

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS ENFERMOS EN LA UNIÓN EUROPEA: DEL TURISMO SANITARIO AL REINTEGRO DE GASTOS

Joaquín Huelin Martínez de Velasco
Magistrado del Tribunal Supremo Antiguo letrado del
Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I.- INTRODUCCIÓN

El título de mi intervención encierra, de forma consciente, una paradoja, pues las dos proposiciones que lo integran no dejan de ser contradictorias.

La idea del «turismo sanitario» alude a un exceso, a lo que los juristas denominamos un «abuso de derecho», esto es, la utilización con fines espurios de una facultad legítima otorgada por el ordenamiento jurídico, más allá de los límites para los que fue conferida.

Por el contrario, «la libre circulación de los pacientes en la Unión Europea» constituye, en sí misma, un derecho subjetivo de los ciudadanos de la Unión, que los poderes públicos están obligados a respetar y satisfacer. En otras palabras, los Estados miembros no sólo han de adoptar una postura abstencionista, evitando obstaculizar su ejercicio, sino que también están comprometidos a desenvolver la actividad positiva precisa para su realización.

Téngase en cuenta, además, que ese derecho es manifestación de uno de los cimientos sobre los

que se sustenta el proceso de construcción de una Europa unida en el Viejo Continente: las libertades de circulación de personas y servicios (artículos 45, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –en lo sucesivo, «TFUE»–).¹

Si a lo anterior se añade que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea² ha consagrado el derecho de toda persona que resida y se desplace legalmente en el territorio de la Unión a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y las prácticas nacionales (artículo 34.2), cuyo respeto no sólo vincula, en virtud del artículo 51.1 de la misma, a las instituciones de la Unión sino también a la de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, fácilmente se comprende la relevancia que alcanza la delimitación de esta garantía individual y, por consiguiente, la fijación de sus límites y condiciones de ejercicio.

¹ Versión consolidada publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea (en lo sucesivo, «DOUE»), serie C, nº 83, de 30 de marzo de 2010, p. 47.

² DOUE, serie C, nº 83, de 30 de marzo de 2010, p. 389.

II.- EL SR. ACEREDA HERRERA.

Las anteriores reflexiones arrojan luz sobre las vicisitudes del Sr. Acereda Herrera, ciudadano cántabro, afiliado a la seguridad social como trabajador autónomo.

En julio de 2002 fue ingresado con carácter urgente en un centro hospitalario de esta Comunidad Autónoma, donde se le diagnosticó una enfermedad grave, siendo sometido al correspondiente tratamiento. Al considerar que dicho tratamiento resultaba insuficiente, solicitó su traslado a un hospital francés.

El 17 de enero de 2003 obtuvo la autorización, cuyo periodo de vigencia fue de un año, asumiendo el Servicio Cántabro de Salud (en lo sucesivo, «SCS») el coste del tratamiento hospitalario que se le dispensó en Francia.

En el marco de dicho tratamiento, el Sr. Acereda se desplazó a Francia en diversas ocasiones, acompañado de un familiar dado su delicado estado de salud, por lo que solicitó al SCS el reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención ocasionados por tales desplazamientos, solicitud que fue rechazada.

Ante tal negativa, acudió al juzgado de los social nº 1 de Santander, que, en sentencia de 17 de noviembre de 2003, desestimó su pretensión.

Acto seguido interpuso un recurso de suplicación ante la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que, antes de resolver y por auto de 1 de octubre de 2004, se dirigió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, tras el Tratado de Lisboa, de la Unión Europea) para, en esencia, preguntarle a título prejudicial si los Estados miembros están obligados a abonar a los ciudadanos a los que han reconocido el derecho a desplazarse a otro Estado miembro a fin de recibir una asistencia sanitaria apropiada los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en el territorio del Estado miembro de acogida.

En su sentencia de 15 de junio de 2006, Acereda Herrera (C-466/04), la Sala Primera del Tribunal de Justicia respondió a la Sala Social del Superior de Cantabria de manera matizada, indicándole que no existe para el Estado miembro tal obligación, salvo en lo que se refiere a los gastos de estancia y manutención del beneficiario en el centro hospitalario.

