

EL REEMBOLSO COMO OBSTÁCULO TRADICIONAL A LA “LIBRE CIRCULACIÓN DE PACIENTES”

*Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,
de 15 de junio de 2010. Asunto Comisión Europea contra España (C-211/08)*

ILUMINADA DEL ROCÍO FERIA BASILIO*

SUPUESTO DE HECHO: El demandante, ciudadano francés afiliado al sistema español de Seguridad Social al momento de suceder los hechos, hubo de recibir tratamiento hospitalario no programado durante una estancia en Francia. Aún bajo el amparo del formulario E-111, se enfrenta a la negativa de España ante su petición de reembolso de los gastos que, de acuerdo con la legislación francesa, hubo de satisfacer por la asistencia recibida (“ticket modérateur”).

Comunicadas las circunstancias a la Comisión, ésta remite al Reino de España escrito de requerimiento solicitando información sobre el Derecho nacional relativo al reembolso de los gastos generados por la asistencia sanitaria recibida en otros Estados Miembros. Tras la respuesta, la Comisión subrayó la incompatibilidad de la normativa interna entonces aplicable (esencialmente, artículo 5 del Real Decreto 63/1995) con el artículo 49 TCE. Frente a tal consideración, España mantuvo que la aplicación española de su normativa era plenamente acorde con las disposiciones del Reglamento 1408/71¹, por cuanto que el presente asunto distaba de ser identificable con aquellos otros que ocasionaron la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) invocada por la Comisión. Asimismo advertía de los peligros que podrían devenir a partir de dicha interpretación, para la balanza financiera del Sistema Nacional de Salud español.

La Comisión envió entonces dictamen al Reino de España por el que se le instaba a adoptar las medidas necesarias para acabar con la mantenida vulneración del Derecho originario. Ante la negativa de éste, la Comisión interpuso recurso por incumplimiento en virtud de la facultad que le confiere el artículo 226 TCE.

* Becaria PDI del Departamento Anton Menger.

¹ Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. La sentencia objeto de estudio se pronuncia acerca de la versión consolidada tras la publicación del Reglamento (CE) núm. 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO L 392). En adelante, Reglamento 1408/71.

RESUMEN: De acuerdo con el parecer de la Comisión, España habría incumplido las obligaciones asumidas a través del artículo 49 TCE: denegación a los beneficiarios de su Sistema Nacional de Salud de los gastos médicos en los que éstos incurrieron en otro Estado Miembro, con ocasión de la asistencia hospitalaria recibida en base al artículo 22.1.a).i) del Reglamento 1408/71.

La cuestión, compleja y dada a las más variadas interpretaciones, se ha venido rigiendo durante más de dos décadas por los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972². Los cuales han sido objeto de numerosísimas modificaciones con el fin de adaptar sus disposiciones a los cambios producidos en los distintos ordenamientos, tanto comunitario como nacionales, así como al propósito de positivizar la doctrina emanada del TJCE. Los mayores esfuerzos se han producido a partir del 2002, momento en el que se comenzó a trabajar en la sustitución, de los tradicionales formularios para la aplicación de los mencionados Reglamentos, por la tarjeta sanitaria europea³.

En el presente caso, la Comisión interpreta que la denegación del reembolso de los mencionados gastos sanitarios supone un obstáculo a la libre prestación de servicios por cuanto condiciona el inicio/mantenimiento de la estancia de los ciudadanos de la Unión en territorio comunitario. Por su parte, el Reino de España, amparado en unos principios que han sido elaborados de forma puramente jurisprudencial y, por extensión, casuística, mantiene su observancia de la norma comunitaria de acuerdo con la disparidad apreciable entre éstos y aquellos hechos. No obstante, las argumentaciones de España dejan entrever la inquietud que le genera la situación, ya que recuerda las consideraciones debidas al equilibrio financiero de unos sistemas nacionales que, en última instancia, se enmarcan en los límites que exclusivamente determinan los respectivos Estados Miembros. Desde estas posturas encontradas, el TJCE dará un paso más en su construcción “reembolsística”, generando nuevas inseguridades en su intento por conservar el difícil equilibrio entre las libertades comunitarias y la soberanía de los Estados Miembro en materia no armonizada.

² Reglamento (CEE) núm. 574/72, del Consejo de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad. (DO n° L 74 de 27/3/1972).

