intervención médica, de un importe equivalente a 3.900 GBP; la Sra. Watts continuó el procedimiento destinado a obtener una autorización para recurrir contra la decisión denegatoria del PCT de Bedford y solicitó además el reembolso de los gastos médicos en que había incurrido en Francia; el 1 de octubre de 2003, la High Court of Justice (England & Wales) Queen's Bench Division (Administrative Court), que había suspendido el procedimiento hasta que se dictara la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet (C-385/99, Rec.), dictó Sentencia declarando que el artículo 49 del Tratado CE era aplicable a los servicios médicos prestados en Francia a la Sra. Watts, a pesar de que el reembolso de los gastos del tratamiento recibido había sido solicitado en el contexto del NHS; la High Court desestimó sin embargo la demanda de la Sra. Watts. A pesar de reconocer que "cualquier autoridad nacional que se hubiera guiado, como debía, por los principios establecidos por el (Tribunal de Justicia), en particular en las Sentencias (de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms) y Müller-Fauré y van Riet, se habría visto obligada a concluir en octubre o noviembre de 2002 que el retraso previsto, de aproximadamente un año, era en cualquier caso 'indebido', por lo que podía conferir a la demandante, en virtud del artículo 49 del Tratado CE, el derecho al reembolso de los gastos necesarios para recibir tratamiento en un plazo más razonable en otro Estado miembro", dicho órgano jurisdiccional concluyó sin embargo que en el caso de la Sra. Watts no había existido un retraso indebido después de que fuera sometida a un nuevo examen a finales de enero de 2003. A su juicio, un período de espera de tres o cuatro meses no bastaba para que se reconociera a la Sra. Watts el derecho a recibir tratamiento en el extranjero, ni para exigir que el NHS le reembolsara los gastos de dicho tratamiento; tanto la Sra. Watts como el Secretary of State for Health interpusieron recurso de apelación contra dicha Sentencia ante la Court of Appeal (England and Wales), Civil Division. El recurso de apelación de la Sra. Watts se dirigía contra la desestimación de su pretensión de reembolso y contra la tesis expuesta en la Sentencia de primera instancia en el sentido de que el plazo de espera aplicable en virtud del Derecho nacional constituye un dato pertinente a efectos de aplicar el artículo 49 del Tratado CE y un dato esencial en el contexto del artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71. El Secretary of State for Health basó su apelación esencialmente en el argumento de que los pacientes afiliados al NHS no tienen derecho a invocar el artículo 49 del Tratado CE, de modo que para resolver el caso de la Sra. Watts procede aplicar exclusivamente el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71».

Aquel órgano jurisdiccional (Court of Appeal, England and Wales, Civil Division) planteó al Tribunal de Justicia comunitario las cuestiones prejudiciales que consideró pertinentes.

¹⁴ Párrafo redactado por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 (art. 6.º 34).

¹⁵ Bien que especifique que aquellos servicios «comprenderán, en particular:

- a) Actividades de carácter industrial.
- b) Actividades de carácter mercantil.
- c) Actividades artesanales.
- d) Actividades propias de las profesiones liberales».

Por su parte el artículo 22 del Reglamento 1408/71¹⁶, en lo que a este comentario interesa, establece en su apartado 1, que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, y que:

- a) Su estado requiera prestaciones en especie que sean necesarias desde un punto de vista médico durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia¹⁷.
- b) Que, después de haber sido admitido al disfrute de las prestaciones a cargo de la institución competente, sea autorizado por esta institución a regresar al territorio del Estado miembro en que reside o a trasladar su residencia al territorio de otro Estado miembro.
- c) Que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado.

Tendrá derecho a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente, y a las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de estancia o de residencia, estas prestaciones podrán ser servidas por esta última institución por cuenta de la primera, según las disposiciones de la legislación del Estado competente.

En el apartado numerado como 2 del mismo precepto comunitario se establece lo sigue:

- i) Que «la autorización requerida en virtud de la letra b) del apartado 1, indicado anteriormente, solamente podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico».
- ii) Que «la autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1, ya manifestado, no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside».

¹⁶ Titulado «Estancia fuera del Estado competente. Regreso o traslado de residencia a otro Estado miembro durante una enfermedad o maternidad. Necesidad de desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada».

¹⁷ Redactado según Reglamento (CE) n.º 631/2004, de 31 de marzo [art. 1.º 1 a)].

1.2. Consideraciones preliminares.

Para responder a las concretas cuestiones que le fueron planteadas por el órgano jurisdiccional remitente¹⁸, el Tribunal de Justicia comunitario se ve obligado a efectuar unas consideraciones «preliminares», cuyo interés es sobresaliente. En primer lugar destaca el Alto Tribunal lo siguiente:

¹⁸ Que fueron las siguientes: «1. Habida cuenta de la naturaleza del NHS y de su posición en el Derecho nacional, ¿debe interpretarse el artículo 49 del Tratado CE, a la luz de las Sentencias Smits y Peerbooms, Müller-Fauré y van Riet, e Inizan, en el sentido de que, en principio, las personas que residen habitualmente en el Reino Unido tienen derecho, en virtud de la normativa comunitaria, a recibir tratamiento hospitalario en otro Estado miembro con cargo al NHS del Reino Unido?; en particular, sobre la correcta interpretación del artículo 49 del Tratado CE: a) ¿existe alguna distinción entre un servicio nacional de salud financiado por el Estado como el NHS y una caja de seguro de enfermedad como la prevista en la ZFW neerlandesa, en particular habida cuenta del hecho de que el NHS no dispone de fondos que puedan utilizarse para efectuar el pago?; b) ¿está obligado el NHS a autorizar y pagar la realización de tal tratamiento en otro Estado miembro, a pesar de que no está obligado a autorizar y pagar la realización de dicho tratamiento por parte de un prestador de servicios privado en el Reino Unido?; c) ¿es pertinente el hecho de que el paciente reciba el tratamiento con independencia del organismo del NHS competente y sin autorización ni notificación previas?; 2. Para responder a la primera cuestión, ¿es importante saber si el tratamiento hospitalario dispensado por el NHS constituye en sí mismo una prestación de servicios a efectos del artículo 49 del Tratado CE? En caso de respuesta afirmativa, y en las circunstancias mencionadas en la exposición de los hechos contenida en la presente resolución, ¿deben interpretarse los artículos 48, 49 y 50 del Tratado CE en el sentido de que, en principio: a) el tratamiento hospitalario dispensado por los organismos del NHS constituye una prestación de servicios a efectos del artículo 49 del Tratado CE; b) un paciente que recibe tratamiento hospitalario del NHS ejerce, como tal, su derecho a recibir servicios a efectos del artículo 49 del Tratado CE, y, c) los organismos del NHS que dispensan tratamiento hospitalario son prestadores de servicios a efectos de los artículos 48 y 50 del Tratado CE?; 3. Si el artículo 49 del Tratado CE se aplica al NHS, ¿pueden él mismo o el Ministro de Sanidad invocar como justificación objetiva para denegar la autorización previa de tratamiento hospitalario en otro Estado miembro: a) el hecho de que tal autorización alteraría gravemente el sistema del NHS de gestión de las prioridades médicas mediante listas de espera; b) el hecho de que tal autorización permitiría a pacientes que requieren una intervención médica menos urgente gozar de prioridad frente a pacientes que requieren una intervención médica más urgente; c) el hecho de que tal autorización produciría el efecto de desviar recursos para pagar tratamientos menos urgentes a los pacientes dispuestos a desplazarse al extranjero, perjudicando así a quienes no quieren o no puedan desplazarse al extranjero o incrementando los costes de los organismos del NHS; d) el hecho de que tal autorización puede obligar al Reino Unido a aportar financiación adicional al presupuesto del NHS o a reducir la gama de tratamientos que ofrece el NHS, y, e) los costes comparativos del tratamiento y los costes suplementarios del mismo en el otro Estado miembro?; 4. A la hora de determinar si el tratamiento puede dispensarse "en tiempo oportuno" a efectos del artículo 49 del Tratado CE, ¿en qué medida es necesario o lícito tener en cuenta, en particular, las siguientes circunstancias: a) los plazos de espera; b) la prioridad clínica atribuida al tratamiento por el organismo competente del NHS; c) la gestión de la oferta de tratamiento hospitalario mediante el establecimiento de prioridades destinadas a sacar el máximo partido de unos recursos limitados; d) el hecho de que el NHS dispense el tratamiento de forma gratuita en el lugar de atención, y, e) la situación médica específica del paciente, y los antecedentes y la evolución probable de la enfermedad para la cual dicho paciente solicita el tratamiento?; 5. Sobre la correcta interpretación del artículo 22, apartado 1, letra c), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71, y en particular de la expresión "en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata": a) ¿son los criterios aplicables idénticos a los que rigen la elucidación de las cuestiones sobre el "tiempo oportuno" a efectos del artículo 49 del Tratado CE?; b) en caso de respuesta negativa, ¿en qué medida es necesario o lícito tener en cuenta las circunstancias expuestas en la cuarta cuestión?; 6. En los casos en que un Estado miembro está obligado, en virtud del Derecho comunitario, a financiar el tratamiento hospitalario en otros Estados miembros de personas que residen habitualmente en el primer Estado miembro, ¿debe calcularse el coste de tal tratamiento, de conformidad con el artículo 22 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71, mediante remisión a la legislación del Estado miembro en que se dispense el tratamiento, o bien, de conformidad con el artículo 49 del Tratado CE, mediante remisión a la legislación del Estado miembro de residencia? En cada uno de los casos: a) ¿cuál es el alcance exacto de la obligación de pagar o reembolsar los gastos, en particular si, como en el caso del Reino Unido, el tratamiento hospitalario se dispensa a los pacientes gratuitamente en el lugar de atención y no existe a nivel nacional un baremo para el reembolso a los pacientes de los gastos de tratamiento?; b) ¿está limitada la obligación al coste efectivo de la dispensación de un tratamiento igual o equivalente en el primer Estado miembro?; c) (...); 7. ¿Deben interpretarse los artículos 49 del Tratado CE y 22 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 en el sentido de que imponen a los Estados miembros una obligación de financiar el tratamiento hospitalario en otros Estados miembros sin tener en cuenta las limitaciones presupuestarias y, en caso de respuesta afirmativa, son estas exigencias compatibles con las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica, reconocidas en el artículo 152 del Tratado CE, apartado 5?».

