

LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN EUROPA. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 12 DE JULIO DE 2001*

*Milagros Gómez Martín***

SUMARIO: 1. Los antecedentes que dan lugar a las sentencias. 2. Consideración de la asistencia sanitaria como servicio, a efectos de aplicación del Tratado CE. 2.1. Tanto la asistencia hospitalaria como la extrahospitalaria, tienen la consideración de servicio. 2.2. Tanto si el sistema está basado en el reintegro de gastos, como si proporciona prestaciones en especie a través de un sistema de concertación, tienen la consideración de servicio. 3. La obligación de solicitar autorización para que el tratamiento se lleve a cabo en otro Estado miembro, ¿una restricción a la libre prestación de servicios?. 3.1. El requisito de la autorización en el derecho interno. 3.1.1. La obligación de solicitar y obtener autorización supone un obstáculo a la libre prestación de servicios. 3.1.2. Razones imperiosas que pueden justificar tal restricción. 3.1.3. Principio de proporcionalidad. 3.2. El requisito de la autorización en el derecho comunitario: el art. 22.1.c) del Reglamento CEE nº 1408/71. 4. Derechos y deberes de cada una de las partes una vez concedida la autorización. 4.1. Del trabajador, beneficiario o usuario autorizado. 4.2. Del Estado en que se realiza la prestación. 4.3. Del Estado de afiliación o residencia. 5. Repercusión de la doctrina del Tribunal de Justicia en el Derecho sanitario español. 5.1. Las formas de gestión de los servicios hospitalarios. 5.2. Límites impuestos por el Derecho comunitario a la denegación de la autorización (art. 22.2 del Reglamento 1408/77). 5.2.1. Que la prestación esté incluida en el Sistema Nacional de Salud. Criterio para su determinación. 5.2.2. Que dicha asistencia no pueda ser dispensada en el plazo necesario. El problema de las listas de espera. 6. Conclusiones.

1.- LOS ANTECEDENTES QUE DAN LUGAR A LAS SENTENCIAS.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictó el 12 de julio de 2001 dos sentencias en las que aborda la libre prestación de servicios sanitarios dentro del ámbito de la UE, así como la asunción de los gastos ocasionados por dichas prestaciones.

La primera de ellas resolvía dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 59 y 60 (actualmente 49 y 50), del Tratado CE.¹ Dichas cuestiones, planteadas por un Tribunal de los Países Bajos y relativas al reintegro de gastos de hospitalización causados respectivamente en Alemania y Austria, se suscitaban en el marco de dos litigios: el asunto Smits y el asunto Peerbooms.

La Sra. Smits padecía la enfermedad de Parkinson y se desplazó a Alemania para recibir un tratamiento clínico “por categorías y multidisciplinario”, por entender que presentaba ventajas con el enfoque denominado “sintomático” utilizado en los Países Bajos, enfoque en el que se combaten las distintas manifestaciones de forma individual. Posteriormente solicitó el reintegro de los gastos causados con ocasión del mismo, que le fue denegado.

El Sr. Perboons entró en coma a consecuencia de un accidente de tráfico. Tras estar hospitalizado en los Paí-

**La iniciativa de este trabajo corresponde al Profesor Francisco J. Villar Rojas, al que agradezco los comentarios y sugerencias con que ha contribuido al resultado definitivo del mismo.*

***Licenciada en Derecho. Alumna de 3º Ciclo. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad de La Laguna.*

¹ *Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001. Asunto C-157/99, recopilación de Jurisprudencia 2001.*

ses Bajos, se le trasladó en estado vegetativo a la clínica universitaria de Innsbruck (Austria), donde se le sometió a una terapia intensiva mediante neuroestimulación. Esta técnica solo se aplica en los Países Bajos con carácter experimental a menores de 25 años, por lo que de haber permanecido allí, el Sr. Perboons no hubiese podido beneficiarse de esta terapia. Solicitado el reintegro de gastos, le fue denegado.

La segunda sentencia resuelve otra cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de los artículos 22 (apartados 1.c y 2) y 36 del Reglamento(CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad².

El litigio principal en el marco del cual se plantea dicha cuestión se basa en los siguientes hechos: la Sra. Descamps, nacional y residente en Bélgica, solicitó al órgano competente de este Estado autorización para someterse en Francia a una intervención quirúrgica de ortopedia, pues padecía gonartrosis bilateral. Se denegó la autorización por considerarse que no estaba bien motivada la solicitud, siendo recurrida dicha denegación por la demandante. La Sra. Descamps se sometió a la intervención en Francia y solicitó en Bélgica que se le reembolsase el coste de la asistencia. En el transcurso del litigio falleció, siguiendo adelante su esposo, el Sr. Vanbraekel y sus hijos. El Tribunal nacional reconoció que la denegación de la autorización carecía de fundamento, debiendo asumir la institución competente el pago de los gastos, en aplicación del derecho belga. No obstante, elevó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una cuestión prejudicial sobre:

a) si el reembolso de los gastos de hospitalización debe efectuarse según el régimen del Estado de la institución competente (Bélgica) o según el régimen establecido en el Estado en cuyo territorio tuvo lugar la hospitalización (Francia).

b) si está permitido a la luz del artículo 36 del Reglamento nº 1408/71, limitar el importe del reembolso con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado de la institución competente, pese a que en dicho artículo se haga referencia al reembolso íntegro.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, Asunto C-368/98 - Versión publicada en la página web del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

2. CONSIDERACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA COMO SERVICIO, A EFECTOS DE APLICACIÓN DEL TRATADO CE³.

2.1. Tanto la asistencia hospitalaria como la extrahospitalaria, tienen la consideración de servicio.

El apartado d) del art. 60 del Tratado CEE enumera entre los servicios a los que se aplica el principio de libre prestación, las actividades profesionales. Esta libertad tiene una doble vertiente: la de los profesionales de prestar servicios en cualquier Estado miembro, y la libertad de los usuarios de desplazarse a otros Estados en busca de dichos servicios⁴.

La regulación en su primera vertiente es compleja por tratarse de profesiones tituladas, lo que significa ya de por sí un obstáculo a la libertad de prestación del servicio⁵. Intentando paliar este problema se dictaron durante los años setenta y ochenta varias Directivas, en las que se contemplaban una serie de medidas dirigidas al reconocimiento de títulos, certificados y diplomas, con la finalidad de facilitar la aplicación del Tratado⁶.

En cuanto a los supuestos en que es el usuario quien se desplaza a fin de recibir el servicio, el Tribunal de Justicia se ha ocupado en varias ocasiones del tema. Así, por ejemplo, en el asunto Kohll⁷, referido a la aplicación de la libre prestación de servicios a un tratamiento dispensado por un ortodoncista en un centro extrahospitalario establecido en otro Estado miembro. El Tribunal consideró que se trataba de un servicio en el sentido del art. 60 del Tratado, pues se llevaba a cabo una actividad

³ El artículo 60 del Tratado CEE establece que “con arreglo al presente Tratado, se considerarán 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.

Los servicios comprenderán, en particular:

(...)

d) actividades propias de las profesiones liberales

(...)”

⁴ Sentencia de 2 de febrero de 1989, Asunto C-186/87 (Cowan),

⁵ M. Colina Robledo, J.M. Ramírez Martínez, T. Sala Franco: *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.168-169.

⁶ Directivas 78/686/CEE de 25 de julio de 1978, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo; 78/687/CEE, de 25 de julio de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos; 93/16/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre libre circulación de médicos y el reconocimiento mutua de sus diplomas, certificados y otros títulos.