A la vista de criterio interpretativo fijado por el Tribunal de Luxemburgo, la Sala de lo Social en sentencia de 5 de octubre de 2006, dio respuesta a la pretensión del Sr. Acereda en los términos fijados por el Tribunal de Justicia, concluyendo que el derecho comunitario únicamente imponía las autoridades españolas la obligación de abonar aquellas sumas conectadas con la estancia y la manutención hospitalaria, sin perjuicio de que si la legislación interna lo previese pudiera hacerse frente también a otros gastos adicionales. Pero esta última posibilidad ya pertenece a la libertad de configuración de las autoridades internas, sin que, a tal efecto, el derecho comunitario les imponga más restricción que la de no crear obstáculos injustificados a las libertades de circulación que he mencionado.

III.- EL TRATAMIENTO HOSPITALARIO EN OTRO ESTADO MIEMBRO. LA SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2010 (COMISIÓN/ESPAÑA)³

Esta última afirmación está constantemente presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esa jurisprudencia, teniendo en cuenta el artículo 152.5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy artículo 168.7 TFUE), ha subrayado que el derecho comunitario no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social ni, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a organizar y prestar servicios sanitarios y cuidados médicos.⁴

Por consiguiente, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social. Ahora bien, como no podría ser de otra forma, han de respetar el derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación, que implican la prohibición de que establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria.⁵

³ Asunto C-211/08.

⁴ Sentencia de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, ap. 29).

⁵ Sentencias Hartlauer, ap. 29, y Comisión/España, ap. 53,

Con estas premisas, la citada sentencia Comisión/España, de 15 de junio de 2010, ha concluido que nuestra normativa interna no se opone al derecho comunitario pese a que prevé que, cuando un afiliado al sistema de salud español recibe en otro Estado miembro tratamiento hospitalario que resulta necesario debido a la evolución de su salud durante su estancia temporal en ese Estado miembro, el sistema español no cubre esa asistencia salvo en los casos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los medios de nuestro Sistema Nacional de la Salud y que no constituye un uso abusivo o desviado de tal posibilidad. El corolario es que, en tales situaciones, si no concurre la excepción indicada el asegurado tiene que hacer frente al coste del tratamiento recibido en el extranjero que no cubra el sistema sanitario del Estado miembro en el que lo recibió.

La sentencia Comisión/España, dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia, constituye el último hito de una evolución jurisprudencial (a la que también ha contribuido la sentencia *Acereda Herrera*), que matiza los pronunciamientos inicialmente adoptados con la finalidad, precisamente, de poner coto a los excesos de un ejercicio espurio de las libertades de circulación y al llamado «turismo sanitario».

En esta misma senda discurre las conclusiones presentadas por el abogado general Jääskinen el pasado 15 de julio en el caso *Delft y otros* (C-345/09), en las que sostiene la conformidad con el derecho de la Unión de una previsión por la que un Estado miembro deudor de una renta o de una pensión obliga a su titular residente en otro Estado miembro a inscribirse en la institución competente en materia de asistencia sanitaria y practica una retención en concepto de cotización aun cuando también se halle inscrito en la institución del Estado miembro en el que reside.

IV. EL REGLAMENTO (CE) Nº 1408/71 DEL CONSEJO⁶

La afirmación de que la libertad de circulación de los pacientes es una manifestación de la libre circulación de las personas no es una creación ju-

risprudencial, sino una determinación del legislador.

En efecto, el Consejo encuadró el Reglamento 1408/71, que fue parcialmente sustituido por el Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo,⁷ en el marco de la libre circulación de personas, para contribuir a mejorar su nivel de vida y sus condiciones de empleo, entendiéndose que no sólo afectaba a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los que trabajan por cuenta propia, habida cuenta de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (primer y segundo considerandos).

Dos características reúne esta disposición. En primer lugar, en cuanto Reglamento, resulta directamente aplicable en el territorio de la Unión, siendo obligatorio en la totalidad de sus elementos (artículo 288, párrafo 2º, TFUE). Por otro lado, no se trata de una norma armonizadora o de integración de las regulaciones nacionales sobre la materia, sino de mera coordinación, respetando las características propias de las legislaciones nacionales (cuarto considerando).