«El hecho de que el mencionado artículo 22 sea aplicable al presente asunto no excluye sin embargo que éste se encuentre comprendido igualmente en el ámbito de aplicación del artículo 49 del Tratado CE.»

Semejante afirmación requiere de una sólida justificación, que no duda en procurar el Alto Tribunal comunitario, señalando, «en efecto», al respecto lo siguiente:

- a) «Por una parte, el hecho de que una medida nacional pueda, en su caso ser conforme a una disposición de Derecho derivado, en el presente supuesto el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71, no hace que dicha medida escape de las disposiciones del Tratado».
- b) «Por otra parte, es preciso recordar que el artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i) del Reglamento n.º 1408/71 pretende conferir un derecho a las prestaciones en especie efectuadas, a cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la normativa del Estado miembro en que se realicen las prestaciones, como si el asegurado estuviera afiliado a la misma (...). La aplicabilidad del artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 (...) no excluye que, en virtud del artículo 49 del Tratado CE, el interesado pueda disponer paralelamente del derecho a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro en condiciones de cobertura diferentes de las que establece dicho artículo 22»¹⁹.

¹⁹ STJCE de 12 de julio de 2001, asunto C-368/98, Abdón Vanbraekel y otros, según los cuales: «37. Si bien el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 no tiene por efecto impedir un reembolso complementario al resultante de la aplicación del régimen del Estado miembro de estancia cuando el régimen aplicado en el Estado miembro de afiliación sea más ventajoso, esta disposición tampoco tiene por efecto exigir dicho reembolso complementario. En tales circunstancias, procede examinar si del artículo 59 (ahora 49 del Tratado CE) del Tratado puede derivarse semejante obligación; 40. Con carácter preliminar, procede recordar que, a tenor del artículo 60 (ahora 50 del Tratado CE) del Tratado, se consideran como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. 41. Por otra parte, es jurisprudencia reiterada que las actividades médicas están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 60 del Tratado, sin que proceda distinguir a este respecto entre la asistencia prestada en un centro hospitalario y la prestada fuera de tal marco (Ss. de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, apdo. 16; de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, C-159/90, apdo. 18, y Kohll, apdos. 29 y 51). 42. Se deriva también de una jurisprudencia reiterada que la especial naturaleza de determinadas prestaciones de servicios no puede servir para que dichas actividades escapen al principio fundamental de libre circulación (Ss. de 17 de diciembre de 1981, Webb, 279/80, apdo. 10, y Kohll, apdo. 20), de modo que el hecho de que la normativa controvertida en el procedimiento principal esté comprendida dentro del ámbito de la seguridad social no puede bastar para excluir la aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado (S. Kohll, apdo. 21). 43. Dado que las prestaciones hospitalarias (...) están comprendidas efectivamente en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios, procede examinar (...) si constituye una restricción a dicha libertad en el sentido del artículo 59 del Tratado el hecho de que una normativa nacional no garantice a un afiliado que haya sido autorizado a ingresar en un hospital de otro Estado miembro, conforme al artículo 22, apdo. 1, letra c), del Reglamento n.º 1408/71, una asunción de gastos análoga a la que habría obtenido de haber sido hospitalizado en su Estado miembro de afiliación; 44. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que el artículo 59 del Tratado se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro (Ss. de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia, C-381/93, apdo. 17, y Kohll, apdo. 33). 45. En el presente caso, el hecho de que el nivel de cobertura que obtiene de un beneficiario de la seguridad social sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro que cuando recibe el mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación puede indudablemente disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedirselo, por lo que constituye, tanto para el beneficiario como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios (véanse, por analogía, las Ss. Luisi y Carbone, antes citada, apdo. 16; de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90, apdo. 31, y Kohll,

No obstante la aparente armonía de la normativa atinente al «pasaporte sanitario europeo» (fundamentalmente arts. 22 del Reglamento 1408/71 y 49 del Tratado CE), plantea, como lúcidamente descubre el Abogado General²⁰, diferentes fuentes de tensiones. La primera de ellas procede de la limitada capacidad de los sistemas del sector de los cuidados de salud organizados y financiados colectivamente, pues los recursos humanos, financieros y las infraestructuras son, por definición, limitados, de tal manera que la demanda de cuidado de la salud tiende a exceder las posibilidades, tanto de medios como de recursos humanos, de los servicios médicos predispuestos, pues los mecanismos de formación de los precios no actúan con efectos correctores de un exceso infundado de demanda, como lo harían los sistemas privados sanitarios en los mecanismos de los precios.

A esta problemática se añade que las inversiones en este sector son siempre efectuadas a medio o largo plazo, lo cual determina que no siempre se consiga, a corto plazo, obtener el tratamiento preciso en un plazo aceptable en cada uno de los sistemas nacionales, dando como resultado las «listas de espera», que se utilizan por los gestores de los sistemas nacionales dedicados al cuidado de la salud como un medio para equilibrar la oferta y la demanda de aquellos servicios.

Un segundo origen de tensiones se deriva de la coexistencia de diferentes tipos de sistemas de protección de la salud y de prestaciones sanitarias en la Comunidad Europea, que van desde los siste-

apdo. 35); 46. (...) procede examinar, (...), si está objetivamente justificado el hecho de que una normativa nacional no garantice al afiliado un nivel de cobertura que sea, como mínimo, igualmente ventajoso cuando los servicios hospitalarios se presten en otro Estado miembro; 47. A este respecto, hay que señalar que, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social constituya una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo al principio de libre prestación de servicios (S. Kohll, apdo. 41); 48. El Tribunal de Justicia también ha reconocido, por lo que se refiere al objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, que, aun cuando dicho objetivo esté intrínsecamente ligado al método de financiación del sistema de seguridad social, puede también estar sujeto a excepciones por razones de salud pública en virtud del artículo 56 del Tratado CE (actualmente art. 46 del Tratado CE), en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud (S. Kohll, apdo. 50); 49. Asimismo, el Tribunal de Justicia también ha precisado que el artículo 56 del Tratado permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población (S. Kohll, apdo. 51); 50 (...); 51. En efecto, procede recordar que, en el presente caso, el órgano jurisdiccional remitente ha declarado que la Sra. (...) tenía derecho a obtener la autorización prevista por la legislación nacional a la que pertenece y por el artículo 22, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 1408/71. En tales circunstancias, no se puede pretender que el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia existente entre el régimen de intervención previsto por la legislación del Estado miembro de afiliación y el aplicado por el Estado miembro de estancia, cuando el primero sea más favorable que el segundo, pueda comprometer el mantenimiento, en el Estado miembro de afiliación, de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, así como de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional; 52. Por otra parte, en la medida en que el complemento de reembolso, que depende del régimen de intervención del Estado de afiliación, no implica en cualquier caso ninguna carga financiera suplementaria para el sistema de seguro de enfermedad de dicho Estado en comparación con el reembolso que se habría tenido que pagar en caso de hospitalización en este último, tampoco cabe sostener que el hecho de que tal complemento de reembolso quede a cargo del mencionado sistema de seguro de enfermedad puede tener una incidencia significativa en la financiación del sistema de seguridad social (S. Kohll, apdo. 42); 53. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder (...) que el artículo 22, apartado 1, letra c) e inciso i), del Reglamento n.º 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la institución competente autorice a un beneficiario de la seguridad social a trasladarse al territorio de otro Estado miembro para recibir asistencia en él, la institución del lugar de estancia está obligada a concederle las prestaciones en especie conforme a las normas de asunción de gastos de asistencia sanitaria que aplique y como si el interesado estuviera afiliado a ella.

²⁰ Sr. L.A. Gelhoed, según indica en su escrito de conclusiones presentado el 15 de diciembre de 2005, conclusiones 20-23.

mas íntegramente públicos a los sistemas privados de seguros sanitarios. En el primero de aquellos tipos la financiación es completamente pública y las prestaciones sanitarias son efectuadas de manera totalmente gratuita para el ciudadano-paciente, por contra en los sistemas de protección que se corresponde con el segundo tipo la financiación puede ser tanto pública como privada o mediante una combinación de ambas, procurándose el reembolso al ciudadano-paciente de los gastos efectuados.

También provienen tensiones del propio mercado interno comunitario, esto es, de la posibilidad de ofrecer y recibir prestaciones sanitarias en cualquier parte de la Comunidad Europea, siendo cada vez más los ciudadanos que procuran obtener las prestaciones sanitarias en Estados miembros distintos del de residencia, por diversos motivos (poder recibir el tratamiento con más rapidez, inexistencia todavía del tratamiento en el sistema del Estado de residencia, mayor confianza en un determinado prestador de los servicios médicos, etc.).

Finalmente no puede olvidarse que la existencia de un mercado transnacional emergente de servicios sanitarios, añade nuevos elementos que generan tensiones, que no deben ni pueden minimizarse, tanto respecto del derecho de los ciudadanos a dejar el Estado de residencia para recibir tratamiento médico como para entrar en el Estado miembro en el que se pretende recibir la asistencia sanitaria, habida cuenta de los diferentes sistemas de financiación coexistentes.