⁷ Sentencia de 28 de abril de 1998, Asunto C-158/96 (Kohll).

profesional realizada contra retribución. Esta será, según la jurisprudencia analizada, la nota definitoria cuando nos encontremos ante un supuesto de los contemplados en el apartado d) del art. 60, la actividad profesional de un sanitario debe ser retribuida para que se considere “servicio” a efectos de aplicación del Tratado CE.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando no estamos ante una actividad profesional, sino ante un supuesto de asistencia hospitalaria?. Este planteamiento se lleva a cabo en los asuntos Smits y Perboons citados. A este respecto, el Abogado General pone de manifiesto en sus conclusiones que la sentencia sobre el asunto Kohll no deja claro si la jurisprudencia aplicada en ese supuesto es trasladable a la asistencia prestada en los hospitales.⁸ Tal duda es aclarada por el Tribunal en la sentencia citada, al asumir expresamente que: “*Procede recordar, a este respecto, que de una jurisprudencia reiterada resulta que las actividades médicas están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 60 del Tratado, sin que a este respecto se deba distinguir entre la asistencia dispensada en un marco hospitalario o fuera de él...*” (el subrayado es nuestro).

Por tanto, podemos concluir, que nada se opone en principio a que las actividades hospitalarias tengan la consideración de “servicio” a efectos de aplicárseles el principio de libertad de prestación del art. 60 del Tratado CE. Pero antes de emitir un pronunciamiento definitivo, se debe constatar el cumplimiento del segundo requisito: la actividad hospitalaria debe ser retribuida.

2.2. Tanto si el sistema está basado en el reintegro de gastos, como si proporciona prestaciones en especie a través de un sistema de concertación, tienen la consideración de servicio.

Los sistemas de Seguridad Social en el marco de los cuales se desenvolvían las relaciones en los supuestos

⁸ Punto 27 de las conclusiones emitidas por el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz Jarabo Colomer, en el asunto C-157/99, presentadas el 18 de mayo de 2000. También el Abogado General que emitió las conclusiones del asunto C-368/98 (Vanbraekel y otros, herederos de la Sra. Descamp), se pronunció en el mismo sentido: “En efecto, aún cuando en dichas sentencias se consagra el principio según el cual las medidas nacionales relativas a las prestaciones de servicios y la importación y la exportación de productos relacionados con el sector médico no escapan como tales al principio general de la libre circulación, el Tribunal no extendió dicha interpretación a los servicios y a los productos que constituyen parte integrante del sistema sanitario nacional, servicios y productos que, en el presente caso, pueden ser los relacionados con la organización y el funcionamiento de los establecimientos hospitalarios” (apartado 17 de dichas conclusiones, presentadas el 18 de mayo de 2000).

⁹ Apartado 53 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99.

estudiados por el Tribunal son el luxemburgués (asunto Kohll) y el neerlandés (asuntos Smits y Perboons).

El sistema luxemburgués paga por cuenta del paciente o le reembolsa en todo o en parte la asistencia recibida. El neerlandés, por el contrario, se basa en su mayor parte, en un sistema de concertación de las Cajas de Enfermedad con los prestadores de la asistencia sanitaria¹⁰. Los conciertos que se firmen deberán contener disposiciones relativas a la naturaleza y alcance de las obligaciones y derechos de las partes, la clase y asistencia que se ha de prestar, la calidad y eficacia de la asistencia prestada, el control del cumplimiento del concierto, incluido el de las prestaciones que se han de realizar o que se hayan realizado y la exactitud de las cantidades consignadas en razón de estas prestaciones, así como la obligación de comunicar los datos necesarios para dicho control. Estos conciertos no contemplan las tarifas, cuya determinación se rige exclusivamente, por la Ley de la financiación de la asistencia sanitaria, estando celebrados acuerdos en materia de costes entre las Cajas y los prestadores de servicios. Existe libertad para concertar, con la única restricción de que deberá hacerse con los establecimientos situados en la región en que operan, o con aquellos a los que normalmente se dirige la población de dicha región. En todo caso, los establecimientos tendrán que estar debidamente autorizados para prestar la asistencia de que se trate¹¹.

Los conciertos que firman las Cajas de enfermedad con los profesionales y con las entidades sanitarias, regulan los costes y la calidad de la asistencia, fijando un marco presupuestario regulado por Ley, que limita la capacidad y la financiación¹².

Los asegurados podrán dirigirse a centros o establecimientos no concertados, tanto de los Países Bajos como extranjeros, si son previamente autorizados para ello por la correspondiente Caja de Enfermedad.

¹⁰ En los Países Bajos el Régimen del seguro de enfermedad se basa en tres leyes: La Ley sobre cajas de enfermedad (ZFW), de 15-10-94; la Ley General sobre gastos especiales de enfermedad (AWBZ), de 14-12-1967; y en la Ley sobre la afiliación al seguro de enfermedad (WTZ). Las dos primeras establecen un sistema de prestación en especie, basado en la concertación de las cajas de enfermedad con los prestadores de servicios, siendo la asistencia gratuita para el asegurado y sin que exista el derecho al reintegro de gastos. La WTZ, por el contrario, establece un sistema de reintegro a los asegurados. Los supuestos que analiza el tribunal, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de la ZFW: son las cajas de enfermedad las que deben prestar la asistencia, y lo hacen recurriendo a la concertación.

¹¹ Ver apartados 13 a 18 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99.

¹² Apartado 31 de las conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto C-157/99, y presentadas el 18 de mayo de 2000.

Las diferencias fundamentales entre el asunto Kohll y los asuntos Smits y Peerboons, vienen dadas por el carácter hospitalario o extrahospitalario de la prestación, lo cual hemos analizado más atrás, y por el régimen de organización del seguro en cuanto a la provisión de las prestaciones. Veámos que nada se opone a considerar servicio, en marco del art. 60 del Tratado CE, a la asistencia sanitaria de cualquier tipo, siempre y cuando se dé el requisito añadido de la retribución. Pues bien, el Abogado General, se plantea en el informe citado, si la diferencia fundamental que establece la organización de los servicios, es decir, el hecho de que el asegurado neerlandés tenga derecho a obtener gratuitamente la asistencia debiendo para ello dirigirse a un centro concertado, priva a la prestación de su carácter de “retribuida”, y por ende, a la asistencia sanitaria prestada en tales condiciones, de su consideración como “servicio”¹³.

Razona el abogado General, apoyando su razonamiento en la Jurisprudencia del Tribunal, que “...las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social desempeñan una función de carácter exclusivamente social, puesto que tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa, y sus prestaciones están determinadas por la ley y son independientes de la cuantía de las cotizaciones.”, y considera por ello que las prestaciones en especie de asistencia sanitaria carecen del elemento de la retribución, por lo que no pueden considerarse servicios en el sentido del art. 60 del Tratado CE¹⁴.

Por el contrario, el Tribunal entiende que “...la circunstancia de que el tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las Cajas del Seguro de enfermedad basándose en concertos y tarifas preestablecido, en ningún caso puede excluir a dicho tratamiento del ámbito de los servicios a efectos del artículo 60 del Tratado”¹⁵. Recuerda, acertadamente, que el artículo 60 del Tratado CE no exige que el servicio sea pagado por sus beneficiarios, y que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta constituye la contrapartida económica de la prestación controvertida. Continúa diciendo que: “En los presentes asuntos los pagos efectuados por las cajas de enfermedad en el marco del sistema de concertación organizado por la ZFW, aún siendo a tanto alzado, constituyen la contrapartida económica de las prestaciones hospitala-

rias y presentan indudablemente un carácter remuneratorio para el establecimiento hospitalario que se beneficia de ello y que efectúa una actividad de tipo económico.”¹⁶

Concluye, por tanto, apartándose así de las conclusiones del Abogado del Estado, que las prestaciones controvertidas en los litigios Smits y Peerboons están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios a efectos de los artículo 59 y 60 del Tratado¹⁷.

3.- LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR AUTORIZACIÓN PARA QUE EL TRATAMIENTO SE LLEVE A CABO EN OTRO ESTADO MIEMBRO, ¿UNA RESTRICCIÓN A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?

3.1.- El requisito de la autorización en el derecho interno.