En suma, su designio consiste en proteger los derechos sociales de las personas que se desplazan en el interior de la Unión Europea y garantizar que sus prestaciones de la seguridad social no se ven afectadas por el hecho mismo de ejercitar su libertad de circulación.⁸

Esta norma distingue entre **(a)** los trabajadores en activo y **(b)** los pensionistas y dentro de ambas categorías discrimina, a su vez, dos tipos de situaciones, según que **(1)** necesiten cuidados médicos durante una estancia en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen o que **(2)** se desplacen a otro Estado miembro para acceder a prestaciones sanitarias programadas.

A los primeros, trabajadores por cuenta ajena o propia, y a sus familiares, se refería el artículo 22, que regulaba en lo que aquí interesa dos supuestos, recogidos en los artículos 19 y 20 del Reglamento de 2004: **(1)** la estancia fuera del Estado competente y **(2)** la necesidad de desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada.

⁷ Reglamento de 29 de abril de 2004 (DOUE, serie L, nº 166, p. 1).

⁸ Sentencia de 23 de abril de 2009, *Rüffler* (C-544/07, ap. 81).

⁶ Reglamento de 14 de junio de 1971 (DOUE, serie L, nº 49, p.2)

Tratándose del primer supuesto, el trabajador que **satisfaga las condiciones** exigidas por la legislación de su Estado de residencia para acceder a las prestaciones de la seguridad social y que **requiera cuidados inmediatos** durante su estancia en el territorio de otro Estado miembro tiene derecho a que la institución del Estado miembro de estancia le suministre, como si fuera uno de sus afiliados, las prestaciones en especie necesarias a cuenta de la institución de su Estado miembro. La norma exige que las prestaciones sean **necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta su naturaleza y la duración prevista de la estancia**. Está aquí presente la idea de la **inmediatez de la necesidad** y el **carácter no programado de la estancia desde el punto de vista sanitario**.

El otro supuesto se refiere a los trabajadores o a sus familiares que, **cumpliendo los mismos requisitos, son autorizados a desplazarse** al territorio de otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada a su dolencia, como si fueran afiliados a la seguridad social del Estado de la estancia y a cargo de la institución competente del de residencia. Tienen, pues, derecho a recibir la asistencia en condiciones tan favorables como las que disfrutaban los pacientes a los que se les aplica la legislación del Estado al que se desplazan.⁹

La exigencia de autorización no es contraria al derecho comunitario originario, habida cuenta de que el Tratado no impide condicionar al cumplimiento de determinados requisitos las facilidades que concede para garantizar la libre circulación de los trabajadores.¹⁰

La autorización no puede denegarse cuando (a) la asistencia figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de residencia ni (b) cuando, por la salud actual del paciente y la evolución probable de la enfermedad, la asistencia no puede serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento en su estado miembro.

Sobre la interpretación de la noción de «plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento», el Tribunal de Justicia ha señalado:

⁹ Sentencias de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros (C-368/98, ap. 32); y Acereda Herrera, ap. 27.

¹⁰ Sentencia de 23 de octubre de 2003, Inizan (C-56/01, aps. 23 y 24).

- No concurre cuando en el Estado de residencia puede obtenerse en tiempo oportuno un tratamiento idéntico o que tenga el mismo grado de eficacia para el paciente. A estos efectos, se han de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo debidamente en cuenta no solamente la situación médica del paciente en el momento de la solicitud de autorización y, en su caso, el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad, sino, además, sus antecedentes.¹¹

- No basta, pues, con que en el otro Estado miembro pueda dispensarse con más rapidez una asistencia médica idéntica o que presente el mismo grado de eficacia. De no entenderse así, se produciría un flujo migratorio de pacientes que pondría en peligro la **planificación y la racionalización de los servicios sanitarios**.¹²