Toda aquella problemática ha de enmarcarse, además, como indica la STJCE de 16 de mayo de 2006, objeto de comentario, en que «las exigencias derivadas de los artículos 49 del Tratado CE y 22 del Reglamento n.º 1408/71 no pueden interpretarse en el sentido de que impongan a los Estados miembros una obligación de asumir la cobertura de la asistencia (...) dispensada en otros Estados miembros con total independencia de las consideraciones de carácter presupuestario, sino que se basan por el contrario en la búsqueda de un equilibrio entre, por una parte, el objetivo de libre circulación de los pacientes y, por otra parte, los imperativos nacionales de planificación de la capacidad (hospitalaria) disponible, de control de los gastos sanitarios y de equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social».

2. El «pasaporte sanitario europeo», según la regulación del artículo 22 del Reglamento 1408/71.

El artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 en el marco de los objetivos generales del Tratado, indica el Tribunal de Justicia, «forma parte de las medidas destinadas a permitir que el paciente sometido a la legislación de un Estado miembro reciba, con arreglo a las condiciones que dicho Reglamento establece, prestaciones en especie en los demás Estados miembros, cualquiera que sea la institución nacional a la que esté afiliado o su lugar de residencia».

2.1. La autorización de desplazamiento para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, con cargo a la institución competente.

Para que un ciudadano europeo reciba asistencia sanitaria en un Estado miembro en el que no resida, aquella regulación comunitaria posibilita que los Estados miembros establezcan la necesidad

de que el ciudadano que pretenda recibir esa asistencia sanitaria en otro Estado miembro pero con cargo al Estado miembro de residencia, obtenga de este último la pertinente autorización ²¹, lo cual si ahora es una mera posibilidad según la legislación de cada Estado miembro tiende a convertirse, en un claro retroceso, en una disposición de aplicación general ²².

Como justificante de aquella autorización se expide a favor del interesado un documento pro forma (denominado formulario E-112) mediante el cual se acredita el derecho a recibir la asistencia sanitaria. De su mera expedición, «se deriva que un paciente tiene acceso a la asistencia en los demás Estados miembros en condiciones tan favorables como aquellas de que disfrutaban los beneficiarios a quienes se aplica la legislación de estos últimos. La expedición del formulario E-112 implica que la institución competente del Estado miembro de afiliación tiene la obligación de pagar el coste de la asistencia al organismo competente donde se presta la asistencia» ²³.

²¹ Se establece en la STJCE de 12 de abril de 2005, asunto C-145/03, Herederos de Annette Keller, lo siguiente: «49. En este contexto, los formularios E-111 y E-112 tienen la finalidad de garantizar a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados por dicha institución que el titular de tales formularios tiene derecho a recibir en ese Estado miembro, durante el período determinado en el formulario, una asistencia cuyo coste asumirá la institución competente; 50. De esta regla de reparto de responsabilidades, en correlación con los actos comunitarios relativos al reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de especialistas del arte de curar (Ss. de 28 de abril de 1998, Decker, C-120/95, apdo. 42, y Kohll, C-158/96, apdos. 47 y 48), se desprende que, toda vez que consintió, al expedir un formulario E-111 o un formulario E-112, que uno de sus beneficiarios de la seguridad social que se encuentra en uno de los supuestos previstos en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71, recibiera asistencia médica fuera del Estado miembro competente, la institución competente se remite a los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia, que ejercen en el marco de su función, llamados a hacerse cargo del interesado en este último Estado, y está obligada a aceptar y reconocer los diagnósticos efectuados y las opciones terapéuticas dictadas por tales médicos como si emanaran de médicos autorizados que hubieran tenido que prestar asistencia al asegurado en el Estado miembro competente, sin perjuicio de la posible existencia de un comportamiento abusivo (por analogía, en el contexto de los diagnósticos relativos a la incapacidad laboral de un beneficiario de la seguridad social, efectuados por la institución del Estado miembro de residencia o de estancia de conformidad con el artículo 18 del Reglamento n.º 574/72, la Sentencia de 2 de mayo de 1996, Paletta, C-206/94, apdos. 24 a 28)».

La STJCE de 3 de julio de 2003, asunto C-156/01, R.P. van der Duin, se establece que «en el marco de los objetivos generales del Tratado CE, el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 forma parte de las medidas para que el trabajador originario de un Estado miembro reciba, con arreglo a las condiciones que dicho Reglamento establece, prestaciones en especie en los demás Estados miembros, cualquiera que sea la institución nacional a la que esté afiliado o su lugar de residencia (en un sentido análogo, a propósito de una versión anterior de dicho artículo 22, la Sentencia de 16 de marzo de 1978, Pierik, apartado 142)».

²² Según se establece en el artículo 20 (titulado «Desplazamientos para recibir prestaciones en especie. Autorización para recibir un tratamiento adecuado fuera del Estado miembro de residencia») del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social:

«1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la persona asegurada que se desplace a otro Estado miembro para recibir prestaciones en especie durante su estancia deberá solicitar la autorización de la institución competente.»

«2. La persona asegurada autorizada por la institución competente a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en éste un tratamiento adecuado a su estado de salud se beneficiará de las prestaciones en especie facilitadas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. La autorización deberá ser concedida cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico.»

²³ Precisa el Abogado General Sr. Geelhoed, en la conclusión 28 de las presentadas el 19 de enero de 2006, el asunto C-466/04, resuelto mediante Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 15 de junio de 2006; también en la STJCE de 12 de abril de 2005, asunto C-145/03, Herederos de Annette Koller.

2.2. La denegación de la autorización: requisitos.

El precepto al que nos venimos refiriendo, se cuida en establecer que cuando un Estado miembro exige la obtención previa de aquella autorización, no puede arbitrariamente denegarla, indicando los requisitos que, continúa precisando el Alto Tribunal comunitario, en caso de cumplirse, «obliga(n) a la institución competente, (...), a conceder la autorización previa». Aquellos requisitos son los siguientes:

- a) Que la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado.
- b) Que la asistencia que el paciente pretende recibir en el Estado miembro distinto de aquel en el que reside no pueda serle dispensada, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de su enfermedad, en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trate en el Estado miembro de residencia.

Efectivamente, aquella autorización únicamente puede ser denegada si la asistencia sanitaria requerida por el paciente:

- Puede serle prestada «en tiempo oportuno».
- Además, el tratamiento a dispensar en el Estado de residencia sea idéntico al que se pueda prestar en el Estado miembro para el que se solicita la autorización de desplazamiento o que sea de la misma eficacia. Para poder apreciar si un tratamiento es idéntico o presenta el mismo grado de eficacia, precisa el Tribunal de Justicia comunitario, la institución competente:
 - i) «Está obligada a tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo debidamente en cuenta no solamente la situación médica del paciente en el momento en que solicita la autorización y, en su caso, el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad de este último, que puede, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional, sino, además, sus antecedentes».
 - ii) «No puede basarse exclusivamente en las "listas de espera" en dicho territorio, sin tomar en consideración las circunstancias concretas que caracterizan la situación médica del paciente de que se trate».

2.3. La justificación de la denegación de la autorización en base a las «listas de espera».

La problemática de la concesión o denegación de la autorización de desplazamiento para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, se traslada a que ésta no puede ser denegada cuando

el tratamiento no pueda ser dispensado al interesado en su Estado miembro de residencia «en un plazo justificable desde el punto de vista médico, (...) habida cuenta de su Estado de salud en ese momento y la evolución probable de su enfermedad», precisa la sentencia de 16 de mayo de 2006.

2.3.1. Aspectos generales.

Las cuestiones indicadas anteriormente hacen aflorar la problemática inherente a las «listas de espera»²⁴. Según aquella sentencia de 16 de mayo de 2006:

- «por una parte una demanda de asistencia en constante aumento, principalmente a causa de los progresos de la medicina y del incremento de la esperanza de vida».
- de otra parte, «una oferta necesariamente limitada por razones presupuestarias».

Determinan que las autoridades nacionales responsables de gestionar la prestación de la asistencia sanitaria, especialmente si es hospitalaria, tengan derecho a establecer, si lo consideran necesario, un sistema de «listas de espera que permita planificar tal prestación y establecer las prioridades en función de los recursos y capacidades disponibles».

Afirmaciones del Alto Tribunal comunitario probablemente excesivamente complacientes con el derecho de los Estados miembros a ordenar su sistema de protección social, y, además, teñidas de un desmesurado economicismo. Los sistemas nacionales de salud o las prestaciones de asistencia sanitaria de seguridad social, se financian con cargo a cargas de naturaleza impositiva, esto es, mediante impuestos (sea el sistema de financiación directa o de reembolso), se denominen impuestos o cuotas de seguridad social²⁵, lo cual supone que los Estados miembros han de organizar esa protección y la determinación de la aportación financiera de los ciudadanos para su sostenimiento, sin menoscabo del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, consecuente con el grado de civilización alcanzado por las sociedades occidentales. Consecuentemente se trata de una cuestión de valoración moral o de prioridades de bienes, el derecho a la vida y a la integridad física frente a otras posibles aplicaciones de recursos financieros, en principio suficientes en los Estados miembros de la UE.

De ahí que el Tribunal de Justicia comunitario, tras aquellas afirmaciones, sin duda guiadas por la ordenación institucional de la UE (dado el estado actual de su desarrollo pues otro habría de ser aquel discurso si Europa se hubiere dotado de la, tan necesaria, CE), matiza la cuestión de las limitaciones financieras (presupuestarias) y de «listas de espera» como límite al otorgamiento de la autorización de desplazamiento.

²⁴ Sobre el tema me remito a mi trabajo «Las listas de espera. (Comentario a la STJCE de 12 de julio de 2001, asunto C-368/98)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)* CEF, núm. 224, noviembre 2001, págs. 91 y ss.