3.1.1. La obligación de solicitar y obtener autorización supone un obstáculo a la libre prestación de servicios.

La normativa neerlandesa establece, como veíamos, un sistema basado en las prestaciones en especie. Sin embargo, prevé también la posibilidad de que la Caja de Enfermedad autorice a los asegurados para que se dirijan a otra persona o institución de los Países Bajos, e incluso fuera de los Países Bajos en aquellos casos que tratándose de una prestación del seguro, se compruebe que además es necesario para el tratamiento médico del asegurado. Es decir, la asistencia dispensada en los hospitales concertados, y situados por tanto en los Países Bajos, corre a cargo de las Cajas de Enfermedad sin que se supedite a autorización, mientras que la dispensada en otros Estados Miembros, exige una autorización previa que será denegada si no se cumplen los dos requisitos citados anteriormente¹⁸.

Para el Tribunal, esta exigencia disuade, e incluso impide a los beneficiarios de la Seguridad Social, de dirigirse a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados Miembros, constituyendo, por tanto, un

¹³ Apartado 42 de las conclusiones citadas

¹⁴ Apartados 48 y 49 de las conclusiones citadas.

¹⁵ Apartado 56 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

¹⁶ Apartado 58 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

¹⁷ Apartado 59 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

¹⁸ Apartados 67 y 68 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

obstáculo a la libre prestación de servicios¹⁹. El siguiente paso consiste, pues, en ver si hay alguna justificación objetiva para esta restricción.

3.1.2. Razones imperiosas que pueden justificar tal restricción.

Las normativas nacionales que no pueden aplicarse indistintamente a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen, son discriminatorias, y por ende, solo compatibles con el Derecho Comunitario, si pueden acogerse a alguna de las excepciones que el mismo establece. En este caso, dichas excepciones serían las contempladas en el artículo 56 del Tratado. Es decir, esa normativa que establece obstáculos debe estar fundada en razones imperiosas, que pueden ser de orden público, seguridad o salud pública. Además deben ser necesarias para alcanzar el objetivo propuesto y no deben ir más allá de lo necesario para ello.

“A este respecto, - dice el Tribunal- se han de identificar, en principio, las razones imperiosas que se puedan apreciar para justificar los obstáculos a la libre prestación de servicios médicos efectuada en un marco hospitalario; luego se ha de comprobar si el principio del a autorización previa puede justificarse a la vista de dichas razones imperiosas, y finalmente, se debe examinar si los requisitos para la concesión de la autorización antes mencionada, merecen a su vez tal justificación.”²⁰

Las razones imperiosas que pueden justificar los obstáculos a la libre prestación de servicios, son esencialmente tres: a) mantener el equilibrio financiero del régimen del seguro obligatorio de enfermedad, b) garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados por igual y c) asegurar la capacidad de asistencia²¹ y competencia médica en todo el territorio nacional. El Tribunal reitera así lo que ya había venido manteniendo en otras sentencias anteriores.

En cuanto a si dichas razones justifican el requisito de la autorización previa, entiende el Tribunal, que la asistencia hospitalaria debe poder planificarse, con el objeto de *“... garantizar en el territorio del Estado Miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospita-*

¹⁹ Apartado 69. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en el asunto Kohll, citado anteriormente.

²⁰ Apartado 71 de la sentencia de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²¹ Apartado 69 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C-157/99, citadas.

larias de calidad”²² (la negrita es nuestra), y de lograr un control de gastos que evite el derroche de medios financieros, técnicos y humanos, y que tanto la planificación como el control del gasto no serían posible si los asegurado pudiese acudir libremente y ante cualquier situación a centros hospitalarios no concertados. Por tanto, el sometimiento a una autorización está también justificado, en el caso neerlandés (asunto Smits y Peerboons).

Sin embargo, en el asunto Kohll²³, el Tribunal llegó a la conclusión contraria por entender: a) que sobre el organismo luxemburgués recaen las mismas cargas financieras, tanto si el asegurado acude a un profesional de otro Estado miembro con arreglo a las tarifas del Estado de afiliación, como si lo hace a un prestador de servicios nacional, no teniendo una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de seguridad social; b) que no puede estar justificada por razones de salud pública, con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros, puesto que los requisitos de acceso a dichas actividades han sido objeto de varias directivas de coordinación; y c) que tampoco quedó probado que se pudiese en peligro el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos.

En resumen, el requisito de autorización previa establecido por el derecho interno luxemburgués, es contrario al Derecho comunitario sobre libre prestación de servicios, y sin embargo, el mismo requisito en el caso del derecho interno neerlandés, está justificado.

3.1.3. Principio de proporcionalidad.

Cuando la obligación de autorización está justificada, debe constatarse si los requisitos establecidos para concederla cumplen con el principio de proporcionalidad, es decir, si los objetivos anteriormente citados no pueden garantizarse con normas menos coercitivas.

A juicio del Tribunal, para que el sistema de autorización administrativa previa esté justificado, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, a fin de que las autoridades nacionales no puedan hacer de ella un uso arbitrario. Además debe darse un sistema procedimental que garantice la tramita-

²² Apartado 78 de la sentencia de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²³ Recordemos que el sistema luxemburgués paga por cuenta del paciente o le reembolsa en todo o en parte la asistencia recibida, y además, en ese caso se trataba de asistencia extrahospitalaria.

ción diligente, objetiva e imparcial de las solicitudes, y en caso de desestimación, la posibilidad de recurrir judicialmente.

Veámos como la normativa neerlandesa establecía dos requisitos para que las Cajas de enfermedad concediesen la autorización: que la asistencia solicitada estuviese incluida en las prestaciones del seguro y que fuese necesaria. La jurisprudencia del Tribunal viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de seguridad social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios, no pudiendo el Derecho comunitario, en principio, obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, y siendo indiferente a este respecto, que el tratamiento en cuestión²⁴ esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados .

Pues bien, en cuanto al contenido de las prestaciones, en el sistema neerlandés, no existe una lista preestablecida, sino que se parte de un concepto jurídico indeterminado: están incluidos los tratamientos médicos siempre que se correspondan con “*lo habitual en el medio profesional*”, siendo las Cajas del Seguro y los Tribunales, quienes decidan en cada caso si el tratamiento en cuestión responde o no a ese requisito.

Para que la decisión efectuada por la institución competente, en este caso las Cajas, sea compatible con el Derecho comunitario, debe delimitarse lo que es habitual en el medio profesional y, por tanto, si se trata de una prestación que deba ser financiada por el seguro, “*...tomando en consideración todos los elementos disponibles, entre ellos, en particular, la literatura y los estudios científicos existentes, las opiniones autorizadas de los especialistas y la circunstancia de que el tratamiento considerado esté o no cubierto por el sistema de seguro de enfermedad del Estado miembro en el que se dispensa*”²⁵. Esta última circunstancia debe ser interpretada en el sentido de que la inclusión en ese o en otro sistema público constituye ya una garantía sobre su eficacia, pues recordemos que el propio Tribunal se ha manifestado reiteradamente sobre la libertad del Derecho interno de los Estados miembros para determinar las prestaciones incluidas en su sistema de protección social. Queda claro también, que en cuanto a la opinión de la comunidad científica tenida en cuenta, no puede limitarse a la del propio país, pues esto favorecería a los prestadores de

servicios nacionales, siendo por tanto, discriminatorio, sino que ha de ser referida en todo caso a un nivel internacional.

Una vez determinado que se trata de una prestación incluida en el sistema de protección social, el siguiente paso es comprobar que, efectivamente, dicha asistencia es necesaria, y ello, a juicio del Tribunal, debe entenderse en el sentido de que solo pueda denegarse la autorización cuando “*...un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la Caja de enfermedad de la que depende el asegurado*”²⁶.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta:

1) que a la hora de valorar si se puede proporcionar en tiempo oportuno un tratamiento en un centro concertado con la Caja de enfermedad, las autoridades nacionales tienen la obligación de tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan cada caso, valorando, no solo la situación del paciente en el momento de efectuar la solicitud, sino también sus antecedentes.