³ Decisión tomada por en el Consejo Europeo de Barcelona, celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002. El último paso en este sentido lo representa la Decisión núm. S2, de 12 de junio de 2009, relativa a las características técnicas de la tarjeta sanitaria europea (DO n° C 106 de 24/4/2010).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. APRECIACIONES PREVIAS EN TORNO AL ARTÍCULO 22 DEL REGLAMENTO 1408/71
3. POSTURAS GENERADORAS DE LITIGIO
 - 3.1. Interpretación de la Comisión
 - 3.2. Interpretación del Reino de España
4. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
5. PRESENTE Y FUTURO DE LA PRESTACIÓN SANITARIA TRANSFRONTERIZA

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, habría resultado imposible la construcción de un mercado único sin la consagración de las ya, más que elaboradas, cuatro libertades. De todas ellas, es la libertad de circulación la que se encuentra más ligada a la Seguridad Social. Y ello es así porque, sólo cuando los trabajadores gozan de un absoluto convencimiento en el respeto a los derechos adquiridos/reconocidos en esta materia, con independencia de su desplazamiento por el territorio comunitario, se podrá hablar de una plena realización de la misma. Ello implica el objetivo de que cualquier ciudadano de la Unión disfrute de los mismos derechos, sometidos a los mismos límites y condiciones, que los nacionales del Estado Miembro de residencia. Ahora bien, en ese conjunto de derechos, los referentes a la Seguridad Social, presentan un problema añadido: la falta de comunitarización de la materia.

Entre los derechos que dotan de contenido a la libertad de circulación, podemos mencionar, a los efectos que nos interesan, el de disfrutar la misma retribución y demás condiciones laborales, amén de las mismas ventajas sociales, que los ciudadanos del Estado Miembro de acogida. Por todos es sabido que la Seguridad Social de los trabajadores comunitarios se rige por los principios de unicidad normativa, conservación de los derechos adquiridos o en fase de adquisición (de acuerdo con las reglas de totalización de períodos cotizados y prorrateo de prestaciones), igualdad de tratamiento y no discriminación por razón de nacionalidad, prohibición de acumulación de prestaciones y exportación de las prestaciones, condiciones y límites. Este último principio de exportación supone superar las demarcaciones geográficas; es decir, en virtud del mismo, se torna innecesaria la permanencia en el Estado deudor de la prestación. Ahora bien, como principal excepción al mismo, se ha configurado la asistencia sanitaria⁴; de este modo, el desplazamiento a otro Estado Miembro sólo podría producirse mediante autorización del Estado Miembro donde se proporcione la asistencia. La razón de este sometimiento en exclusiva a la legislación del Estado Miembro de afiliación: el carácter no contributivo de la asistencia sanitaria⁵.

⁴ Concepto que, a su vez, conlleva problemas de demarcación en cuanto a prestaciones que tienden a confundirse con el mismo dada la complementariedad que se entabla entre ellas.

⁵ Cruz Villalón, J./ Pérez Del Río, T. (coords.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 64.

2. APRECIACIONES PREVIAS EN TORNO AL ARTÍCULO 22 DEL REGLAMENTO 1408/71

El Derecho Comunitario parte de un nacimiento y una naturaleza sui generis: se origina a partir de una construcción meramente política que, al carecer de una organización social previa, resulta por demás artificial. Esta idea, alejada de cualquier afán federalista y carente, al menos en principio, de cualquier identificación por parte de la población, ha consagrado la resistencia soberanista de los Estados Miembros. Ello se traduce a día de hoy en la coexistencia de los ordenamientos nacionales con el comunitario y la de tantos otros órganos jurisdiccionales. Esta situación, suavizada en las materias cuya competencia ha sido asumida por las instituciones comunitarias o compartida con ellas, se ha perpetuado en el campo de la Seguridad Social. Como máximo, se ha optado por una técnica de coordinación, siendo su consecuencia la convivencia de diferentes ordenamientos y sistemas de Seguridad Social, caracterizados por su diversidad, en un espacio geográfico cada vez más amplio. En ninguna de las ampliaciones o profundizaciones comunitarias los Estados Miembros han dado muestras de optar por la eliminación de los Derechos internos en Seguridad Social. No obstante, ello no implica renunciar a una plena libertad de circulación y de servicios, recurriéndose, pues, a una “aproximación” de esos diferentes ordenamientos nacionales.

La Seguridad Social se ha configurado desde el comienzo de la construcción europea como uno de las materias más reticentes a la actuación comunitaria. Pese a no cuestionarse en ningún momento la responsabilidad de los Estados Miembros en la financiación y organización de sus respectivos sistemas nacionales, la misma se ha de ejercer en el marco fijado por los objetivos y coordinación comunitarios. Entre ellos, evidentemente, se sitúan las libertades de circulación y libre prestación de servicios. Por otra parte, no podemos olvidar las diferencias económicas existentes entre los servicios que proporcionan los sistemas nacionales y aquellos otros que entran dentro de la libre prestación de servicios. En consecuencia, es evidente que la asistencia sanitaria pública habrá de ser, por definición, compleja e imperfecta⁶.