²⁵ Me remito a mi trabajo «Cuestiones fundamentales de cotización a la seguridad social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios, Casos Prácticos)* CEF, núms. 89-90, agosto-septiembre 1990, págs. 87 y ss. y *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núms. 89-90, agosto-septiembre 1990, págs. 59 y ss.

Señala al respecto el Alto Tribunal comunitario que «para denegar legítimamente» la autorización referida «invocando la existencia de un plazo de espera, la institución competente se encuentra obligada a acreditar que el plazo en que el paciente puede obtener el tratamiento (...) exigido por su estado de salud en un establecimiento integrado en el sistema nacional, plazo derivado de los objetivos de planificación y de gestión de la oferta (...) establecidos por las autoridades nacionales en función de prioridades clínicas determinadas de antemano con carácter general, no sobrepasa el plazo aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva de las necesidades clínicas del interesado que tenga en cuenta:

- i) Su estado patológico.
- ii) Sus antecedentes.
- iii) La evolución probable de su enfermedad.
- iv) Su grado de dolor o la naturaleza de su incapacidad en el momento de solicitar la autorización»²⁶.

Consecuente con dichos razonamientos el Alto Tribunal comunitario afirma que «la fijación de los plazos de espera debe concebirse de un modo flexible y dinámico, que permita considerar el plazo inicialmente fijado en función de un eventual empeoramiento de su estado de salud (del paciente) con posterioridad a la primera solicitud de dicha autorización», de tal modo que solamente si el plazo derivado de los objetivos generales de planificación no sobrepasa el plazo clínicamente aceptable «la institución competente puede considerar legítimamente» que no concurren los requisitos precisos para conceder la autorización, denegándola.

²⁶ Se indica en la STJCE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, V.G Müller-Fauré, que «no obstante, la denegación de la autorización previa que no esté motivada por el temor de derroche o de deterioro, como consecuencia del exceso de capacidad en los hospitales, sino exclusivamente por una razón basada en la existencia de listas de espera en el territorio nacional para recibir el tratamiento hospitalario de que se trata, sin tomar en consideración las circunstancias concretas que caracterizan la situación médica del paciente, no puede constituir un obstáculo válidamente justificado a la libre prestación de servicios. En efecto, (...) consideraciones de naturaleza puramente económica que no pueden, en cuanto tales, justificar un obstáculo al principio fundamental de la libre prestación de servicios, para garantizar la protección de la salud pública (...), un plazo de espera demasiado largo o anormal podría restringir la accesibilidad a un conjunto equilibrado de tratamientos hospitalarios de calidad».

También en la STJCE de 23 de octubre de 2003, asunto C-56/01, Patricia Inizan, se indica que «el segundo requisito exige que la asistencia que el paciente pretende recibir en un Estado miembro distinto del de su residencia no pueda serle dispensada, habida cuenta del estado de salud del interesado y la evolución probable de la enfermedad, en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trate en el Estado miembro de residencia». Añadiéndose que «tal requisito no se cumple cuando se pueda obtener un tratamiento idéntico o que tenga el mismo grado de eficacia para el paciente en un plazo de tiempo útil en el Estado miembro de residencia (en un sentido análogo, las Ss. antes citadas, Smits y Peerbooms, apdo. 103, así como Müller-Fauré y Van Riet, apdo. 89)» y que «para poder apreciar si un tratamiento médico que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente puede obtenerse en tiempo útil en el Estado miembro de residencia, la institución competente está obligada a tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo debidamente en cuenta no solamente la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización y, en su caso, el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad de este último, que puede, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional, sino, además, sus antecedentes (Ss. Smits y Peerbooms, apdo. 104, así como Müller-Fauré y Van Riet, apdo. 90)».

2.3.2. Los problemas de exceso de capacidad, de desequilibrio en la oferta de asistencia médica, de derroche y de deterioro, tanto logísticos como financieros, como motivo de denegación de la autorización.

Precisa el Tribunal de Justicia comunitario, en cuestionable prospectiva, que si existiera la obligación de autorizar a los pacientes afiliados a un servicio nacional de salud para dirigirse a otro Estado miembro con la finalidad de recibir en él, a cargo de la institución competente, una asistencia que los establecimientos de dicho servicio no pueden proporcionarle en un plazo clínicamente aceptable, por el simple motivo de que en ese otro Estado miembro puede disponer con más rapidez de una asistencia idéntica o que presenta el mismo grado de eficacia, la consecuencia sería un flujo migratorio de pacientes que podría poner en peligro todos los esfuerzos de planificación y de racionalización efectuados en el sector, vital, de los servicios sanitarios, con objeto de evitar los problemas de exceso de capacidad, de desequilibrio en la oferta de asistencia médica, de derroche y de deterioro, tanto logísticos como financieros.

No obstante, a renglón seguido, el Alto Tribunal comunitario pone coto a aquella tan generosa como ilimitada atribución a las autoridades nacionales, indicando que si se sobrepasa el plazo clínicamente aceptable la institución competente no puede legítimamente denegar la autorización de desplazamiento, sin que cuestiones financieras puedan servir de justificación a la denegación de la autorización solicitada.

Efectivamente, se precisa en la sentencia de 16 de mayo de 2006, que «en tal supuesto no puede constituir un motivo legítimo para denegar la autorización solicitada el hecho de que el coste del tratamiento hospitalario previsto en otro Estado miembro pueda sobrepasar el coste de dispensar dicho tratamiento en un establecimiento integrado en el sistema nacional de que se trate», añadiéndose que «tampoco constituiría un motivo para denegar la autorización solicitada el hecho de que, en caso de concederla, un servicio nacional de salud (...) caracterizado por la gratuidad del tratamiento hospitalario dispensado en sus establecimientos, se viera obligado a establecer un mecanismo financiero destinado a reembolsar a la institución del Estado miembro de estancia, a petición de ésta, las prestaciones en especie servidas por ella al paciente de que se trate».

Puede afirmarse, pues, que el Derecho comunitario prohíbe a las autoridades nacionales:

«Que denieguen la autorización solicitada por un paciente cuya situación personal presente, tras una evaluación médica objetiva, un grado de urgencia tal que justifique la obtención de un tratamiento en otro Estado miembro en el que dicho interesado pueda recibir dicho tratamiento en un establecimiento local integrado en el servicio nacional de salud, en un plazo inferior al derivado de las listas de espera que reflejan los objetivos generales de planificación y de gestión.»

Aquella afirmación es respetuosa a juicio del Alto Tribunal comunitario con las competencias de las instituciones competentes de los Estados miembros, habida cuenta del carácter meramente coordinador de las legislaciones de los Estados miembros del Reglamento 1408/71, por las siguientes consideraciones:

- a) «No pone en entredicho la facultad de las autoridades nacionales competentes de gestionar mediante listas de espera la capacidad hospitalaria disponible en su territorio, siempre que la existencia de dichas listas de espera no impida que en cada caso individual se tomen en consideración las circunstancias que caracterizan la situación médica y las necesidades clínicas del interesado, en el momento en que solicite una autorización para recibir asistencia hospitalaria en otro Estado miembro a cargo del sistema al que está afiliado».
- b) No pone en entredicho «el derecho de esas autoridades a negarse a conceder una autorización cuando no existe ninguna causa de urgencia específica de la situación clínica del paciente que autorice a pensar que el plazo de espera derivado de dichos objetivos no es razonable, a la vista de dicha situación».
- c) Tampoco «puede provocar un éxodo de pacientes que, disponiendo de los recursos necesarios al efecto y con independencia de cualquier consideración de necesidad médica, deseen desplazarse a otro Estado miembro para obtener en él, a cargo del servicio nacional de salud al que estén afiliados, el tratamiento hospitalario de que se trate en un plazo inferior a aquel en el que podrían recibir dicho tratamiento en un establecimiento nacional, integrado en dicho servicio. En efecto, tal interpretación preserva el derecho de la institución competente a negarse a expedir la autorización necesaria para la cobertura financiera del tratamiento hospitalario previsto en otro Estado miembro cuando no existan circunstancias específicas que autoricen a pensar que el plazo de espera impuesto al interesado sobrepasaría el plazo clínicamente aceptable en su situación personal».

En definitiva, según el Tribunal de Justicia comunitario, la institución competente para denegar legítimamente la autorización a la que nos hemos venido refiriendo, «invocando la existencia de un plazo de espera para un tratamiento hospitalario, (...) se encuentra obligada a acreditar que dicho plazo no sobrepasa el (...) aceptable con arreglo a una evolución médica objetiva de las necesidades clínicas del interesado que tengan en cuenta los parámetros que caracterizan su estado patológico en el momento en que se presente o, en su caso, se renueve la solicitud de autorización».

3. La procedencia del «pasaporte sanitario europeo», según los artículos 49 y 50 del Tratado CE.

Las actividades médicas se incluyen en los artículos 49 y 50 del Tratado CE, sin que la circunstancia de que determinadas prestaciones de servicios se otorguen por los sistemas de seguridad social o de los servicios nacionales de salud afecte a la aplicabilidad del principio de libre circulación y libre prestación a los de servicios sanitarios²⁷. Como se indica en la sentencia de 16 de mayo de 2006:

²⁷ «El concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (...), lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado (...) la actividad de compra llevada a cabo por los entes gestores del SNS (Servicio Nacional de la Salud) es una actividad económica en sí misma, disociable del servicio posterior de adquisición». (STJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03 P).

- a) «Las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración (satisfaga esa "remuneración" una persona particular o la institución sanitaria o de seguridad social competente de un Estado miembro) están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, sin que deba distinguirse entre la asistencia prestada en un marco hospitalario o fuera de él».
- b) «La libre prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que requieren tratamiento médico, para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de recibir allí dichos servicios, ya reciba las prestaciones médicas en un marco hospitalario a cambio de una remuneración en un Estado miembro distinto de su Estado de residencia, con independencia del modo en que funcione el sistema nacional de salud al que dicha persona esté afiliada y al que se haya solicitado posteriormente que cubra dichas prestaciones».