- El Reglamento de 2004 alude, con mayor precisión, a que el tratamiento no pueda ser dispensado en un **plazo justificable desde el punto de vista médico, habida cuenta del estado de salud del paciente en ese momento o de la evolución probable de la enfermedad**.¹³

Sin dejar de contemplar la noción de «plazo razonable» el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de abordar la problemática de las listas de espera, señalando que:

- En ningún caso puede denegarse la autorización de traslado con fundamento exclusivo en la existencia de listas de espera en el Estado miembro de residencia.¹⁴

- En este sentido, para denegar legítimamente la autorización invocando la existencia de un plazo de espera para un tratamiento hospitalario, la institución competente ha de acreditar que dicho plazo **no sobrepasa el aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva de las necesidades clínicas del interesado** que tenga en cuenta todos los parámetros que caracterizan su estado patológico.

¹¹ Sentencias Inizan, aps. 45 y 46; y de 16 de mayo de 2008, Watts (C-372/04, aps. 61 y 61).

¹² Sentencias de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, ap. 166); de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet (C-385/99, ap. 91); y Watts, ap. 71.

¹³ Sentencia Watts, ap. 65.

¹⁴ Sentencias Müller-Fauré y van Riet, C-385/99, ap. 92; y Watts, ap. 63.

co en el momento en que se presente la solicitud o se renueve.¹⁵

- El Tribunal de Justicia reconoce a los Estados miembros competencia para gestionar sus propias listas de espera y la capacidad hospitalaria disponible en su territorio, pero les exige que lo hagan de manera que, en cada caso individual, tomen en consideración las circunstancias que caracterizan la situación médica y las necesidades clínicas del interesado.¹⁶

El paciente que ha obtenido la autorización o que, habiendo recibido una respuesta negativa, obtiene después una declaración de su carácter infundado, tiene derecho, como ha quedado dicho, a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente del Estado de residencia por la del Estado de la estancia. Por consiguiente, el sistema de seguridad social del Estado de residencia queda obligado, aun cuando prevea la gratuidad de la prestación, a reembolsar a la institución del Estado miembro de estancia el importe de las prestaciones que realizó.¹⁷

Lo anterior explica que el Estado miembro de residencia deba reembolsar al paciente autorizado (o que debió serlo) el importe del tratamiento si la prestación no es enteramente gratuita en el Estado miembro que la presta.¹⁸ La suma a reembolsar será la diferencia entre el coste de un tratamiento equivalente en el Estado miembro de residencia y la suma que el Estado miembro de la estancia está obligada a cubrir por cuenta de la institución de la seguridad social del Estado miembro de residencia.¹⁹

Los pensionistas (titulares de pensiones o rentas) y sus familiares, cuando se encuentran en otro Estado miembro tienen derecho, también, a la asistencia sanitaria, pero por diferencia con los trabajadores no se exige que la enfermedad que requirió la asistencia apareciera de forma repentina, haciéndola necesaria de manera inmediata (artículos 31 del Reglamento nº 1408/71 y 27.1 del Reglamento nº 883/2004). Tampoco puede ser sometida a autorización. Esta diferencia de régimen encuentra explicación en la voluntad de favorecer

una movilidad efectiva de los pensionistas, que conforman un grupo social de características específicas: su mayor vulnerabilidad y dependencia en materia de salud y la disponibilidad de tiempo para realizar estancias más frecuentes en otros Estados miembros.²⁰ (*Esta interpretación debe ponerse en cuestión a la luz de la nueva redacción de los artículos 19 y 27.1 del Reglamento nº 883/2004*).

En lo que se refiere a los traslados para recibir tratamientos sanitarios programados, los pensionistas quedan sometidos al mismo régimen que los trabajadores en activo. Para el Tribunal de Justicia, la noción de «trabajador» que utilizan los Reglamentos sobre la materia, tiene un alcance general y cubre a toda persona que, con independencia de que ejerza una actividad profesional, está asegurada en virtud de la legislación de la seguridad social de uno o varios Estados miembros. Por consiguiente, a los pensionistas se les aplica, por el hecho de su afiliación, las disposiciones de los reglamentos relativas a los trabajadores, a no ser que estén sujetos a disposiciones específicas.²¹

Ambas categorías, trabajadores y pensionistas, no sólo tienen derecho a las prestaciones en especie, sino a otras en metálico (artículos 22 y 31 del Reglamento nº 1408/71 y 21 y 29 del Reglamento nº 883/2004).