2) que cuando la asistencia no pueda ser prestada en un establecimiento concertado con la Caja de enfermedad, no cabe admitir que se dé prioridad a los establecimientos hospitalarios nacionales no concertados, en perjuicio de los situados en otros Estados miembros.

Al hilo de esta última consideración se suscitan una serie de cuestiones, como por ejemplo, qué ocurrirá si el paciente solicita autorización para ir a otro Estado miembro, pero se acredita que en el Estado de origen se efectúa el mismo tratamiento en un centro privado con un coste sensiblemente inferior. ¿Estaría justificada la denegación de la autorización y la remisión del paciente a un establecimiento nacional? ¿está obligada la institución competente a autorizar el tratamiento del paciente al centro o país que este solicite, o por el contrario el procedimiento de autorización puede convertirse en un procedimiento encaminado a elegir prestador? Son cuestiones a las que la jurisprudencia que comentamos no da respuesta.

3.2. El requisito de la autorización en el derecho comunitario: el art. 22.1.c) del Reglamento CEE nº 1408/71.

El artículo 22.1.c) establece el requisito de la autorización previa al desplazamiento a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada a su estado. Dicha

²⁴ Apartado 87 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²⁵ Apartado 98 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²⁶ Véase el fallo de la sentencia citada.

autorización 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 reside 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 (art.22.2)²⁷.

En una primera aproximación, podría parecer que solo debe concederse dicha autorización en estos supuestos, que más o menos vienen a coincidir con los que el derecho neerlandés establecía. Pues bien, esta es una de las cuestiones que se plantean en la segunda sentencia de 12 de julio de 2001, a que hacíamos referencia: el asunto Vanbraekel y otros.

En el asunto Vanbraekel, el derecho interno prevé que se debe conceder la autorización en el caso de que para la curación del beneficiario sea necesaria una hospitalización que pueda realizarse en mejores condiciones médicas en el extranjero y que previamente haya sido considerada indispensable por el asesor médico. Sin embargo, el Gobierno Belga alegó que desde la entrada en vigor del Reglamento 1408/71, la autorización se concede con base en la norma comunitaria y no en el derecho interno. El Tribunal belga, por su parte, resolvió que la autorización debería haber sido concedida, con base en el derecho interno, reconociendo el derecho al reintegro de los litigantes.

²⁷ El art. 22 del Reglamento nº 1408/71 dispone:

“1. 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, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del art. 18 y:

a) (...)

b) (...)

c) que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en l mismo la asistencia apropiada a su estado,

tendrá derecho:

i) a las prestaciones en especie servidas , por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o residencia, según las disposiciones que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente

ii) (...)

2. (...) La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 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 reside 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.”

Pues bien, el Tribunal entiende que el apartado 2 del artículo 22 del Reglamento tiene por único objeto identificar las circunstancias en las que queda excluida la posibilidad de que la institución nacional competente deniegue la autorización solicitada, sin pretender, en modo alguno limitar los supuestos en que debe concederse²⁸. Debe, por tanto, aplicarse el derecho interno cuando sea más favorable al asegurado, por contemplar supuestos más amplios en los que procede conceder la autorización.

A la vista de lo expuesto cabe concluir que no existe límite para conceder las autorizaciones, con las posibles implicaciones que esto puede suponer para aquellos países obligados por tales autorizaciones a prestar la asistencia.

4.- DERECHOS Y DEBERES DE CADA UNA DE LAS PARTES UNA VEZ CONCEDIDA LA AUTORIZACIÓN.

4.1. Del trabajador, beneficiario o usuario autorizado.

El apartado i) del art. 22.1 contempla el derecho que deriva de la concesión de esa autorización. Dice que se 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 esta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente.”*

En otras palabras, el beneficiario tendrá derecho a las prestaciones en especie, en las condiciones en que estas se presten a los beneficiarios del Estado miembro en que se reciba la asistencia, ajustándose a su propia legislación para ello. A modo de ejemplo, y basándonos en la información que figura en la guía editada por el Ministerio de Seguridad Social²⁹, si se autorizase a un ciudadano español a recibir un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro comunitario, resultaría que en Alemania deberíamos abonar una determinada cantidad diaria durante los primeros 14 días de hospitalización; en Austria, durante los primeros 28 días; en Bélgica, Luxemburgo y Finlandia, un porcentaje de participación durante toda la estancia; en Francia, la cuota diaria de

²⁸ Apartado 31 de la sentencia citada en el asunto Vanbraekel y otros (C-368/98)

²⁹ Asistencia sanitaria en sus viajes por Europa, editada por Secretaría General del Ministerio de Seguridad Social, 1995, 23 páginas. En dicha guía se recoge información para obtener asistencia sanitaria de carácter urgente durante estancias temporales en países europeos.

hospitalización, o en caso de acudir a un centro concertado, un porcentaje de la misma; solo en Irlanda, Islandia, Noruega, Países Bajos y Portugal, se facilitaría la asistencia gratuitamente. En cuanto a Dinamarca, Suecia, Grecia y Liechtenstein, la guía no proporciona esta información³⁰. Por el contrario, si un asegurado alemán, austríaco, belga, luxemburgués o finlandés, consiguiesen una autorización para recibir un tratamiento hospitalario en España, por ejemplo, un trasplante, se encontraría con la grata sorpresa, en contra de lo acostumbrado para él, de una asistencia totalmente gratuita.

Solo en cuanto a la duración de las prestaciones, sería aplicable la legislación del Estado que concede la autorización.

*“De este modo, - dice el Tribunal - dicha disposición contribuye a facilitar la libre circulación de los beneficiarios de la seguridad social, por cuanto les garantiza, en la medida en que estén sujetos a la legislación de un Estado miembro y cuenten con una autorización, el 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.”*³¹

Ahora bien, ¿qué sucederá si, como en asunto Vanbraekel, se ha denegado la autorización, y dicha denegación es posteriormente declarada improcedente? En este caso, el usuario tiene derecho a que el Estado de afiliación o residencia, aquel que debió conceder la autorización, le reintegre los gastos.

4.2. Del Estado en que se realiza la prestación.

El Reglamento 1408/71 establece obligaciones y derechos también para el Estado miembro de acogida, o tal vez deberíamos decir, para la institución competente en dicho Estado para prestar la asistencia requerida.

La obligación consiste en prestar dicha asistencia al ciudadano comunitario que se desplaza, en las mismas condiciones que a sus propios beneficiarios. Llama la atención, sin embargo, que dicho Estado no sea parte ni se le tenga en cuenta en el procedimiento que le generará tal obligación. Al Estado de afiliación se le permite denegar la solicitud si concurren determinados supuestos. La

³⁰ Si bien la guía hace referencia a ingresos de carácter urgente durante estancias temporales, que es el supuesto del apartado a) del art. 22.1, hemos de suponer, (al menos para disponer de un ejemplo gráfico), que no existiría ninguna diferencia cuando se tratase de ingresos autorizados.

³¹ Apartado 32 de la sentencia dictada en el asunto Vanbraekel y otros, citada.

razón es que la asistencia hospitalaria debe poder planificarse, con el objeto 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**”³² (la negrita es nuestra); motivos que pueden justificar los obstáculos a la libre prestación de servicios, entre los que se encuentran, garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados por igual y asegurar la capacidad de asistencia y competencia médica en todo el territorio nacional. Sin embargo, el Estado que quedará obligado por dicha autorización a efectuar una prestación ¿no tiene, como mínimo, derecho a ser oído? En fin, se nos ocurre que tal vez esas razones imperiosas a las que hacía referencia el Tribunal, el Estado que, en virtud de la autorización concedida, deberá prestar el servicio, podría verse obligado a alegarlas en algún caso.