La circunstancia de que sea directamente la institución competente la que remunere o reintegre a la del Estado de residencia el coste de la asistencia sanitaria prestada o el hecho de que posteriormente se solicite el reembolso de dicha asistencia hospitalaria a un servicio nacional de salud «no tiene como consecuencia descartar la aplicación de las normas relativas a la libre prestación de servicios garantizada por el Tratado», afirma el Alto Tribunal comunitario, pues «una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 del Tratado CE porque el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero».

3.1. La capacidad de autoorganización sanitaria de los Estados miembros.

Que cada Estado miembro organice libremente (capacidad de autoorganización) la prestación de los servicios públicos sanitarios no puede constituir un obstáculo a una libertad fundamental comunitaria, constituyendo por ello afirmación de capital importancia de la jurisprudencia objeto de comentario la siguiente:

«Aunque no se discute que el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, incluidas las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios (...). Dichas disposiciones prohíben a los Estados miembros que introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dicha libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria.»

Ciertamente, si bien el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros respecto de la organización de sus sistemas de prestaciones sanitarias y de seguridad social y decidir qué volumen de recursos destinarán a su funcionamiento, la realización de las libertades fun-

damentales garantizadas por el Tratado obliga inevitablemente a los Estados miembros a introducir adaptaciones en dichos sistemas, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia. Por ello el Alto Tribunal comunitario, indica:

a) Que es «preciso reconocer que los Estados miembros concilien:

- "Por una parte los principios y la estructura de su sistema sanitario".
- "Por otra, las exigencias derivadas de las libertades comunitarias".

Entraña para las autoridades responsables de un servicio nacional de salud (...) una obligación, la de establecer mecanismos de cobertura financiera de la asistencia (...) dispensada en otro Estado miembro a los pacientes a los que dicho servicio no pueda dispensar el tratamiento requerido, dentro de un plazo clínicamente aceptable».

b) Que el artículo 49 del Tratado CE «se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difíciles las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas».

c) Dado que «el sistema de autorización previa (...) desanima a los pacientes que deseen dirigirse a prestadores de asistencia hospitalaria establecidos en otro Estado miembro, o incluso se lo impide, y constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, tanto para los pacientes como para los prestadores de servicios», semejante restricción a la libre prestación de servicios requiere de una justificación objetiva, so pena de considerarla ilegítima por contraria al Derecho comunitario. Al respecto el Tribunal de Justicia afirma lo siguiente:

No obstante es lo cierto, según afirma el Tribunal de Justicia comunitario, que el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en las excepciones por razones de salud pública previstas en el artículo 46 del Tratado CE²⁸, en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud, y que aquel artículo 46 del Tratado CE permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población.

3.2. La planificación de la actividad sanitaria por los Estados miembros.

Es notorio, indica el Alto Tribunal comunitario, que el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y 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:

²⁸ Que en su número 1 establece lo siguiente: «Las disposiciones del presente Capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas».

Efectivamente por una parte, «esa 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» y, 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. Dicho 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 su modo de financiación»²⁹.

Según la sentencia de 16 de mayo de 2006, «desde este doble punto de vista, el requisito de someter a autorización previa la cobertura financiera por parte del sistema nacional de asistencia hospitalaria prevista en otro Estado miembro resulta una medida a la vez necesaria y razonable».

Afirma aquella resolución de la justicia comunitaria que «el Derecho comunitario, y en particular, el artículo 49 del Tratado CE, no prohíbe por tanto que el derecho de un paciente a recibir asistencia hospitalaria en otro Estado miembro a cargo del sistema al que está afiliado quede sometido a una autorización previa».

3.3. La autorización previa y las «listas de espera» a la luz del artículo 49 del Tratado CE.

La afirmación efectuada por el Tribunal de Justicia comunitario de que el derecho a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, con cargo a la institución competente (del Estado del que se es nacional o residente), es matizada de la siguiente forma:

Efectivamente el Tribunal de Justicia, afirmada la procedencia de la autorización previa, somete su concesión a un doble requisito:

a) Que se justifiquen a la luz de «razones imperiosas».

b) Su «proporcionalidad».

Esto es:

- «El régimen de autorización previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias, y en particular a las relativas a una libertad fundamental».

²⁹ Se indica en la STJCE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, V.G. Müller-Fauré, apartados 90 y 91 lo siguiente: para apreciar si se puede conseguir en tiempo oportuno un tratamiento que presente el mismo grado de eficacia para el paciente en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad a la que esté afiliado el asegurado, las autoridades nacionales tienen la obligación de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo en cuenta debidamente no sólo la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización y, en su caso, el grado del dolor o la naturaleza de la minusvalía de este último, que podría, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional, sino también sus antecedentes (véase, en este sentido, la S. Smits y Peerbooms, apdo. 104)».

- «Para que un régimen de autorización previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, es preciso en todo caso que se base en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda ejercer de manera arbitraria».

Precisa aquella jurisprudencia comunitaria que un régimen de autorización de este tipo debe basarse, «en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes serán tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad y que podrán (...) recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización».

De tal manera que «las denegaciones de autorización, o los dictámenes sobre los que dichas denegaciones se fundamenten, deben referirse a las disposiciones específicas en que se basen y estar debidamente motivados³⁰ a la luz de estas últimas. Además los órganos jurisdiccionales que conozcan de los recursos contra tales denegaciones, si lo estiman necesario a efectos de ejercer el control que les incumbe, deben poder recurrir al dictamen de expertos independientes que ofrezcan todas las garantías de objetividad y de imparcialidad».

Por todo ello vuelve también, el Alto Tribunal comunitario, a efectuar una alusión a las «listas de espera» en relación con el artículo 49 del Tratado CE, indicando al respecto:

³⁰ Sobre la motivación de las resoluciones cabe traer a colación una sólida doctrina jurisprudencial constitucional nacional, al tenor de la cual «la motivación de las Sentencias, como exigencia constitucional (art. 120.3 del Tratado CE) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho de una efectiva tutela judicial, ofrece, por tanto, una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder, y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan (uno de ellos, el de amparo). Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad. Sin embargo, para no forzar los conceptos manipulando las palabras, parece necesario distinguir entre la existencia del razonamiento en que consiste la motivación y su discurso. Cuando la haya formal y materialmente, no sólo bastante sino clara e inequívoca, con argumentos extraídos del acervo jurídico, la realidad de su existencia no podrá ser negada o desconocida en función de que se compartan, o no, la argumentación o las conclusiones a las cuales se llegue. La motivación no consiste ni puede consistir, por tanto, en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que ésta –en su caso– ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad» (STC 77/2000, de 27 de marzo).

En la STJCE de 23 de octubre de 2003, asunto C-56/01, Patricia Inizan, se establece lo siguiente: «48. Se ha de precisar, asimismo, que el régimen de autorización previa que los Estados miembros deben establecer con arreglo al artículo 22, apartados 1, letra c), inciso i), y 2, del Reglamento n.º 1408/71 debe basarse en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que su solicitud será tramitada en un plazo razonable, así como con objetividad e imparcialidad, debiendo poder recurrir judicialmente las eventuales denegaciones de autorización (en un sentido análogo, las Ss. antes citadas, Smits y Peerbooms, apdo. 90, así como Müller-Fauré y Van Riet, apdo. 85); 49. Se desprende de ello que las denegaciones de autorización, o los dictámenes sobre los que dichas denegaciones se fundamenten, deben referirse a las disposiciones específicas en las que se basen y estar debidamente motivados a la luz de estas últimas. Además, los órganos jurisdiccionales que conozcan de los recursos contra tales denegaciones, si lo estiman necesario a efectos de ejercer el control que les incumbe, deben poder recurrir al dictamen de expertos independientes que ofrezcan todas las garantías de objetividad y de imparcialidad».

Que «no cabe basar la denegación de una autorización previa únicamente en la existencia de listas de espera destinadas a planificar y gestionar la oferta hospitalaria en función de prioridades clínicas determinadas de antemano con carácter general, sin que se haya procedido, en el caso individual de que se trate, a una evaluación médica objetiva:

- del estado patológico del paciente,
- de sus antecedentes,
- de la evolución probable de su enfermedad, y
- de su grado de dolor o de la naturaleza de su discapacidad.

En el momento en que se solicite o se vuelva a solicitar dicha autorización».

Consecuentemente, «cuando se observe que, en el caso individual de que se trate, el plazo derivado de dichas listas sobrepasa el plazo aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva del conjunto de circunstancias que caracterizan la situación y las necesidades clínicas del interesado, la institución competente no puede denegar la autorización solicitada, invocando como razones:

- la existencia de esas listas de espera,
- la violación del orden normal de prioridades basado en el grado de urgencia respectivo de los casos pendientes,
- la gratuidad de la asistencia hospitalaria dispensada en el marco del sistema nacional de que se trate,
- la obligación de destinar de antemano medios financieros específicos a la cobertura del tratamiento previsto en otro Estado miembro, o
- la comparación entre el coste de dicho tratamiento y el de un tratamiento equivalente en el Estado miembro competente».

4. Reintegro de gastos de desplazamiento, estancia y manutención.

La posibilidad de reintegro de los gastos de viaje y alojamiento del paciente y de quien le acompañe a otro Estado miembro para recibir la prestación de asistencia sanitaria, es objeto de atención tanto por la sentencia de 16 de mayo como en la de 15 de junio de 2006³¹. Las cuestiones

³¹ Referidos ya los hechos tomados en consideración en la Sentencia de 16 de mayo de 2006, procede ahora aludir a los de la Sentencia de 15 de junio de 2006, que fueron, según el contenido de la propia Sentencia los siguientes: «El Sr. Acera Herrera está afiliado como trabajador autónomo al sistema sanitario nacional; en julio de 2002, el Sr. Acera Herrera fue admitido con carácter urgente en un centro hospitalario perteneciente al SCS (Servicio Cántabro de Salud), donde

prejudiciales planteadas al respecto fueron diferentes en los procedimientos que dieron lugar a ambas sentencias ³², no obstante lo cual se complementan y por ello pueden ser tratadas conjuntamente.