La noción de «prestaciones en metálico» ha sido objeto de una interpretación autónoma en derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia. Dicho concepto:²²

- Comprende, esencialmente las prestaciones destinadas a compensar una pérdida de ingresos vinculada a una incapacidad laboral y que puede afectar al nivel de vida del interesado y de sus familiares.

- Se ha de tratar de prestaciones de carácter periódico que procuran un ingreso sustitutorio o un apoyo económico destinado a mantener el nivel de vida general del enfermo y de sus eventuales familiares.

²⁰ Sentencia de 28 de febrero de 2003, IKA (C-326/00, aps. 38 y siguientes).

²¹ Sentencia de 31 de mayo de 1979, Pierik II (asunto 182/78, ap. 4).

²² Sentencias Acereda Herrera, aps. 30 a 33; de 5 de marzo de 1998, Molenaar (C-160/96, aps. 34 y 35); y de 8 de julio de 2004, Gaumain-Cerri (asuntos C-502/01 y C-31/02, ap. 27).

¹⁵ Sentencia Watts, ap. 68.

¹⁶ Sentencia Watts, ap. 75.

¹⁷ Sentencia Watts, aps. 125 y 127.

¹⁸ Sentencia Vanbraekel y otros, ap. 34; y Watts, ap.131.

¹⁹ Sentencia Watts, ap. 131.

- No comprende, por tanto, la asunción de gastos ya efectuados.

- Por el contrario, forman parte de la noción el subsidio para cuidados, que se paga periódicamente y que no está supeditado a la realización previa de determinados gastos ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos incurridos, fijándose su cuantía con independencia de los dispendios realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida, disponiendo de la más amplia libertad para la utilización de las cantidades que se le abonan.

- También tienen tal carácter, la asunción del seguro de vejez del tercero que desarrolla actividades de asistencia a domicilio de la persona dependiente.

V.- LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LAS PRESTACIONES SANITARIAS

La disciplina jurídica de la que acabo de dar cuenta, contenida en normas de derecho derivado, no agota la incidencia que sobre los sistemas de seguridad social alcanza el derecho de la Unión.

Una determinada medida nacional puede ajustarse a las normas de derecho derivado, pero ello no comporta que sea conforme con las disposiciones del Tratado.²³

Por ejemplo, sería conforme con la regulación reglamentaria una normativa nacional que excluyera los gastos accesorios en que incurriese un paciente autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él tratamiento hospitalario. Sin embargo, tal previsión podría ser contraria a las disposiciones del Tratado si dicha normativa interna dispusiese que tales gastos quedasen cubiertos cuando el tratamiento fuere dispensado en un centro integrado en el sistema nacional,²⁴ en la medida en que desincentivaría a los trabajadores nacionales a desplazarse a otros Estados miembros para recibir el tratamiento.

En efecto, los artículos 45 y 49 TFUE (antes, artículos 39 y 43 del Tratado CE) consagran las libertades de circulación de trabajadores y de establecimiento de los ciudadanos de un Estado

miembro en el territorio de otro socio de la Unión. Por su parte, el artículo 56 (antiguo artículo 49) prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios.

Estas disposiciones de derecho originario («constitucionales») de la Unión Europea son directamente aplicables y, como todas las previsiones del derecho comunitario («efecto directo»), se imponen a las determinaciones nacionales que las infrinjan, menoscaben o, de cualquier forma, impidan que alcancen plenos efectos («principio de primacía»).

Por consiguiente, los jueces nacionales deben dejar inaplicadas las normas internas, incluso legislativas, que las contradigan.