En cuanto a los derechos, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 36 de la sección 7 del título III, capítulo 1 del Reglamento 1408/71, titulada “Reembolso entre instituciones”³³. Es decir, la institución que presta la asistencia sanitaria, tiene derecho a que el Estado de afiliación (el que autorizó el tratamiento) le reembolse el coste íntegro del mismo, salvo que entre ambos Estados medie acuerdo por el que se renuncie al reembolso. Dicho reembolso podrá efectuarse recurriendo a cualquiera de las siguientes modalidades: mediante la justificación de los gastos realizados, o sobre la base de un tanto alzado. Pero recordemos, que dicho precepto se aplicará solamente si el beneficiario contaba con la autorización previa de la institución competente del Estado de afiliación. En caso contrario, será el propio usuario del servicio quien deberá hacer frente a los gastos ocasionados, sin perjuicio de su derecho a solicitar, si procede, el reintegro de los mismos.

³² Apartado 78 de dicha sentencia.

³³ Art. 36: “1. Las prestaciones en especie abonadas por la institución de un Estado miembro con cargo a una institución de otro Estado miembro, en virtud de lo preceptuado en el presente capítulo, darán lugar al reembolso de su coste íntegro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32.

2. Los reembolsos previstos en el apartado 1 serán determinados y efectuados según las modalidades establecidas por el reglamento de aplicación a que se refiere el artículo 98, bien mediante la justificación de los gastos realizados, o bien sobre la base de un tanto alzado. En este último supuesto, dicho tanto alzado deberá asegurar un reembolso lo más cercano posible al importe de los gastos reales.

3. Dos o varios Estados miembros, o las autoridades competentes de los mismos, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso, entre las instituciones que de ellos dependen.”

4.3. Del Estado de afiliación o residencia.

La obligación principal de la institución competente del Estado de afiliación o residencia es reembolsar a la institución prestadora del servicio de los gastos que se le hayan ocasionado, con motivo de la realización del objeto de la autorización concedida. El art. 36 contempla la posibilidad de que dicho reembolso se efectúe a tanto alzado, mediante la justificación de gastos, e incluso, que varios Estados acuerden que entre ellos no procede dicho reintegro.

Ahora bien, la situación varía, y el Reglamento no prevé nada al respecto, cuando se declara improcedente una denegación de autorización, y debe efectuarse el reintegro de gastos al usuario que ya hizo el desembolso. El art. 36 del Reglamento hace referencia al “reembolso entre instituciones”; nada dice, sin embargo, sobre el reintegro de gastos a los particulares.

Las cuestiones que se pueden plantear son las siguientes:

a) El nivel de cobertura es más ventajoso cuando recibe la prestación en otro Estado miembro, que cuando la recibe en el Estado miembro de afiliación:

En la cuestión prejudicial planteada en el asunto Vanbraeckel y otros, se efectúa la siguiente pregunta: “¿Está permitido, a la luz del artículo 36 del Reglamento n. 1408/71, limitar el importe del reembolso con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado de la institución competente, pese a que en dicho artículo se hace referencia al reembolso íntegro?”

Para el Abogado General, el reembolso debe ser equivalente al que la persona tendría derecho a recibir en el caso de una prestación idéntica efectuada en el territorio nacional. Es decir, deberá tomarse como base del cálculo para el reembolso, el importe total (íntegro) de los gastos efectuados en el extranjero, sin embargo, el porcentaje, el coeficiente aplicable al reembolso,³⁴ será el previsto en la legislación del Estado de afiliación. Entendemos que en la práctica esto debería traducirse en que cuando un ciudadano Austriaco, Luxemburgués, o de alguno de los países en los que, como veíamos, se pagaba durante el periodo de hospitalización un porcentaje, acude sin autorización, y por tanto, abona el coste de la asistencia sanitaria prestada en un país en los que la hospitalización es gratuita, el cálculo del reintegro a que tiene derecho, deberá efectuarse descontando del total

³⁴ Apartado 27, conclusión 1, de las conclusiones presentadas el 18 de mayo de 2000, por el Abogado General Sr. Antonio Saggio, en el asunto C-368/98 (Vanbraeckel y otros).

abonado, el porcentaje que este hubiera debido abonar, de haber recibido el tratamiento en su país. Es decir, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada, vendría a ser, que sí puede limitarse, pero no por aplicación del art. 36, que se refiere solo al reintegro entre instituciones, sino para garantizar la igualdad de trato entre quienes reciben las prestaciones médicas en el territorio nacional y quienes las reciben en el extranjero³⁵.

El Tribunal, por su parte, responde a la pregunta planteada en los siguientes términos: “El artículo 36 del Reglamento n.1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n. 2001/83, no puede interpretarse en el sentido de que se deriva de dicha disposición que un beneficiario de la seguridad social, cuya solicitud de autorización presentada conforme al artículo 22, apartado 1, letra c) del mencionado Reglamento, haya sido denegada por la institución competente, tiene derecho al reembolso íntegro de los gastos médicos en que haya incurrido en el Estado miembro en que se le haya prestado la asistencia, si se demuestra que la denegación de su solicitud de autorización carecía de fundamento.” Entendemos que esto significa, sencillamente, lo que ya el Abogado general manifestó: que el art. 36 no es aplicable al reintegro de los gastos abonados por el particular, sino al reembolso entre instituciones.

Sin embargo, interpretando el artículo 22, con relación a la primera pregunta planteada³⁶, el Tribunal manifiesta que “Cuando la institución competente deniegue una solicitud de autorización presentada por un beneficiario de la seguridad social conforme al artículo 22, apartado 1, letra c) del mencionado Reglamento y tal denegación se declare posteriormente infundada, el interesado puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia conforme a las normas previstas por la legislación que esta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio.”³⁷ (el subrayado es nuestro). En conclusión, el beneficiario tiene derecho al reembolso íntegro de las prestaciones en especie,

³⁵ Apartado 25 de las conclusiones citadas (asunto C-386/98).

³⁶ Recordemos que cuando expusimos los supuestos, en el epígrafe 1, veíamos que en la cuestión prejudicial se le planteaban al Tribunal dos preguntas. La primera, como acabamos de ver, relativa a la interpretación del artículo 36 del reglamento n. 1408/71 y la segunda en los siguientes términos: ¿el reembolso de los gastos de hospitalización debe efectuarse según el régimen del Estado de la institución competente o según el régimen establecido por el Estado en cuyo territorio tuvo lugar la hospitalización?

³⁷ Apartado 1) del fallo del Tribunal en el asunto Vanbraeckel y otros, citada.

puesto que éstas son las únicas que está obligado a prestarle la institución del lugar de estancia conforme a su legislación. Con base en el párrafo transcrito, parece que podemos afirmar que dicho importe no puede ser limitado, pero no por aplicación del art. 36, sino del 22.1.c) del Reglamento.

Esta solución nos parece más acertada que la que proponía el Abogado General en sus conclusiones, puesto que de lo que se trata es de no discriminar al beneficiario al que en un primer momento se le denegó la autorización, y al que, de seguir la tesis de este, en algunos supuestos solo se le reintegraría un porcentaje, frente a aquel beneficiario al que de entrada se le concede. En este caso, la institución competente, reembolsa íntegramente los gastos al Estado que presta la asistencia. Entre otras razones, porque este ahorro para el Estado de afiliación, podría inducir a la denegación infundada de las autorizaciones.

b) El nivel de cobertura es mayor cuando recibe la prestación en el Estado miembro de afiliación, que cuando la recibe en otro Estado miembro.

En este caso, la sentencia es tan clara, que no deja el más mínimo resquicio a la interpretación: se debe abonar al beneficiario un reembolso complementario.

Y debe ser así, no por la interpretación que se haga del artículo 22 del Reglamento, el cual no tiene por efecto impedir ni exigir a dicho Estado el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia del nivel de cobertura existente entre la prestación proporcionada en el Estado de acogida y la que hubiese recibido en el Estado de afiliación. El abono complementario procede por aplicación del art. 59 del Tratado CE: el principio de libre prestación de servicios.