Según la sentencia de 16 de mayo, el Derecho comunitario (art. 22 del Reglamento 1408/71), «confiere al paciente el derecho a percibir las prestaciones en especie, servidas por cuenta de la institución competente, por la institución del Estado miembro de estancia según las disposiciones de la legislación que ésta aplique». Regulación que «tiene por único objeto permitir que los pacientes sometidos a la legislación de un Estado miembro y que dispongan de autorización de la institución competente tengan acceso a la asistencia en otro Estado miembro en condiciones tan favorables como aquellas que disfrutaban los pacientes a quienes se aplica la legislación de este último Estado».

Consecuentemente, a juicio del Tribunal de Justicia comunitario, las obligaciones que aquella regulación impone a la institución competente «se refieren exclusivamente, pues, a los gastos de la asistencia sanitaria recibida por el paciente en el Estado miembro de estancia, es decir, tratándose de asistencia hospitalaria, al coste de las prestaciones médicas propiamente dichas y a los gastos, indisolublemente unidos, de la estancia del interesado en el establecimiento hospitalario necesaria para su tratamiento», siendo la característica esencial de aquellas «prestaciones en especie», según la nor-

se le diagnosticó una grave enfermedad. Ésta fue objeto de tratamiento en dicho centro hospitalario; al considerar que dicho tratamiento era insuficiente para su estado de salud, el Sr. Acereda Herrera solicitó a la institución competente, el 19 de agosto de 2002, la expedición de un formulario E-112 para poder ser tratado en un hospital en Francia; el 17 de enero de 2003, obtuvo el referido formulario, cuyo período de vigencia era de un año. El SCS asumió el coste del tratamiento hospitalario que se le dispensó en Francia; en el marco de dicho tratamiento, el Sr. Acereda Herrera se desplazó a Francia en diversas ocasiones, acompañado de un familiar dado su delicado estado de salud. Solicitó al SCS el reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención ocasionados por tales desplazamientos. El importe total de estos gastos se eleva a 19.594 euros; el SCS denegó dicha solicitud. El Sr. Acereda Herrera interpuso recurso contra dicha resolución ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santander, el cual lo desestimó mediante Sentencia de 17 de noviembre de 2003; el Sr. Acereda Herrera interpuso recurso de suplicación contra dicha Sentencia ante el TSJ de Cantabria».

³² En el procedimiento que dio lugar a la Sentencia de 16 de mayo de 2006 se planteó al respecto la siguiente cuestión prejudicial: «6. ¿Comprende [el art. 22.1 c) del Reglamento 1408/71] alguna obligación de cubrir los gastos de viaje y alojamiento?; en el procedimiento que dio lugar a la Sentencia de 15 de junio de 2006 las cuestiones prejudiciales planteadas al respecto fueron las que a continuación se relacionan: 1. ¿Han de interpretarse los artículos 22.1 c), 22.2 y 36 del Reglamento (n.º 1408/71) en el sentido de que la concesión por la institución competente de la autorización para desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia sanitaria apropiada conlleva el derecho del beneficiario al reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y/o manutención en el territorio del Estado miembro al que se desplaza por cuenta de la institución que concedió la autorización?; 2. En el caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Resulta del Derecho comunitario alguna norma o criterio con arreglo a los cuales hayan de fijarse los gastos objeto de compensación y su importe?; 3. En el caso de respuesta negativa a la primera cuestión: ¿Es compatible con la distribución de competencias entre los Estados miembros y las Instituciones de la Comunidad previstas en el Tratado de la CE y, en concreto, con su artículo 10 (...), así como con la naturaleza jurídica de los Reglamentos comunitarios prevista en el artículo 249 del Tratado (...), el que un Estado miembro desarrolle mediante su normativa nacional las disposiciones de un Reglamento comunitario, dictando normas adicionales que complementan el contenido del mismo, mediante las cuales introduce una regulación diferenciada en relación con supuestos que en el Reglamento tienen el mismo régimen jurídico, de forma que desincentiva el recurso de los ciudadanos a determinadas facultades y derechos que les ofrece la norma comunitaria? En concreto: ¿Es compatible con el Tratado CE y con el Reglamento (n.º 1408/71) el que el Reino de España mantenga disposiciones de Derecho interno que concedan a los beneficiarios de la Seguridad Social derechos prestacionales adicionales sobre los conferidos en el artículo 22 de dicho Reglamento, pero diferenciando entre los distintos supuestos contenidos en el mismo, de forma que sólo se dejen de conceder dichas prestaciones adicionales en el caso de la letra c) del número 1, sin que parezca existir una justificación objetiva, proporcionada y razonable de dicha diferenciación?».

mativa comunitaria, el tratarse de prestaciones «destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado, que adopten la forma de una cobertura o de un reembolso de los gastos médicos provocados por su Estado».

De tal manera que la normativa aludida «al no tener por objeto regular la cuestión de los gastos accesorios en que incurra el paciente autorizado por la institución competente a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él la asistencia apropiada a su estado de salud, tales como los gastos de desplazamiento y los eventuales gastos de alojamiento fuera del propio establecimiento hospitalario, no obliga a cubrir dichos gastos, pero tampoco lo prohíbe».

No obstante, deben distinguirse, en todo caso, dos supuestos básicos, netamente diferenciados a los efectos del respeto a la fundamental libertad comunitaria de la libre prestación de servicios, que son los siguientes:

- a) «El hecho de que la legislación de un Estado miembro excluya de la cobertura de los gastos accesorios en que incurra un paciente autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para recibir tratamiento hospitalario, si al mismo tiempo dicha legislación dispone que tales gastos estarán cubiertos cuando el tratamiento se dispense en un sistema integrado en el sistema nacional de que se trate, que constituye una infracción del artículo 49 del Tratado CE».
- b) «En cambio, el artículo 49 del Tratado CE no obliga al Estado miembro a imponer a sus instituciones competentes la obligación de cubrir los gastos accesorios relacionados con un desplazamiento transfronterizo autorizado por razones médicas, si no existe tal obligación en el caso de que dichos gastos procedan de un desplazamiento en el interior del territorio nacional».

Esto es, «el paciente que ha sido autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para cubrir en él asistencia hospitalaria, o cuya autorización ha recibido una respuesta negativa, posteriormente declarada infundada, tiene derecho (...), a exigir que se cubran los gastos accesorios de dicho desplazamiento médico transfronterizo en las mismas condiciones y con los mismos límites, objetivos (...) que haya fijado la legislación competente para la cobertura de los gastos accesorios de un tratamiento médico dispensado en el Estado miembro competente».

Ciertamente, en otra perspectiva el derecho al reembolso, por la institución competente que autorizó el desplazamiento a otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria, de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención relacionados con dicho desplazamiento con fines médicos, puede contemplarse considerando que la legislación comunitaria confiere a los beneficiarios:

- Derecho a «prestaciones en especie, servidas por cuenta de la institución competente, por la institución del Estado miembro de estancia».
- Derecho a «prestaciones en metálico servidas por la institución competente según la legislación que aplique, sin perjuicio de un posible acuerdo entre ésta y la institución del Esta-

do miembro de estancia que establezca el servicio de dichas prestaciones por esta última institución por cuenta de la primera, según las disposiciones del Estado miembro competente».

Si la característica de las primeras es que se trata de prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por cuidados dispensados al asegurado, que adoptan concretamente la forma de una cobertura o un reembolso de los «gastos médicos», la de las prestaciones en metálico es muy diferente. Efectivamente aquéllas comprenden esencialmente prestaciones destinadas a compensar una pérdida de ingresos vinculada a una incapacidad laboral y que pueden afectar al nivel de vida del interesado y de sus familiares.

Semejante noción se deduce por el Tribunal de Justicia comunitario de los siguientes extremos:

- De la referencia legal a «modalidades de cálculo basadas en los ingresos del interesado y que pueden variar con el número de miembros de su familia.
- De que, por regla general, se supedita su disfrute, en la norma comunitaria, a la presentación de una notificación de baja en el trabajo o, si está previsto en la legislación aplicada por la institución competente, de un certificado de incapacidad para el trabajo, expedido por el médico que le asista».

Las prestaciones en metálico, habida cuenta del concepto propuesto, según el Tribunal de Justicia comunitario se refiere a prestaciones de carácter periódico que procuran un ingreso sustitutorio o un apoyo económico destinados a mantener el nivel de vida general del enfermo y de su familia, pero no comprende la asunción de gastos ya efectuados, tales como los accesorios de desplazamiento, estancia y manutención.

Consecuentemente, afirma aquel Alto Tribunal, no cabe considerar que las prestaciones en metálico, que debe abonar la institución competente, a tenor del artículo 22 del Reglamento 1408/71 comprendan el reembolso de gastos efectuados con motivo de asistencia sanitaria en otro Estado miembro, ni que comprendan los gastos de desplazamiento, estancia y manutención, de la persona que acompañó al paciente, debidamente autorizado, al territorio del otro Estado miembro para recibir la asistencia sanitaria.

III. LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL REINTEGRO DE LOS GASTOS MÉDICOS EN EL SISTEMA SANITARIO ESPAÑOL, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA (SSTJCE DE 26 DE MAYO Y 15 DE JUNIO DE 2006)

Indica la sentencia de 16 de mayo de 2006 que el paciente que ha obtenido la pertinente autorización o recibido una respuesta negativa, después declarada infundada, tiene derecho a las pres-

taciones en especie servidas, a cuenta de la institución competente, por la institución del Estado miembro de estancia, según la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma.