Ahora bien, y aún cuando nos movamos en ámbitos de coordinación o de la más pura regulación nacional, el aumento de circulación intra-comunitaria entre ciudadanos de la Unión ha conducido a los Estados Miembros a la búsqueda de conceptos convergentes. Es obvio que en ninguna materia como en ésta, los Estados Miembros han de hacer gala del consabido principio de solidaridad, sin embargo, y de forma lógica, dicha solidaria no puede desembocar

⁶ Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores, *Resultados del Proceso de reflexión de Alto Nivel sobre la Movilidad de los Pacientes y la Evolución de la Asistencia Sanitaria en la Unión Europea*, HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003, p.10.

para los Estados receptores de dicha circulación en un incremento insostenible de la carga financiera. A pesar de todo, y en aras de la verdad, también se aprecian esfuerzos en torno al principio de universalidad: pensemos, pues, en el ámbito de aplicación subjetiva para esta normativa comunitaria, el cual es resultado de sucesivas ampliaciones⁷.

La normativa comunitaria en Seguridad Social respondía, en primer término, a los principios de territorialidad⁸ y carácter contributivo⁹ de las prestaciones, reparando, sólo de forma subsidiaria, en la situación social en la que se ha-

⁷ La ampliación más destacable en este sentido la representa el Reglamento (CE) N° 833/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social que, llamado a la sustitución del Reglamento 1408/71 (artículo 90, con excepciones), muestra un ámbito de aplicación subjetivo mucho más amplio (artículo 2).

⁸ Resaltado por la jurisprudencia en pronunciamientos como los contenidos por la STJCE de 11 de junio de 1998, asunto Anne Kuusijärvi contra Riksförsäkringsverket, C-275/96, cuyos apartados 29-34, recogen el siguiente razonamiento: el objetivo del Reglamento 1408/71 “no es determinar los requisitos para que exista el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social o a otra rama de dicho régimen. Como ha indicado el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar estos requisitos, incluidos los relativos al cese de tal afiliación (véanse, en este sentido, las Sentencias *Kits van Heijningen*, antes citada, apartado 19, y de 21 de febrero de 1991, *Daalmeijer*, C-245/88, Rec. pg. I-555, apartado 15). [...] Es cierto que, al fijar los requisitos de la existencia del derecho a afiliarse a un régimen de Seguridad Social, los Estados miembros están obligados a respetar las disposiciones de Derecho comunitario vigentes y, en particular, estos requisitos no pueden dar lugar a que la legislación de que se trata no se aplique a las personas a las que debe aplicarse la misma legislación, con arreglo al Reglamento núm. 1408/71 (Sentencia *Kits van Heijningen*, antes citada, apartado 20) [...] a una persona que haya cesado de ejercer toda actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que, en consecuencia no cumpla ya los requisitos de la letra a) del apartado 2 del artículo 13 [pues el Estado Miembro en cuestión exigiría la permanencia en el mismo para mantener la afiliación] y que tampoco cumpla los requisitos de ninguna otra disposición del Reglamento núm. 1408/71, para hallarse comprendida dentro del ámbito de aplicación de la legislación de un Estado miembro, le es de aplicación en virtud de la letra f) del apartado 2 del artículo 13 y con arreglo a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, bien la legislación del Estado en el cual haya ejercido previamente una actividad por cuenta ajena, cuando siga teniendo en él su residencia, o bien la del Estado al que, en su caso, haya trasladado su residencia”.

⁹ Esta conexión entre territorialidad y carácter contributivo se pone de manifiesto en el art. 10 bis del Reglamento 1408/71, donde se permite exceptuar de su ámbito de aplicación determinadas prestaciones especiales no contributivas para así someterlas por completo a la condición de residente. Véase, entre otras, la STCE de 16 de enero de 2007, asunto Pérez Naranjo contra Picardie, C-265/05, cuyo apartado 61 remitía a los tribunales nacionales la calificación definitiva, como contributiva o no, de la prestación litigiosa: “El examen del modo de financiación del subsidio complementario sobre la base de los elementos de los autos presentados ante el Tribunal de Justicia muestra que no existe una relación suficientemente identificable entre la contribución social generalizada y la prestación de que se trata, lo que lleva a la conclusión de que el subsidio complementario tiene carácter no contributivo. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar la exactitud de los elementos enunciados en los apartados 48 a 52 de la presente sentencia para establecer de modo concluyente el carácter contributivo o no contributivo de dicha prestación”.

llaba inmerso el ciudadano¹⁰. A partir de la década de los 80 y 90, las legislaciones internas, en plena expansión del Estado Social, optaron por dar entrada a nuevas prestaciones, algunas de carácter no contributivo. La respuesta del ordenamiento comunitario pivotó entre su inclusión en el campo de la normativa comunitaria, la asimilación por parte del TJCE a las ya contempladas o su total exclusión¹¹.