Entiende el Tribunal, que el hecho de que el nivel de cobertura que obtiene un beneficiario de la seguridad social, sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro, que cuando recibe ese mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación, puede disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en dichos 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.³⁸

A continuación, el Tribunal analiza si dicho obstáculo está justificado, llegando a la conclusión de que el

³⁸ Apartado 45 de la sentencia dictada en el asunto *Vanbraekel* y otros.

pago del abono complementario no compromete "...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."³⁹ Efectivamente, el Estado miembro de afiliación no sale perjudicado con el abono complementario, pues se ajusta a la tarifa que hubiese debido de abonar si la prestación se hubiese realizado por la institución competente, no concurriendo las razones imperiosas que podrían justificar esta restricción.

Sin duda, esta medida, que se adopta para evitar que se disuada a los beneficiarios de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros (la diferencia del nivel de las prestaciones), puede influir sobre la actitud del Estado miembro competente para conceder la autorización, al eliminar el incentivo⁴⁰ que supone conseguir la prestación a más bajo precio.

5.- REPERCUSIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL DERECHO SANITARIO ESPAÑOL.

5.1. Las formas de gestión de los servicios hospitalarios.

Veámos como el Tribunal manifestaba sin lugar a dudas en el asunto *Smits* y *Peerbooms*, y en contra de lo afirmado por el Abogado General en sus conclusiones, que la asistencia médica hospitalaria prestada mediante un sistema de concertación, tenía la consideración de servicio a efectos de aplicación de los principios de libre prestación establecidos en el Tratado CE, y que ello era así porque se prestaban a cambio de una remuneración, sin que pudiera exigirse para ello que dicha remuneración estuviese a cargo del usuario. Los establecimientos donde se realizaba el servicio tenían ánimo de lucro.

³⁹ Apartado 51 de la sentencia citada (*Vanbraekel* y otros).

⁴⁰ No podemos perder de vista, que la autorización es reglada en cuanto a que no puede denegarse si se dan esos dos requisitos, pero nada impide a la institución competente, concederla en cualquier otro que no se den. En el caso de España, por muy cuestionable que pueda parecernos, la Circular del INSALUD n° 8/1989, sobre aplicación de los Reglamentos Comunitarios 1408/71 y 574/72, da las instrucciones precisas para la concesión de la autorización que nos ocupa, y pone de manifiesto que el criterio de concesión ha de ser siempre médico, teniendo en cuenta que la concesión es graciable para aquellas prestaciones que la Seguridad Social española no tiene establecidas.

Pero, ¿qué ocurre cuando la asistencia se presta directamente por la institución competente?⁴¹ Es, sin ir más lejos, la regla general en España: la gestión directa.

Recordemos que, cuando analizábamos en el epígrafe primero si la asistencia hospitalaria debería ser considerada un servicio en los términos del art. 60 del Tratado CE, el Abogado General que emitió las conclusiones en los asuntos Smits y Peerbooms, llegaba a la conclusión de que cuando se trataba de una prestación en especie, prestada por un sistema de concertación como el neerlandés, no podía tener tal consideración. Y mantenía dicha tesis, apoyándose en anterior jurisprudencia del Tribunal, que refiriéndose al sistema educativo afirmaba que la característica de la retribución no se daba en el supuesto de cursos impartidos en el marco del sistema de educación nacional ya que al establecer y mantener tal sistema, la finalidad del Estado, financiándolo a través de presupuestos públicos, es cumplir su misión con la población en los ámbitos, social, cultural y educativo,⁴² pero en modo alguno hay ánimo de lucro. En el caso de cursos impartidos en un instituto de enseñanza superior cuya financiación se efectuaba en su mayor parte con fondos públicos, el Tribunal mantuvo la misma posición, afirmando, sin embargo, que cuando los cursos se imparten en centros que se sufragan principalmente con fondos privados, persiguiendo obtener un beneficio mercantil,⁴³ se convierte en servicios a efectos del art. 60 del Tratado .

El Tribunal se separó de las conclusiones del Abogado General, porque en aquel supuesto, a pesar de financiarse con dinero público, el servicio se prestaba por una persona privada con ánimo de lucro.

⁴¹ En dichas conclusiones, el Sr. Dámaso Ruiz Jarabo, Abogado General en el asunto C/157/99, resume las posiciones de los Estados, respecto a si la asistencia sanitaria prestada en el marco de un régimen de seguridad público es un servicio, en dos grupos: por un lado, Bélgica, Francia y Austria, entienden que lo es; Alemania, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido, Dinamarca, Suecia y Finlandia e Islandia, entienden que no lo es. La opinión de España no aparece. Ver apartado 32 de las conclusiones.

⁴² Asunto Humbol, C-263/86; sentencia de 27 de septiembre de 1988, apartados 15-19.

⁴³ Asunto Wirth, C-109/92; sentencia de 7 de diciembre de 1997, apartados 16 y 17. En la sentencia Poucet y Pistre, 1973, RJ 1993, apartados 18 y 19, el Tribunal manifiesta "que los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. De lo anterior se deduce que dicha actividad no es una actividad económica y que, por tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado". La Comisión se pronuncia en el mismo sentido en la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa (2001/C 17/04), apartado 29.

Como es sabido, en el Sistema sanitario español coexiste la gestión directa con la indirecta⁴⁴, de modo que la doctrina anotada es plenamente aplicable al sistema español

5.2. Límites impuestos por el Derecho comunitario a la denegación de la autorización (art. 22.2 del Reglamento 1408/77)

5.2.1. Que la prestación esté incluida en el Sistema Nacional de Salud. Criterio para su determinación⁴⁵

Recordemos que sea cual sea el sistema sanitario implantado, por imperativo del artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71, para que nazca el derecho a la asistencia en el Estado miembro de acogida es preceptiva la autorización del Estado competente. Además, el apartado 2º del mismo artículo establece los límites para denegarla, disponiendo que no podrá serlo cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado.

La ordenación de las prestaciones sanitarias incluidas en el Sistema Nacional de Salud, se llevó a cabo mediante el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

⁴⁴ En la Ley General de Sanidad se opta, con carácter general como modo de gestión del servicio público sanitario, por la gestión directa, quedando la actuación de la iniciativa privada relegada a un segundo término, con un carácter meramente complementario y subsidiario y limitada a la prestación de asistencia sanitaria hospitalaria. En este sentido, la Ley prevé la creación de una red integrada de hospitales del sector público, en la que podrán integrarse aquellos de titularidad privada que lo deseen. El instrumento por medio del cual se llevará a cabo esa integración es el convenio singular (art. 66 y ss.). Contempla, además, otra posibilidad de colaboración de los particulares en la gestión del servicio a través del concierto (art. 90). Los controles y la financiación en uno y otro caso difieren, pues mientras en los centros vinculados a la red, es por todo el centro, en los conciertos, se limitan a cada paciente atendido por cuenta del sistema público de hospitales. Sobre concertación sanitaria en España, puede verse: Pemán Gavín, J.: Derecho a la salud y administración sanitaria, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 211-214; Villar Rojas, F.J.: La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites, editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 103 y ss.; Menéndez Rexach, A.: "Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario", en III Congreso Derecho y Salud, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1995, p. 75 y ss.; Gómez Martín, M.: "El Contrato Programa del Hospital Universitario de Canarias. Aproximación al régimen jurídico de los conciertos sanitarios", en Revista Derecho y Salud, V.5, nº 1, 1997, p. 85-96.

⁴⁵ Con carácter general sobre prestaciones sanitarias en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, puede verse: Villar Palasí, J.L.: "Prestaciones sanitarias: Catálogos. Problema de su configuración normativa", en III Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1994, págs. 125-184 y Beltrán Aguirre, J.L.: "Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos.", en Revista Derecho y Salud, V. 2 nº 2, 1994, p. 91-97. Alonso Olea, M.: Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, Cívitas, 1994.