Debiendo diferenciarse dos supuestos a tenor de aquella jurisprudencia comunitaria:

- a) El primero acontece cuando la institución del Estado miembro de estancia prevé la gratuidad del tratamiento o la cobertura íntegra del gasto:

«En tal supuesto, son las modalidades previstas por la legislación del Estado miembro de estancia las que deben aplicarse, quedando a cargo de la institución competente la obligación de reembolsar posteriormente a dicho Estado en las condiciones previstas en el Reglamento 1408/71.»

Sin que la inexistencia de baremos de reembolso suponga la inaplicación de aquella obligación de reembolso, constituyendo una restricción injustificada a la libre prestación de servicios el hecho de que la normativa del Estado miembro competente no garantice a ese paciente un nivel de cobertura análogo al que habría obtenido de haber sido atendido en el Estado miembro competente.

La no atención a la cobertura íntegra del coste, en caso de reembolso al paciente debidamente autorizado que ha sufragado de su propio peculio los gastos de asistencia sanitaria en otro Estado miembro, constituye una restricción injustificada la libre prestación de servicios, pues el interesado «no está obligado a aportar contribución financiera alguna en relación con el coste (de la asistencia sanitaria)».

- b) El segundo se produce cuando la legislación del Estado miembro de estancia no prevea una cobertura íntegra del coste del tratamiento hospitalario dispensado para reponer al paciente en la situación en la que se habría encontrado si el servicio nacional de salud del que depende (caso español) hubiera proporcionado gratuitamente, en un plazo clínicamente aceptable, un tratamiento equivalente al que se le dispensó en el Estado miembro de estancia. En ese caso:

«La institución competente está obligada a realizar una intervención complementaria a favor del interesado, equivalente a la diferencia entre, por una parte, el coste objetivamente cuantificado de dicho tratamiento equivalente, con un límite máximo, en su caso, correspondiente al importe global facturado por el tratamiento recibido en el Estado miembro de estancia, y, por otra parte, el importe de la intervención de la institución de dicho Estado con arreglo a la legislación de este Estado, cuando el primer coste sobrepase al segundo.»

La consistencia del sistema español con aquella jurisprudencia comunitaria fue lúcidamente cuestionada por el TSJ de Cantabria que, con ocasión del planteamiento al Tribunal de Justicia comunitario de una serie de cuestiones prejudiciales, incluyó entre las mismas, con más amplitud incluso que la jurisprudencia comunitaria, las siguientes cuestiones:

- ¿Es compatible con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad establecida por el artículo 12 del Tratado CE una norma nacional como (...) el artículo 5.º 3 del Real Decreto 63/1995, que, al derogar el artículo 18.3 del Decreto 2766/1967, suprime la posibilidad de los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social español de obtener el reembolso de gastos de la prestación de asistencia sanitaria por empresas o profesionales sanitarios establecidos en territorio español en el caso de que la prestación a la que tengan derecho no les sea prestada por el sistema público en un plazo razonable, habida cuenta de su estado y de la evolución probable de su enfermedad, mientras que la entidad gestora del sistema de Seguridad Social está obligada a autorizar que el beneficiario reciba esa prestación en tales casos de empresas o profesionales sanitarios establecidos en el territorio de otros Estados miembros distintos a España?
- ¿Es compatible con la libre prestación de servicios garantizada por los artículos 49 y siguientes del Tratado CE una norma nacional como (...) el artículo 5.º 3 del Real Decreto 63/1995, que, al derogar el artículo 18.3 del Decreto 2766/1967, suprime la posibilidad de los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social español de obtener el reembolso de gastos de la prestación de asistencia sanitaria por empresas o profesionales sanitarios establecidos en territorio español en el caso de que la prestación a la que tengan derecho no les sea prestada por el sistema público en un plazo razonable, habida cuenta de su estado y de la evolución probable de su enfermedad, mientras que la entidad gestora del sistema de Seguridad Social está obligada a autorizar que el beneficiario reciba esa prestación en tales casos de empresas o profesionales sanitarios establecidos en el territorio de otros Estados miembros distintos a España?
- ¿Es compatible con las normas sobre competencia de los artículos 81, 82 y 87 del Tratado CE una norma nacional como (...) el artículo 5.º 3 del Real Decreto 63/1995, que, al derogar el artículo 18.3 del Decreto 2766/1967, suprime la posibilidad de los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social español de obtener el reembolso de gastos de la prestación de asistencia sanitaria por empresas o profesionales sanitarios establecidos en territorio español en el caso de que la prestación a la que tengan derecho no les sea prestada por el sistema público en un plazo razonable, habida cuenta de su estado y de la evolución probable de su enfermedad, mientras que la entidad gestora del sistema de Seguridad Social está obligada a autorizar que el beneficiario reciba esa prestación en tales casos de empresas o profesionales sanitarios establecidos en el territorio de otros Estados miembros distintos a España?».

El Alto Tribunal comunitario no se pronunció sobre las mismas, con fundamento razonable, pues recuerda que aquel órgano jurisdiccional comunitario «no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de la norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional:

- No tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.
- Cuando el problema es de naturaleza hipotética.

- Cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho, necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas».

Insistiendo en que «la justificación de una cuestión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio».

En el caso objeto de atención en la sentencia de 15 de junio de 2006, aquellas cuestiones prejudiciales planteadas tenían por objeto, ciertamente, según el Alto Tribunal, someter a su apreciación «la posible existencia de una discriminación en perjuicio del beneficiario español a quien el sistema nacional no puede prestar un tratamiento médico en un plazo razonable y que se ha dirigido a un prestador privado español de asistencia sanitaria, en la medida en que tal beneficiario ya no tiene derecho con arreglo al Derecho nacional, desde el cambio normativo producido en 1995, a la asunción de los gastos sanitarios ocasionados con dicho prestador, salvo el caso de urgencia médica, mientras que el beneficiario a quien la institución competente autorizó a recibir tratamiento médico en otro Estado miembro tiene derecho a la asunción de tales gastos».

Según el Alto Tribunal comunitario, «esta cuestión no (tenía) relación con el objeto del litigio principal, que versa(ba) sobre el carácter reembolsable o no de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en que (habían) incurrido un beneficiario y la persona que lo acompañó a otro Estado miembro para recibir en él, con autorización de la institución competente, asistencia hospitalaria».

No le faltó razón al Tribunal de Justicia en su apreciación, pues únicamente podría haber entrado de manera forzada en aquellas cuestiones, desatendiendo en buena medida su propio ordenamiento procesal que le impide conocer de las cuestiones planteadas en los supuestos antes enunciados, en el primero de los cuales, a su juicio, inciden aquellas cuestiones prejudiciales aludidas.

No obstante semejante obstáculo procesal que impide al Alto Tribunal entrar en aquellas cuestiones prejudiciales no debe ser obstáculo para que se pueda atender a las mismas en este comentario, a cuya finalidad ha de comenzarse por indicar cuál sea la situación en nuestro ordenamiento jurídico.

En tesis general puede afirmarse, siguiendo la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 14 de junio de 2005, que «en el artículo 102.3³³ de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que la disposición final del nuevo Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mantiene vigente, la Entidad Gestora está obligada a prestar la asistencia sanitaria necesaria

³³ Su contenido es el siguiente: «Las entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen».

para el restablecimiento de la salud del beneficiario de la Seguridad Social, y, no abonará los gastos que pudieran ocasionarse cuando el beneficiario utilice medios distintos a los asignados, salvo en los casos en que reglamentariamente se establezcan».

Esta reglamentación «se contiene en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del SNS, cuyo artículo 5.º establece que "La utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el SNS, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación, respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación". En el número tercero de este precepto se prevé que "En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del SNS, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción"».

No amparando la nueva reglamentación «el supuesto contemplado en la anterior de denegación injustificada de asistencia», requiriéndose «para la concesión del reintegro, la "urgencia vital" precisa, en interpretación dada por el Tribunal Supremo, (...), que se pruebe el riesgo inminente de perder la vida o que la integridad de la salud del paciente se deteriore con el retraso o la espera en su práctica, bien entendido, con que no basta la existencia de un riesgo inminente en el sentido médico, sino que esta situación objetiva, imposibilite la utilización de los servicios médicos de la Seguridad Social (SSTS de 16 de febrero de 1988, 1 de julio de 1991 y 7 de octubre de 1996)».

Como establece el referido precepto reglamentario, y la jurisprudencia que interpretaba esta excepción, ya contenida en el artículo 18.4 del Decreto 2766/1967, «la aplicación de esta excepción debe atenderse con un criterio cauteloso y restringido, con la finalidad de no conceder a los beneficiarios de la Seguridad Social un derecho de opción, resaltando su carácter excepcional, ocasionado por los gastos en la medicina privada, a justificar por el beneficiario ante los Tribunales, impidiendo que se conceda el reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse en instituciones sanitarias de la Seguridad Social».

En fin, según la mentada sentencia que «la jurisprudencia del TS, interpretando esta normativa, ha definido la urgencia vital como "la existencia de un riesgo inminente para la vida o la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir" (S. de 6 de marzo de 1985), o "como una situación objetiva de riesgo que se traduce en la imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios de la Seguridad Social, porque la tardanza en obtener la asistencia de esos servicios o el hecho de que éstos no estén en condiciones de prestarla en la forma requerida pongan en peligro la vida o curación del enfermo" (Ss. de 15 de enero y 22 de octubre de 1987)».