Pues bien, el Tribunal de Justicia ha afirmado que las prestaciones médicas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre **prestación de servicios**,²⁵ sin que quede fuera de tal ámbito por el hecho de que un paciente pague el tratamiento recibido en el extranjero y después reclame a su institución de la seguridad social el importe que haya pagado.²⁶

Ello es así, porque esta libertad fundamental no sólo implica el derecho del prestador a suministrar sus servicios en el territorio de Estados miembros distintos de aquel en el que se encuentra establecido, sino también la libertad de los eventuales destinatarios ha recibir y disfrutar los servicios ofrecidos por un prestador extranjero.²⁷

Otro tanto cabe decir de las libertades de **circulación de trabajadores** y de **establecimiento**, que operan incluso cuando la estancia en otro Estado miembro responde a motivos distintos de los médicos,²⁸ en particular si el traslado obedece a razones turísticas o a la realización de estudios.²⁹

En principio, toda restricción a tales libertades es contraria al derecho comunitario. De este modo,

²⁵ Sentencias de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* (C-169/90, ap. 18); *Watts*, ap. 86; y de 19 de abril de 2007, *Stamatelaki* (C-444/05, ap. 19).

²⁶ Sentencias *Watts*, ap. 89; y Comisión/España, ap. 49.

²⁷ Sentencias de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli y otros* (C-243/01, ap. 55); y Comisión/España, ap. 49.

²⁸ Sentencia Comisión/España, ap. 50).

²⁹ Sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone* (asuntos 286/82 y 26/93, ap. 16); de 19 de enero de 1999, *Calfa* (C-348/96, ap. 16); y Comisión/España, ap. 51.

²³ Sentencia *Watts*, ap. 47.

²⁴ Sentencia *Acereda Herrera*, ap. 38.

una negativa a autorizar un desplazamiento conforme a lo dispuesto en los Reglamentos de 1971 y 2004, que, en abstracto no se opone (como ya se ha visto) al ordenamiento jurídico de la Unión, por las circunstancias concretas del caso podría ser estimada vulneradora de los derechos que dicho ordenamiento reconoce a los nacionales de los Estados miembros.

Así, para el Tribunal de Justicia el sometimiento a autorización previa de la cobertura en otro Estado miembro de la asistencia sanitaria a cargo del sistema nacional de la salud constituye una restricción a las mencionadas libertades fundamentales.³⁰

De este modo, la jurisprudencia ha considerado contraria a la libre prestación de servicios:

- El sometimiento a autorización previa por el Estado luxemburgués del derecho al reembolso de las sumas pagadas por un ciudadano del Gran Ducado a un ortodoncista establecido en Alemania, cuando dicho reembolso no está sujeto a tal requisito previo si la prestación se realiza por un profesional establecido en Luxemburgo.³¹

- En relación con la libertad de **circulación de mercancías**, que también puede estar implicada en la materia, el Tribunal de Justicia ha considerado restrictiva la decisión de no reembolsar el coste de unas gafas con lentes correctoras adquiridas, bajo prescripción facultativa, en otro Estado miembro, con fundamento en que la compra de cualquier producto médico en el extranjero debe autorizarse previamente.³²

- También ha estimado contraria a las referidas libertades la negativa a abonar a un ciudadano neerlandés, víctima de un accidente de tráfico y que se encontraba en coma, el importe del tratamiento recibido en Austria consistente en una terapia que en los Países Bajos sólo se utiliza con carácter experimental y en personas menores de 25 años, edad que el paciente superaba.³³

Ahora bien, no toda restricción resulta, *per se*, contraria al derecho comunitario, puesto que, si no

³⁰ Sentencias de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, aps. 35 y 36); Smits y Peerbooms, aps. 69 a 75; Müller-

Fauré y van Riet, aps. 44, 67 y 68; Inizan, ap. 18; y Hartlauer, aps. 34 y 36).

³¹ Sentencia Kohll.

³² Sentencia de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, ap. 46).

³³ Sentencia Smits y Peerbooms.

implica una discriminación por razones de nacionalidad (p. ej.: incentivando las empresas domésticas en perjuicio de las foráneas), es decir, si la cortapisa la sufren todos los operadores económicos con independencia de su lugar de establecimiento, el propio Tratado admite su justificación por razones imperiosas de interés general.