1) la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, respetando los principios de igualdad y uso adecuado y responsable (art. 5.1).

2) las prestaciones sanitarias financiadas con cargo a la seguridad social o fondos estatales adscritos a la sanidad, serán facilitadas directamente, es decir, en especie, siendo enumeradas en el anexo I del Real Decreto (art. 2.1), y serán realizadas por los profesionales y servicios sanitarios de atención primaria y especialidades (art. 2.2).

3) en todo caso se considerarán excluidas cuando no exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica, o no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento (art. 2.3).

4) dichas prestaciones solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo lo establecido en los convenios internacionales (art. 5.2).

5) Solo en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma (art. 5.3).

Algún autor hace referencia al ámbito objetivo en que la asistencia sanitaria considerada “prestación” incluida en el Sistema Nacional de Salud debe desarrollarse: el “cómo”, “cuando” y “donde” debe ser prestada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Real Decreto 63/1995, venía afirmando que “... la asistencia sanitaria que cabe exigir a la Seguridad Social es aquella que no desmerezca de la mejor que pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras, considerada la sanidad privada” (el subrayado es nuestro).

⁴⁶ El Real Decreto se hace eco de la regla general que establecida tanto en la Ley General de Sanidad (art. 17), como en la Ley General de seguridad Social (Texto Refundido de 1974, art. 102.4). Sobre el reintegro de gastos, ampliamente, Alarcón Caracuel, Manuel R.: “La cartera de prestaciones. Reintegro de gastos”, en: *Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, Libro de ponencias del IV Congreso Derecho y Salud*, editado por el Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Bilbao, 1996, p. 115-146.

⁴⁷ J.M. Amezcua Zunzarren: “La asistencia sanitaria atípica: última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el reintegro de gastos médicos”, *La Ley*, 1995-4, 1077.

⁴⁸ Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 14 de diciembre de 1988, RJ 1988/9617.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en una sentencia dictada el 20 de julio de 1999, aplica la jurisprudencia comunitaria, en concreto la sentencia dictada en el asunto Pierick⁴⁹, y en la que el Tribunal de Justicia de la CEE “*confiere una interpretación amplia al art. 22 del Reglamento 1408/1971, considerándolo aplicable incluso cuando se facilita el tratamiento si es más eficaz el de otro país miembro*”⁵⁰.

Del análisis del Real Decreto 63/1995, podemos afirmar que la asistencia sanitaria que cabe exigir es aquella que, encontrándose incluida en el Anexo I de dicha norma, su calidad no desmerezca de la mejor que pueda prestarse con los medios propios o concertados del Sistema Nacional de Salud, excluyendo aquella que pueda tener carácter experimental (ahora bien, para pronunciarse sobre el carácter no experimental, es decir, probado y validado, de los tratamientos, las autoridades sanitarias han de tener en cuenta “...la ciencia médica internacional”)⁵¹. En este sentido, el Real Decreto 63/1995 recortó el alcance de la posición jurisprudencial. A partir de su entrada en vigor ya no sirve la sanidad privada no concertada como parámetro de comparación.

Entendemos que el derecho español pone un techo a las prestaciones incluidas en el Sistema Nacional de Salud y que este límite es perfectamente válido a la luz del derecho comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de seguridad social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios, no pudiendo el Derecho comunitario, en principio, obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, y siendo indiferente a este respecto, que el tratamiento en cuestión esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados⁵². No cabe exigir, por tanto, el tratamiento más eficaz a nivel comunitario, en contra de lo afirmado por el Tribunal en el asunto Pierik⁵³, pero tampoco el nivel de

⁴⁹ Asunto C-117/1977

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 20 de julio de 1999, Sala de lo Social, AS 1999/4702.

⁵¹ En aplicación del criterio manifestado por el Tribunal de Justicia en la sentencia del asunto C-157/99 (Smits y Peerboons). Apartado 99 y fallo de la sentencia.

⁵² Apartado 87.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1978. Asunto C-117/77 (Pierik); el Tribunal entendió que debe concederse la autorización en aquellos supuestos en que el tratamiento prestado en otro Estado miembro, sea más efectivo que el que se presta en el Estado de afiliación o residencia.

la asistencia privada no concertada nacional. El límite viene impuesto en el art. 5.2 del Real Decreto 63/1995: la asistencia a que se tiene derecho es aquella que se pueda prestar con los medios propios o concertados. Y que la línea que hasta ese momento mantuvo la jurisprudencia española, iría en contra del Derecho Comunitario, sobre libre prestación de servicios. Hay algo que deja claro la jurisprudencia del Tribunal de justicia: que establecer diferencias que puedan favorecer a los centros privados no concertados de ese Estado miembro, es discriminatorio. Lo entiende así cuando puntualiza que el parámetro de comparación para saber si un tratamiento es experimental, no puede ser la doctrina científica de ese país, sino la comunidad internacional, y de igual modo cuando afirma que debe concederse la autorización si consta que la asistencia no puede ser prestada por un establecimiento concertado, aunque pueda ser prestada en un establecimiento privado de ese mismo país. Es decir, el nivel exigible a las prestaciones, o es el mejor que pueda darse en los países comunitarios, o es el mejor que pueda proporcionarse en el sistema sanitario público. En nuestro caso, este último es el que contempla el Real Decreto 63/1995.

5.2.2. Que dicha asistencia no pueda ser dispensada en el plazo necesario. El problema de las listas de espera.

El segundo de los requisitos que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 22 justificaría la denegación de la autorización prevista en el apartado 1.c), es que dicha asistencia pueda serle dispensada al interesado en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside, habida cuenta de su estado de salud actual y de la evolución probable de la enfermedad. Por el contrario, dejaría de estar justificada la denegación, si la asistencia no puede ser prestada en el plazo necesario, pero ¿cuál es éste?. Lo adecuado sería establecer un plazo en el que la Administración se compromete a prestar la asistencia, confiriéndose al usuario un derecho que pueda ser resarcido en caso de incumplimiento⁵⁴.

En esta línea, determinadas Comunidades Autónomas han generado normas estableciendo tiempos máxi-

⁵⁴ No podemos dejar de hacer referencia al Acuerdo Parlamentario para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud, de 18 de diciembre de 1997, en el que la Subcomisión recomienda indicar para aquellos procedimientos que se consideren prioritarios, unos tiempos máximos, superados los cuales, el paciente tendrá derecho a ser inmediatamente asistido en el centro que se determine. Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1998, págs. 21 y 22.

mos de espera⁵⁵. Pues bien, entendemos que en aquellos supuestos no urgentes, en que la norma establezca un tiempo máximo para dispensar la asistencia, transcurrido este sin que la prestación se haya hecho efectiva en centro de la red pública o concertado, si el interesado presenta solicitud en los términos del art. 22 del reglamento 1408/71, ésta deberá ser concedida, sin que pueda darse prioridad a centros españoles no concertados en perjuicio de los de otros países comunitarios. El Tribunal es rotundo al afirmar que *“cuando conste que la asistencia cubierta por el seguro de enfermedad nacional no puede ser dispensada por un establecimiento concertado, no cabe admitir que se de prioridad a los establecimientos hospitalarios nacionales con los que la caja de enfermedad del asegurado no ha celebrado ningún concierto, en perjuicio de los establecimientos hospitalarios situados en otros Estados miembros.”*⁵⁶ (el subrayado es nuestro), pues entiende que desde el momento en que un tratamiento se dispense fuera del marco de planificación del sistema (que en el caso de España vendría dado por los centros de la red pública y los concertados), dicha prioridad excedería de lo necesario para garantizar el mantenimiento en el territorio nacional de una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia hospitalaria de calidad, así como garantizar la estabilidad financiera del sistema⁵⁷.