En el caso de la asistencia sanitaria, de la mera previsión de una autorización en el artículo 22 del Reglamento 1408/71, podemos extraer que el alcance de la asistencia sanitaria comunitaria estará circunscrito por la afiliación al sistema de Seguridad Social del Estado Miembro de residencia y por la regulación nacional que configure el mismo¹². En consecuencia, es evidente que no se consagra un derecho de los pacientes a elegir, en el marco de los sistemas nacionales, la prestación (más allá de las previstas y cubiertas) ni la institución europea en la que desean recibir asistencia sanitaria. Por esta razón, los Estados Miembros han conservado la facultad de supeditar el “desplazamiento sanitario” a la concesión de autorización administrativa. El TJCE no ha considerado esta supeditación a la atención hospitalaria como un obstáculo a la libre prestación de servicios, ya que la completa eliminación de la misma atendería a la planificación sanitaria de los Estados Miembros: desequilibrio financiero para unos y pérdida de recursos para otros¹³. No obstante, ello no implica aquiescencia para la expansión de tal práctica administrativa. Por tanto, los Estados Miembros se ven obligados a conceder tal autorización cuando la prestación en cuestión se halle prevista por la legislación del Estado Miembro de residencia y, dados el estado de salud y su evolución probable, el paciente no pueda esperar el tiempo normal en el que obtendría tratamiento en dicho Estado.

Aunque no se puede cuestionar que los Estados han apostado por configurar unos sistemas basados en los principios de universalidad, solidaridad e igualdad, es cierto que los impulsos más recientes en este sentido han sido dados por la jurisprudencia comunitaria a través de sentencias como las recaídas en los casos Kohll, Decker, Smits-Peerbooms, Vanbraekel o Müller-Fauré/van Riet. En virtud de esos pronunciamientos que se vienen sucediendo desde

¹⁰ Cruz Villalón, J./ Pérez Del Río, T. (coords.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, págs. 58 y 59.

¹¹ García De Cortázar y Nebreda, C., *La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros*, Estados, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Derecho Social Internacional y Comunitario, núm. 42, 2003, p. 73.

¹² Cristóbal Roncero, R., *Alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea*, Aranzadi Social, núm. 9/2000, paraf. 35 (Presentación), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2000, www.westlaw.es, págs. 5 y 6.

¹³ Monereo Pérez, J.L., *La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria*, Aranzadi Social num. 5/2010 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, www.westlaw.es, págs. 22 y 23.

1998, el TJCE ha reconocido el derecho de los pacientes al reembolso de gastos producidos en relación a la asistencia sanitaria recibida en otros Estados Miembros. La inseguridad que ocasiona la simple apreciación por los órganos jurisdiccionales, ha llevado a aconsejar su fijación y generalización.

Es decir, la idea principal desde la que se ha de abordar la cuestión del reembolso es la siguiente. Las libertades comunitarias han originado flujos de ciudadanos que, en el marco de los avances sociales que pretende promover la Unión Europea, han de gozar de una asistencia sanitaria acorde con las previsiones que cada Estado Miembro haya previsto para sus propios afiliados. No obstante, y aún más en épocas de crisis y recortes presupuestarios como la actual, el consentimiento de los Estados Miembros a estas “aproximaciones” solidarias y universalistas se subordina al más estricto equilibrio financiero. Por tanto, las instituciones comunitarias no pueden dar pasos en falso: sus construcciones, incluso las jurisprudenciales, deben ponderar estas sensibilidades y los objetivos marcados. Se trata de la búsqueda de un difícil equilibrio que, según mi parecer, derivan en esta casuística e inseguridades.

3. POSTURAS GENERADORAS DE LITIGIO

3.1. Interpretación de la Comisión

Más allá de la asistencia urgente, inmediata y de carácter vital prevista por el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006¹⁴, la normativa interna española niega a sus afiliados al Sistema Nacional de Salud el reembolso de los gastos ocasionados cuando el nivel de cobertura aplicable al Estado Miembro de estancia, donde recibe asistencia de acuerdo con el artículo 22.1.a).i) del Reglamento 1408/71, es inferior al aplicable en España. Bajo esta premisa, la Comisión comprende que tal denegación constituye una infracción a la libertad de prestación de servicios consagrada en el artículo 49 TCE.