Entre esas razones se encuentra, por motivos obvios, la protección de la salud pública y, dentro de este objetivo abstracto, dos metas contribuyen a la consecución de un elevado grado de protección de la salud: **(1)** el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario de calidad, equilibrado y accesibles a todos; y **(b)** la elusión de todo riesgo de perjuicio grave para el sistema financiero de seguridad social.³⁴

En relación con el primero de dichos objetivos, los Estados miembros pueden restringir la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional sea esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de la población.³⁵

Respecto del segundo, una planificación de los servicios médicos, de la que, por ejemplo, constituye un corolario la autorización para la apertura de un nuevo centro sanitario, tiene por objeto lograr el control de los costes y evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de recursos financieros, técnicos y humanos, habida cuenta de que el sector de la sanidad genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los recursos financieros que pueden destinarse a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el método de financiación que se utilice.³⁶

Desde esta perspectiva, el sometimiento a autorización previa de la cobertura en otro Estado miembro de la asistencia sanitaria a cargo del sistema nacional de la salud constituye una restricción justificada en la planificación de la actividad hospitalaria para lograr una gama equilibrada de prestaciones y evitar, mediante el control del gasto,

³⁴ Sentencias Watts, aps. 103 y 104, y Hartlauer, ap. 47.

³⁵ Sentencias Müller-Fauré y van Riet, ap. 67; Watts, ap. 105; y Hartlauer, ap. 48.

³⁶ Sentencias Müller-Fauré y van Riet, ap. 80; Watts, ap. 108; y Hartlauer, ap. 49.

el derroche de medios financieros, técnicos y humanos.³⁷

Ahora bien, esa restricción debe responder al principio de proporcionalidad, esto es, ha de ser **adecuada** para garantizar la realización del objetivo que se persigue y **no valla más allá** de lo imprescindible para alcanzarlo.³⁸

Por consiguiente la negativa a conceder la autorización:

- Debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación por las autoridades nacionales, con el fin de eliminar todo atisbo de arbitrariedad.³⁹

- Se ha de acordar a través de un procedimiento accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes se tramitarán en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, quedando abierta la vía judicial para impugnar las eventuales denegaciones.⁴⁰

VI. LOS EFECTOS DE LA CIUDADANÍA EUROPEA

Así pues, los Reglamentos aprobados por las instituciones comunitarias para coordinar los regímenes nacionales de seguridad social aspiran a garantizar las libertades de circulación en el seno de la Unión. Puede ocurrir que determinadas medidas nacionales que, pese a ajustarse a la letra de dichas normas de derecho derivado, se opongan al Tratado en la medida en que, de una u otra manera, obstaculicen o restrinjan las libertades de circulación que son unos de sus cimientos.

Aún más, cabe imaginar tesituras en las que los administrados de un Estado miembro no ejerzan, o pretendan hacerlo, sus libertades de circulación y, sin embargo, frente a las prestaciones sociales reciban un trato inadmisibles para el ordenamiento jurídico de la Unión.

Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que, habiendo ejercido el conjunto de su actividad profesional en el Estado miembro del que es nacional, únicamente hace uso de su derecho a residir en otro Estado miembro después de haberse jubilado y sin intención de ejercer allí ninguna una actividad laboral. Tal individuo no podría invocar la libre circulación de trabajadores ni la libertad de establecimiento.⁴¹

Ahora bien, un europeo en tal situación goza del estatuto de ciudadano de la Unión, en virtud del artículo 20.1 TFUE (antiguo artículo 17 TCE), de modo que puede invocar los derechos inherentes a tal estatuto y, en particular, el derecho a circular y residir libremente que confiere el 21.1 TFUE (antes, artículo 18.1 TCE).⁴²

El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación por razón de la materia del Tratado el mismo trato jurídico, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas al respecto.⁴³

Desde esta perspectiva sería incompatible con el derecho de la Unión que un ciudadano de otro Estado miembro recibiera en el Estado miembro de acogida un trato menos favorable que el que disfrutaría si hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación.⁴⁴

Por ello, y por ejemplo, sería contraria a los derechos que confiere la ciudadanía europea que un Estado miembro se niegue a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un tercero que presta asistencia a una persona dependiente (quien abona el seguro) basándose únicamente en que no reside en el territorio del Estado competente, cuya legislación se aplica. Tal desenlace supondría otorgarle un trato diferente en relación con personas que se hallan en la misma situación; a sa-

³⁷ Sentencia Watts, aps. 98 y 108 a 110. Más recientemente, la sentencia de 5 de octubre de 2010m Comisión/Francia (C-512/08, aps. 32 y 33).