En cualquier caso, puede haber supuestos en que, aún no habiendo transcurrido el plazo establecido por la norma, proceda conceder la autorización, pues las autoridades nacionales tienen la obligación de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo en cuenta no solo la situación médica del paciente, si no también sus antecedentes⁵⁸. Y lo mismo será aplicable cuando no se han establecido tiempos máximos de espera.

Observemos que, si bien en una primera aproximación, el Real Decreto 63/1995, prohíbe reintegrar los gastos ocasionados con motivo de la utilización de recursos privados no concertados, salvo en supuestos de urgencia vital, el anterior Reglamento de asistencia sanitaria

⁵⁵ La Comunidad Valenciana estableció en 1996, la posibilidad de que los usuarios que lleven tres meses en lista de espera, soliciten autorización del Servicio Valenciano de Salud para ser intervenidos en centros privados. (Decreto nº 97/1996, de 21 de mayo, desarrollado por Orden de 4 de junio de 1996). Posteriormente, Navarra también estableció un plazo máximo de 180 días. (Orden foral de 29 de septiembre de 1998), Ley Foral 12/1999, de 6 de abril.

⁵⁶ Apartado 107 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citado.

⁵⁷ Apartado 107 en relación con el 105, de dicha sentencia.

⁵⁸ Apartado 104 de dicha sentencia.

ria, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por él derogado, contemplaba un supuesto de denegación injustificada de asistencia (art. 18.3), en el que podría perfectamente encajar la imposibilidad de prestar la asistencia en el plazo que deba ser prestada, valorando las circunstancias de cada paciente. Ante el silencio que al respecto guarda el Real Decreto 63/1995, ¿debe entenderse que tal posibilidad ya no está prevista en el derecho español?

No es nuestra intención profundizar aquí en la posibilidad de autorizar la utilización de dichos servicios, ni en el carácter de dicha autorización, sino únicamente mostrar nuestro acuerdo con que, en cualquier caso, nada ha cambiado en cuanto a la posibilidad de que el interesado recupere el importe de los gastos ocasionados con motivo de dicha asistencia, con la única diferencia de que en la actualidad ha de reconducirse a la figura de la responsabilidad patrimonial.⁵⁹ Entendemos, pues, que si la falta de prestación en plazo de la asistencia, da lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, tendente, como mínimo a compensar el desembolso efectuado, con mayor motivo, y a fin de evitar el daño, la Administración debe proporcionar al usuario la atención sanitaria requerida, y si no puede hacerlo con los medios propios o concertados, deberá instrumentar otras posibilidades, con independencia de que la prestación se efectúe dentro de España o fuera de ella.

En lo que aquí interesa, podemos concluir, que tratándose de una prestación incluida en el Sistema Nacional de Salud, nuestra legislación no es más favorable para el interesado que el artículo 22 del Reglamento 1408/71, pues no se hace ninguna referencia específica a que la asistencia se pueda proveer fuera de España. En este sentido, la Circular del INSALUD nº 8/1989, sobre aplicación de los Reglamentos Comunitarios 1408/71 y 574/72, da las instrucciones precisas para la concesión de la autorización que nos ocupa, limitándose a poner de manifiesto que el criterio de concesión ha de ser siempre médico, teniendo en cuenta que la concesión es graciable para aquellas prestaciones que la Seguridad Social española no tiene establecidas,⁶⁰ y que no podrá ser denegada cuando concurren los supuestos del art. 22.2 del Reglamento 1408/71. Ha de estarse, por tanto, a lo expuesto anteriormente.

⁵⁹ Ampliamente sobre el tema: J.M. Amezcua Zunzarren: "La asistencia sanitaria atípica: última jurisprudencia del Tribunal Supremo...", *ob. cit.*

⁶⁰ Muy cuestionable esta forma de actuar, bastante frecuente por cierto, de la Administración sanitaria, que entendemos puede ser atentatoria contra principios como el de equidad e igualdad de acceso a los servicios sanitarios, y de la que no conocemos su fundamentación jurídica.

6. CONCLUSIONES.

a) El derecho español (R.D. 63/1995) pone un techo a las prestaciones incluidas en el Sistema Nacional de Salud: el nivel de eficacia exigible será el equiparable al mejor que se preste en los centros públicos o concertados del sistema sanitario español. Y este límite es perfectamente válido a la luz del derecho comunitario, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de seguridad social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios. No puede el Derecho comunitario obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, siendo indiferente a este respecto, que el tratamiento en cuestión esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados. Este límite, en el caso de España, viene impuesto por el art. 5.2 de aquella norma, sin que quepa exigir, por tanto, el tratamiento más eficaz a nivel comunitario.

b) Una vez se ha determinado que la asistencia requerida es una prestación prevista por la legislación española, solo podrá denegarse la autorización, si dicha asistencia puede prestarse en el plazo necesario con los medios propios o concertados. Es irrelevante a estos efectos que pueda prestarse en plazo recurriendo a centros privados no concertados, pues se estaría dando prioridad a los establecimientos españoles frente los de otros Estados miembros, lo que atentaría contra el principio comunitario de libre prestación de servicios.

Entendemos que si el usuario puede elegir el establecimiento sanitario al que quiere acudir en otro Estado miembro, con mayor razón podrá elegir también, de entre los privados no concertados ubicados en España.

Esto suscita cuestiones que la jurisprudencia estudiada no resuelve: ¿estaría justificada la libre elección del usuario aunque ello supusiera un elevado incremento en los costes de la prestación? No puede olvidarse la vinculación de la Administración a los principios de eficacia y economía, en que se basa la obligación de la Administración de seleccionar a sus contratistas ajustándose para ello a los principios de publicidad y concurrencia, límites que se estarían vulnerando si en el sistema actual se permitiese la libre elección.

c) La Administración sanitaria debe establecer los criterios objetivos para la concesión de dichas autorizaciones.

ciones, con el fin de evitar actuaciones arbitrarias⁶¹. A juicio del Tribunal, para que el sistema de autorización administrativa previa esté justificado, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, para evitar precisamente eso.

Dichos criterios deben establecerse no solo cuando se trata de autorizar la prestación en un establecimiento de alguno de los Estados miembros, sino incluso, de centros privados no concertados en España o de prestadores establecidos en cualquier otro país no comunitario.

d) En cuanto a los gastos que debe cubrir la autorización concedida, o el reintegro en caso de denegación improcedente, el usuario no debe soportar costes adicionales sobre lo que le supondría la prestación de la asistencia en España. En este sentido, junto a los gastos que ocasione la asistencia sanitaria, el organismo autorizante debe hacerse cargo de todos los necesarios para que el usuario reciba la prestación cuyo derecho le ha sido reconocido. Si la Administración no dicta normas regulando la asunción de dichos gastos, estará obligada a hacerse cargo de todos aquellos que el usuario justifique como necesarios, sin que puedan ser limitados alegando la aplicación de circulares o instrucciones no publicadas.⁶²

e) En otro orden de ideas, la realidad de la libre prestación de servicios en este ámbito, quizá obligue a las autoridades comunitarias a cuestionarse si no sería más práctico una armonización en las prestaciones sanitarias, lo que les permitiría asumir, por la vía de la seguridad social, competencias en una materia en la que hoy por hoy no las tienen: la asistencia sanitaria.

⁶¹ Si bien es de todos conocidos, sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 21 de enero de 1998, AS 1998\5382. En ella se declaran como hechos probados que con fecha 27 de julio de 1995 se desestimó la solicitud de autorización presentada por el demandante para que se le realizase determinado tratamiento en un centro privado no concertado de S. Sebastián, por considerarse que eran necesarios más estudios que avalasen los buenos resultados de dicha técnica para esa enfermedad. Sin embargo, se considera también probado que por el Servei Català de la Salut se procedió en fecha 19 de julio de 1994 a autorizar la práctica de dicho tratamiento en Atlanta (Estados Unidos) con cargo al Servei Català de la Salut, a otro usuario que lo había solicitado.

⁶² En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo social, de 27 de septiembre de 1994. AS 1994\3693.