Si bien es cierto que la libertad comunitaria más estrechamente relacionada con las cuestiones de Seguridad Social es la de circulación de personas (hasta el extremo de llegarse a hablar de “libre circulación de pacientes”), el TJCE ha manifestado desde 1998, como reiterada jurisprudencia propia, que *“las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios”*¹⁵. En consecuencia, dicha doctrina entiende que

¹⁴ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

¹⁵ Por todos los pronunciamientos, véase el apartado 86 de la STJCE de 16 de mayo de 2006, asunto *The Queen and otros contra Bedford Primary Care Trust and otros*, C-372/04.

condicionar el reembolso de los costes a pacientes en el extranjero, mediante el requisito de la autorización previa, constituye también un obstáculo a la libre prestación de servicios, aún cuando dicho condicionamiento se sustente en razones de interés general.

En definitiva, la Comisión entendió que España hacía caso omiso de los derechos reconocidos por la jurisprudencia comunitaria sobre reembolso de los gastos ocasionados por la recepción de asistencia sanitaria en otro Estado Miembro¹⁶. En términos generales, dicha jurisprudencia vendría a establecer los siguientes principios¹⁷:

- Todo ciudadano puede buscar asistencia no hospitalaria en Estado Miembro distinto del de residencia sin necesidad de contar autorización para ello. Se le reembolsarán los gastos ocasionados de acuerdo con los niveles determinados en su propio sistema nacional.
- En el caso de asistencia hospitalaria, requerirá la oportuna autorización, la cual habrá de otorgársele siempre que su régimen nacional de residencia no pueda prestarle asistencia en el plazo médicamente aceptable. Se le reembolsarán los gastos ocasionados, como mínimo, de acuerdo con los niveles determinados en su propio sistema nacional.

No obstante, la Comisión no circunscribe sus temores a la prestación de servicios médicos, pues entiende que, las reticencias que pudiera provocar en la población la necesidad de afrontar a su propio cargo los costes derivados de una asistencia sanitaria como la presente, repercutiría en otros sectores como el educativo o turístico. No sólo se trataría, pues, de no iniciar estancias en el territorio de la Unión (afectación a los servicios en general), sino también de poner fin a las mismas de forma abrupta en los supuestos en los que el nivel de cobertura dispensado por el Estado Miembro de estancia fuese inferior al ofrecido por España (afectación al llamado Mercado Comunitario de la Asistencia Sanitaria).

En cuanto al alegado riesgo de quebrantar el equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud español, la Comisión mantiene que es, por demás, infundado pues el coste que ocasionaría el tratamiento hospitalario dispensado por otro Estado Miembro nunca podría superar el coste de un tratamiento equivalente en España.

3.2. Interpretación del Reino de España

España, con el apoyo de los Reinos de Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, defiende la práctica admi-

¹⁶ Comunicación de la Comisión de 8 de octubre de 2009. IP/09/1474.

¹⁷ Magníficamente resumidos, junto a la problemática y necesidades existentes, en: Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: *Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud*, SEC (2006) 1195/4, Bruselas, 26/09/2006, págs. 5 y 6.

nistrativa nacional dado que, la propia concesión del formulario E111, implica el cumplimiento del Reglamento 1408/71.

Partiendo de esta premisa, entiende que la denegación del reembolso del mencionado ticket no supone, per se, un incumplimiento del Derecho derivado. En su defensa, alude a los apartados 36 y 37 de la Sentencia Vanbraekel¹⁸ y otros: puesto que el artículo 22 del Reglamento 1408/71 no establece la regulación de los gastos producidos con motivo de la prestación de asistencia sanitaria en un Estado miembro distinto del Estado de afiliación, no se le impide ni exige su reembolso sobre la base de la legislación nacional¹⁹.

En segundo lugar, pretende frenar los intentos generalizadores de la Comisión para con el reembolso discutido aludiendo a la carga financiera que ello supondría para los Estados Miembros. Por consiguiente, la postura de estos Estados Miembros descansa en las consideraciones soberanistas (más allá de los formularios de aplicación de los Reglamentos no se hallarían constreñidos al reconocimiento de reembolsos) y prevencionistas (miedo a un aumento desmesurado de la carga financiera).

4. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El razonamiento del TJCE comienza recordando que, el hecho de que una norma interna sea acorde con el Reglamento 1408/71, no la excluye del cumplimiento del Derecho originario, es decir, del artículo 49 TCE. Expresado desde otra perspectiva, esta premisa no sería sino una formulación del principio pro comunitate, según el cual, "*estas disposiciones deben interpretarse a la luz de su objetivo, que es el de contribuir, principalmente en materia de Seguridad Social, al establecimiento de la mayor libertad posible de circulación de los trabajadores migrantes, principio incluido dentro de los fundamentos de la Comunidad*"²⁰. De cualquier forma, el TJCE mantiene una vez más que, la falta de armonización, no puede si no desembocar en una reafirmación de la

¹⁸ STJCE de 12 de julio de 2001, asunto Abdon Vanbraekel y otros contra Alliancenaionale des mutualités chrétiennes (ANMC), C-368/98.