De tal doctrina «se desprende que la expresión urgencia vital no debe limitarse a aquellos casos en que se halle en peligro la propia vida, sino también cuando esa premura influya en algún daño irreparable a la integridad física y siempre que exista la imposibilidad de resolverlo con la misma urgencia por los servicios médicos que a tal fin tiene establecido la Entidad Gestora. La expresión

"urgencia vital" implica perentoriedad y supone que la medida terapéutica es inaplazable, hasta el punto de que, cualquier demora determina grave peligro para la integridad del paciente con imposibilidad de utilizar los servicios de la medicina oficial».

Además «el Tribunal Supremo al interpretar el citado artículo 102.3 de la Ley de Seguridad Social y 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre (precepto este último expresamente derogado por el también citado RD 63/1995), en la redacción dada por el Decreto 2575/1973, de 14 de septiembre, ha puesto de relieve que la Seguridad Social, como cualquier otra entidad de análoga naturaleza, tiene que responder en su actividad a unas normas preestablecidas, en cuanto a la prestación de las correspondientes asistencias, a fin de garantizar tanto la eficacia como la igualdad en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que supone la necesidad de un equilibrio entre los intereses individuales y colectivos y el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social, aunque éstos por su especial naturaleza no se precisan por la norma (como ocurre en materia referente a las prestaciones dinerarias)».

Se ha señalado «que la obtención por decisión propia de una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal, pues los principios rectores que en orden a la seguridad social y protección a la salud se consagran en los artículos 41 y 43 de la Constitución, se concretan en las correspondientes normas de desarrollo, que pueden lícitamente limitar las prestaciones y restringir y controlar la utilización de servicios sanitarios ajenos como forma de garantizar una protección adecuada a los recursos disponibles y una distribución igualitaria de éstos entre la población protegida (Ss. de 4 de junio de 1986, 16 de febrero y 31 de octubre de 1988)».

Por ello, y «en coherencia con lo anterior (se) ha venido a decir que el INSALUD está obligado a dispensar la asistencia sanitaria dentro de los medios disponibles del SNS sin que, por razones obvias, su nivel de asistencia en modo alguno pueda ser inferior al que pueda ser dispensado por la medicina privada, debiendo incluir en las prestaciones sanitarias, además de las que, conforme al artículo 2.º 1 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, se relacionan en el Anexo I de este Real Decreto, aquellas en que exista, *a sensu contrario* de lo establecido en el número 3 de aquel mismo artículo, suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autovalimiento y eliminación del dolor y el sufrimiento. Y, por el contrario, que dicha obligación no puede ser apreciada cuando se trate de prestaciones en las que no concurren las indicadas circunstancias o, cuando, como se señala en la Sentencia de 31 de octubre de 1988, se trate de los servicios de un especial facultativo (o centro sanitario) sólo accesibles a algunos y no a todo el colectivo al que extiende su protección el sistema sanitario público».

Como expone la STSJ de Navarra de 28 de junio de 2004 «la jurisprudencia ha contemplado normalmente el problema partiendo de las exigencias del enfermo. Sin embargo, la STS de 4 de junio de 1986 cuya doctrina reitera la de 16 de febrero de 1988, señala que la Seguridad Social, como cual-

quier entidad de análoga naturaleza, tiene que garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, como la necesaria estabilidad financiera del sistema»³⁴, concretamente el problema de la asistencia debida:

- a) Por una parte «es una cuestión médica, que jurídicamente sólo obliga a determinar si de hecho era exigida por el enfermo como tal, esa asistencia que la ciencia médica aconseja y si ésta fue o no prestada por la entidad obligada a ello».
- b) Por otra parte, «junto a esta valoración, que parte del enfermo individualmente considerado y prescinde del marco concreto de lugar y medios en que se encuentre, cabe y es necesario contemplar una dirección inversa, partir y hacer pie en el conjunto de medios disponibles de modo concreto, real, y no indeterminado, es decir, los meramente existentes para la ciencia médica y con arreglo a ellos medir la asistencia que el enfermo requiere. Este punto de vista es primordialmente social y como cuestión jurídica plantea la determinación de qué medios son los exigibles a la Entidad Gestora para que estén a disposición del beneficiario».

La «tensión entre uno y otro término», el individual y el social, «se encuentra ya en la Constitución», según la indicada resolución jurisdiccional, «pues su artículo 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación a la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", con lo que al extender a "todos" el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos».

La misma tensión entre el «término individual» y el «término social», indica aquella sentencia, también «se encuentra en la normativa de la Seguridad Social; así el artículo 38 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1994 establece el contenido de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, de entre los que se encuentran la asistencia sanitaria y recuperación profesional, y el artículo 2.º 1 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, dispone que estas prestaciones serán realizadas, conforme a las normas de organización, funcionamiento y régimen de los servicios de salud, por los profesionales y servicios sanitarios de atención primaria y por los de las especialidades médicas».

Por otra parte, precisa la misma doctrina «se autoriza el acudimiento a la medicina privada en los casos que reglamentariamente se determinen». Según la citada jurisprudencia «no existe un derecho de opción concedido a los particulares que les permita escoger entre la medicina pública y la

³⁴ Que añade de seguido: «Ello supone el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social, aunque por su especial naturaleza éstos no se precisan por la norma como ocurre en materia referente a prestaciones dinerarias; y así la S. de 16 de febrero de 1988 establece que «el obtener por decisión propia una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal».

privada, sino únicamente la posibilidad de acudir a ésta en aquellos casos excepcionales a justificar por el beneficiario ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse en instituciones de la Seguridad Social que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que en ocasiones puede tratarse de una decisión caprichosa o por intereses familiares que pretendan agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas, los cuales serían humanamente comprensibles pero no justificarían el reintegro, pues no se puede aceptar que tales conductas, aun siendo absolutamente explicables, incidan en una institución social que tiene necesariamente que limitar sus prestaciones en aras del principio de igualdad y solidaridad».

Aparentemente la posición de esta jurisprudencia no difiere fundamentalmente de la comunitaria, pues tiene en cuenta factores que en aquélla se toman en consideración para que el servicio nacional de la salud correspondiente o sistema de seguridad social pueda denegar la satisfacción del coste de la prestación sanitaria. No obstante cuando se repara en la radicalidad de la posición de la doctrina jurisprudencial española se advierten importantes diferencias, al extremo de que un paciente español, con mucha más probabilidad, se verá reintegrado por el importe de las prestaciones sanitarias recibidas y pagadas por él mismo, si acude a otro Estado miembro, previa la pertinente autorización (acto debido), algunos de los cuales admite sin límite la colaboración de la sanidad privada (p. ej. Holanda), que sí pretende acudir a los servicios de la sanidad privada en España. Con la paradoja añadida de que el sistema instaurado (*ex art. 17 de la Ley 14/1986, Ley de Salud Pública, y 102.3 de la LGSS de 1974, art. 5.º 3 del RD 63/1995 y la doctrina unificada contenida en las Ss. de fecha del TS de 8 de noviembre de 1999 y de 19 de diciembre de 2003*):

- a) Por una parte tiene la finalidad de evitar la elección voluntaria de la medicina privada, orillando inmotivadamente los servicios médicos y hospitalarios públicos ³⁵.
- b) Por otra parte el sistema mismo impone la utilización de los servicios de sanidad privados, cuando éstos son «concertados» por el sistema público.

IV. CONCLUSIONES

Las sentencias objeto de comentario tienen el indudable mérito de constituir un paso definitivo hacia la plenitud del «pasaporte sanitario europeo», sin duda una realidad, tanto en el ámbito de las prestaciones sanitarias hospitalarias como extrahospitalarias, que se ha comenzado a gestar hace tiempo.

³⁵ Sin perjuicio de «continuar dispensando la protección –mediante la correspondiente compensación económica de gastos– cuando, en casos de urgente gravedad, el SNS no hubiera atendido la situación del beneficiario» (STSJ de Cantabria de 31 de mayo de 2005). Para el reintegro de aquellos gastos «el único supuesto en que está previsto el reembolso de gastos de asistencia sanitaria, cuando se han utilizado servicios ajenos al SNS, es en los supuestos de asistencia sanitaria, urgente, inmediata y de carácter vital, cuando no se hayan podido utilizar oportunamente los servicios del SNS y la utilización de los servicios ajenos no constituya una utilización desviada o abusiva de la citada excepción» (STSJ de Castilla y León de 30 de junio de 2005).

Pero sólo representan ese primer momento del «pasaporte» (que implica diferentes ciudadanías). Un segundo momento será cuando se constituya el sistema europeo de seguridad social, con un instrumento normativo que sustituya al anómalo Reglamento 1408/71. El Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, llamado a sustituir al Reglamento 1408/71, aun cuando suponga, cuando se aplique, un notable avance, no constituye un salto cualitativo, al mantenerse en los mismos parámetros, si bien mejorados, que el Reglamento al que pretende sustituir.

Probablemente no pueda ser de otra manera, y aquel cambio cualitativo (sustantivo) sea una cuestión, por su trascendencia social y económica, vinculada a la aprobación de la Constitución Europea, en definitiva a la construcción de Europa como única entidad política soberana.

Aquellas sentencias añaden a los méritos expuestos, el poner de manifiesto el desajuste del sistema interno o nacional español de reintegro de gastos médicos con el régimen comunitario, al extremo de que un ciudadano español si, previa la pertinente autorización (que es un acto debido), acude al sistema de salud o seguridad social de otro Estado miembro (en los que generalmente participa la sanidad privada), obtendrá el reintegro de los gastos médicos que hubiere abonado, en su caso, lo cual en absoluto acontecerá si acude al sistema sanitario privado español, pues ni siquiera se cuenta con una autorización equivalente a la del desplazamiento para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, salvo que la prestación de la asistencia sanitaria, por imposición del sistema, haya de recibirla en una entidad sanitaria privada «concertada». En fin, un cúmulo de paradojas, contradicciones e inconsecuencias que, sin duda, infringen el Derecho europeo.