¹⁹ Esta construcción no deja de ser partidista por cuanto los mencionados apartados del caso Vanbraekel y otros únicamente pretendían resaltar la neutralidad del artículo 22 del Reglamento 1408/71 en cuanto a la previsión nacional de un reembolso complementario de acuerdo con las tarifas del Estado Miembro de afiliación. En ningún momento, era intención del TJCE, tal como fuerza la interpretación española, subordinar todo reembolso a su previsión por la legislación nacional del Estado Miembro de afiliación. Apartado 56 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi en el caso Comisión Europea contra Reino de España, C- 211/08, presentadas el 25 de febrero de 2010.

²⁰ Apartado 16 de la STJCE de 7 de marzo de 1990, asunto Maria Masgio contra Bundesknappschaft, 10/90.

absoluta competencia de los Estados Miembros para establecer los requisitos que determinan el nacimiento del derecho a la prestación.

Haciendo eco de su propia jurisprudencia, el TJCE señala que se considera obstáculo a la libre prestación de servicios el hecho de que un Derecho interno no garantice a su beneficiario, autorizado de acuerdo con el artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71, un nivel de cobertura tan ventajoso como el que habría recibido si hubiera sido hospitalizado en el Estado Miembro de afiliación (caso Vanbraekel), entendiéndose por tal, en un sistema gratuito, el coste en éste Estado de un tratamiento equivalente (caso Watts).

Por otra parte, reconoce que determinó la procedencia del conocido como “complemento Vanbraekel”²¹ en la medida en que no supone una carga adi-

²¹ Las conclusiones finales de la referida STJCE de 12 de julio de 2001, caso Vanbraekel, establecieron que: “1) El artículo 22, apartado 1, letra c) e inciso i), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, 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.

Quando 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 ésta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio.

Dado que no pretende regular un eventual reembolso conforme a las tarifas vigentes en el Estado miembro de afiliación, el artículo 22 de dicho Reglamento no tiene por efecto impedir ni exigir a dicho Estado el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia entre el régimen de intervención previsto por la legislación de dicho Estado y el aplicado por el Estado miembro de estancia, cuando el primero sea más favorable que el segundo y cuando tal reembolso esté previsto por la legislación del Estado miembro de afiliación.

El artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia.

2) El artículo 36 del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 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”.

cional para los sistemas nacionales en comparación con la asunción plena del tratamiento. No obstante, subraya la diferencia entre los supuestos de hecho: el mencionado reconocimiento se produjo en el marco de una asistencia hospitalaria programada (artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71), mientras que los sucesos que dirigen el presente razonamiento, se enmarcan dentro de la asistencia hospitalaria no programada (artículo 22.1.a) de dicho Reglamento). En el primer caso, la conjunción de los artículos 22.2 y 36 del Reglamento 1408/71, es decir, la indisponibilidad del Estado de residencia para prestar la asistencia debida, aboca a dicho Estado Miembro a garantizar la recepción del mismo tratamiento u otro de la misma eficacia en un plazo aceptable en términos médicos. Por tanto, debe garantizar el mismo nivel de cobertura que aquél que disfrutaría el paciente de poder prestarse en su Estado de afiliación, so pena, más allá del Reglamento, de incurrir en vulneración de la libre prestación de servicios. Por el contrario, en los casos en los que la estancia en otro Estado Miembro no responde a las necesidades generadas en el marco de una asistencia programada, el TJCE considera que no se podría mantener la neutralidad de los servicios sanitarios dadas las diferencias entre Estados Miembros y los resultados des/ventajosos de la hospitalización para el paciente según casuística.

Por otra parte, el TJCE atribuye un carácter en exceso aleatorio a las circunstancias que han de concurrir para que la ausencia de reembolso en la asistencia programada constituya una restricción a la libre prestación de servicios. Además, entendemos que en un esfuerzo por no proporcionar armas a la resistencia de los Estados Miembros, no llega a dar una respuesta definitiva en cuanto al pretendido desequilibrio financiero.

Es cierto que este pronunciamiento representa un alivio para el sistema español en cuanto a cargas financieras y administrativas. Sin embargo, no compartimos plenamente la idea de que este razonamiento judicial signifique tan alta desventaja para quienes confían en un auto-representado amparado por la tarjeta sanitaria²². A nuestro entender, éste sería un debate en torno al nivel de información de que disponen los ciudadanos comunitarios, no acerca de protección básica de los mismos. De cualquier forma, este nuevo paso de la construcción jurisprudencial viene a complicar más la situación; aunque su intención sea procurar el bienestar de los ciudadanos sin disipar las buenas voluntades de los Estados Miembros, genera nuevos aspectos para la aplicación de los reembolsos sin adentrarse a fondo en las cuestiones de deslinde que subyacen en el mismo (asistencia no/programada, por ejemplo).

²² Carrascosa Bermejo, D., *Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el «complemento diferencial Vanbraekel»? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 15-6-2010 Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08, TJCE 2010/175*, Aranzadi Social, núm. 39/2010, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, www.westlaw.es, p.11.

5. PRESENTE Y FUTURO DE LA PRESTACIÓN SANITARIA TRANSFRONTERIZA

Al comienzo de este comentario advertíamos que la consideración en torno a la situación social por la que atravesaba el paciente comunitario era una cuestión menor en relación al principio de territorialidad y al carácter contributivo de las prestaciones. Hoy podemos decir que dicha subordinación muestra cierta tendencia a la ponderación. Es cierto que el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea somete el derecho a la prevención y atención sanitaria a los términos establecidos por las legislaciones y prácticas nacionales; sin embargo, las iniciativas acometidas por las instituciones hablan de una mayor preocupación por la eficacia y calidad de la asistencia sanitaria.

Las disputas producidas entorno al reembolso por gastos ocasionados en materia de asistencia sanitaria, han aconsejado actuaciones para respaldar las pretendidas mejoras en salud pública y dar una mayor cabida a las consideraciones sociales en el sector sanitario²³. De hecho, aunque la llamada “asistencia transfronteriza” es uno de los objetivos sobre los que trabajan las instituciones europeas, se reconoce que el reembolso es una de las mayores dificultades a las que se enfrentan. Quizás por ello se ha llegado a un fórmula de compromiso: explícitamente se consagra el mantenimiento de las facultades nacionales para determinar la legislación aplicable a cada caso concreto pero se acuerda mostrar la suficiente claridad en cuanto a los supuestos de reembolso, así como garantizar una atención de calidad, segura y eficaz²⁴.

En su última versión, las instituciones comunitarias optaron por excluir los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la llamada Directiva Bolkstein²⁵ (muestra de fidelidad al imperativo de no mercantilización de estos

²³ Finalidad que se podría alcanzar mediante la modificación del Derecho originario, la adecuación del Derecho derivado, la promoción de los mecanismos de cooperación, la evaluación del impacto en la sanidad de las decisiones en proceso de adopción o el aumento de las medidas bilaterales entre Estados Miembros. Se precisa que las eventuales medidas en la normativa de coordinación, las oportunas aclaraciones o el diseño de la libre circulación de pacientes precisan de mayor discusión. Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores, *Resultados del Proceso de reflexión de Alto Nivel sobre la Movilidad de los Pacientes y la Evolución de la Asistencia Sanitaria en la Unión Europea*, HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003, págs. 11 y 12.

²⁴ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: “*Marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*”, SEC (2008) 2183, Bruselas, 2 de julio de 2008, p. 2.

²⁵ Exclusión del artículo 2.2.f) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO nº L 376 de 27/12/2006), que según el Considerando 22 de la misma, “*debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio*”.

servicios en razón de su especial naturaleza). A cambio de esta omisión, solicitaron de la Comisión la preparación de un instrumento dedicado en exclusiva a la asistencia sanitaria transfronteriza. Se anuncia, pues, la creación de una Directiva versada únicamente en ésta, la cual habría de basarse en los siguientes principios²⁶:

- *“Cualquier ciudadano tiene derecho a recibir en otro Estado miembro, sin autorización previa, la asistencia sanitaria no hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, y al reembolso de los gastos correspondientes en la cuantía prevista en su propio régimen”.*
- *“Tiene también derecho a recibir en otro Estado miembro la atención hospitalaria a la que tenga derecho en el suyo propio”.* Los costes generados serán reembolsados por el Estado de afiliación, como mínimo, en la cuantía que le habría supuesto a él prestar por sí la misma o similar asistencia. No obstante, dicho reembolso se podría someter a autorización previa si el Estado Miembro en cuestión demuestra que el flujo de pacientes pone en peligro, real o potencial, su sistema hospitalario.

La Directiva propuesta sigue circunscribiendo tal reembolso a las prestaciones que define la legislación nacional del Estado Miembro de residencia; no crea ningún nuevo derecho. Sin embargo, sí establecería un “mecanismo alternativo” basado en la libre circulación y en la doctrina jurisprudencial: se procuraría a los pacientes, en otro Estado Miembro, *“cualquier atención sanitaria que se les habría prestado en su país y ser[ían] reembolsados por un importe máximo equivalente al que habrían percibido de haber recibido allí ese tratamiento, aunque asuman el riesgo financiero de todo gasto adicional que pueda derivarse del mismo”*²⁷.

Aunque podamos subrayar el peligro que implican para la balanza financiera de un Estado Miembro²⁸, los avances en la libre circulación de pacientes

²⁶ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: *“Marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza”*, SEC (2008) 2183, Bruselas, 2 de julio de 2008, p. 5.

²⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, Bruselas, 2 de 7 de 2008, 2008/0142 (COD), p. 5.

²⁸ Council of the European Union, *Council adopts its position on patient's rights in cross-border healthcare*, Brussels, 13 September 2010, 13535/10, PRESSE 239, p.2: *“in case of overriding reasons of general interest (such as the risk of seriously undermining the financial balance of a social security system) a member state of affiliation may limit the application of the rules on reimbursement for cross-border healthcare; member states may manage the outgoing flows of patients also by asking a prior authorisation for certain healthcare (those which involve overnight hospital accommodation, require a highly specialised and cost-intensive medical infrastructure or which raise concerns with regard to the quality or safety of the care) or via the application of the “gate-keeping principle”, for example by the attending physician”.*

puede abordarse también como oportunidad, como un acicate de todos los Estados Miembros de cara a la mejora continua de las prestaciones sanitarias que se ofrecen a través de sus sistemas nacionales: la generalización de este recurso puede convertir dicho perfeccionamiento en más rentable que la financiación de la asistencia sanitaria en otros Estados Miembros²⁹. Sea como fuere, se debe valorar en su justa medida el esfuerzo en pro de la seguridad jurídica, la cual, por sí misma, puede reducir los costes³⁰.

En consecuencia, las diferentes fórmulas de sanidad transfronteriza (prestación transfronteriza de servicios, utilización de servicios en el extranjero, presencia permanente de un proveedor de servicios de salud y presencia temporal de personas), no deben ser observadas desde el recelo económico. Además del previsto aumento en la necesidad de prestaciones, derivado del envejecimiento de la población europea, debemos tomar en consideraciones las aspiraciones de efectividad y eficiencia (residentes de las fronteras que encuentran el centro hospitalario más cercano en el Estado Miembro vecino u optimización de los recursos técnicos necesarios para centros localizados en radios de escasa población)³¹. Por tanto, los principios humanistas de universalidad, igualdad y solidaridad no han de verse necesariamente contrapuestos con la máxima de sostenibilidad.

Y es que la práctica ha demostrado que la libre circulación de pacientes no es la única opción; la cooperación actual ha resaltado las potencialidades de las redes de centro de transferencia, de la comunicación de conocimientos, de la fluida circulación de prestatarios y de la e-Health. Dada las repercusiones que podrían desencadenarse para los sistemas nacionales, se aboga, entre otros puntos, por desarrollar redes de contactos entre proyectos para difundir las mejores prácticas, por el establecimiento de un marco en el que organismos competentes de cada Estado Miembro puedan celebrar acuerdos en la materia, y por el empuje a la movilidad de los profesionales del sector. En definitiva, consideramos que los esfuerzos comunitarios parecen dirigirse hacia la apertura de nuevas vías de “cooperación” que, al tiempo de redundar en una prestación mayor y mejor para los ciudadanos, tenga un reducido impacto, en térmi-

²⁹ Cristóbal Roncero, R., *Alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea*, Aranzadi Social paraf. 35 (Presentación), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2000, p. 6.

³⁰ Comisión of the European Communities, *Commission staff working document: Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare – Impact assessment*, Brussels, 2 de 7 de 2008, SEC(2008) 2163, págs. 33 y ss.

³¹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: *Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud*, SEC (2006) 1195/4, Bruselas, 26 de 09 de 2006, p. 7.

nos comparativos, para la balanza financiera de los Estados Miembros³². Una mejor cooperación en el ámbito de la sanidad y la asistencia médica permitirá que se responda mejor a las expectativas de nuestros ciudadanos, al tiempo que proporcionará a los pacientes un mejor acceso a la asistencia y una gama más amplia de prestadores. También facilitará la libertad de movimientos de los ciudadanos para viajar, estudiar, trabajar o vivir en otra parte. En definitiva, mientras el reembolso continúa siendo caballo de batalla, la realidad muestra que no es la única ni más importante opción.

³² Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores, *Resultados del Proceso de reflexión de Alto Nivel sobre la Movilidad de los Pacientes y la Evolución de la Asistencia Sanitaria en la Unión Europea*, HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003, p. 5.