³⁸ Sentencia Hartaluer, aps. 44 y 46.

³⁹ Sentencias de 20 de febrero de 2001, Analir y otros (C-205/99, aps. 37 y 38); Hartlauer, aps. 64; Inizan, aps. 48 y 57; y Watts, aps. 116 y 117.

⁴⁰ Sentencias Inizan, aps. 48 y 57; y Watts, aps. 116 y 117.

⁴¹ Sentencias de 9 de noviembre de 2006, Turpeinen (C-520/04, ap. 167) y Ruffler, ap. 52.

⁴² Sentencias de 22 de mayo de 2008, Nerkowska (C-499/06, ap. 22); Turpeinen, aps. 16 a 19; y Ruffler, aps. 55 y 56.

⁴³ Sentencias de 29 de abril de 2003, Pusa (C-224/02, ap. 16), y Ruffler, ap. 62.

⁴⁴ Sentencias Pusa, ap. 18, y Ruffler, ap. 64.

ber: los beneficiarios del seguro de dependencia regulado por esa misma legislación y que residen en el territorio nacional. Esta consecuencia se encuentra prohibida por el artículo 20 TFUE, ya que el estatuto de ciudadano de la Unión permite a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación del Tratado, el mismo trato jurídico.⁴⁵

VII.- CONCLUSIONES

En definitiva, los Estados miembros conservan intacta la competencia para organizar, como estimen conveniente, sus sistemas de salud y de seguridad social.

Ahora bien, deben llevar a cabo esa tarea respetando el ordenamiento jurídico de la Unión.

De este modo, no sólo han de ajustarse a los términos de las normas de derecho derivado aprobadas para coordinar tales sistemas, sino que han de hacerlo sin desconocer las libertades fundamentales de circulación ni los derechos inherentes al estatuto propio de la ciudadanía de la Unión.

Se trata, una vez más, de respetar los respectivos ámbitos de competencia, algo de lo que sabemos mucho y bien en nuestro Estado complejo, donde diversos actores confluyen en un mismo objeto regulatorio, estando condenados a entenderse a través de técnicas tan jurídicas como las que imponen los principios de coordinación y cooperación. No en vano, la Unión:

- Comparte competencias con los Estados miembros en materia de política y cohesión social (artículo 4.2 TFUE)

- Puede tomar iniciativas que garanticen la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros (artículo 5.3 TFUE).

- Adoptar acciones con el fin de apoyar, complementar y coordinar la acción de los Estados miembros sobre protección y mejora de la salud humana (artículo 6.a TFUE).

Pudiendo adoptar determinaciones en tales ámbitos sin más límites que los que imponen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 5 TUE).

No cabe desconocer que en la materia que hoy nos reúne en Santander resulta imprescindible introducir algo de orden y coherencia, para evitar el llamado «turismo sanitario» y los efectos perversos que produce en la gestión de los sistemas nacionales.

Ahora bien la solución no pasa por mermar los derechos ciudadanos. Como ha subrayado el Tribunal de Justicia en uno de sus últimos pronunciamientos (la sentencia Watts), resulta imprescindible encontrar el equilibrio entre la libre circulación de los pacientes y los imperativos nacionales de planificación de la capacidad hospitalaria disponible, de control de los gastos necesarios y de equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social (aps. 145 y 148).

Por ello, la Ministra española de sanidad presentó recientemente, en el seno de la Presidencia española, una propuesta razonable, consistente en que cuando un ciudadano de un país europeo que reside en otro Estado miembro y a cuyo sistema de seguridad social se encuentra afiliado vuelve a su país de origen para recibir un tratamiento sanitario este último se haga cargo del importe de la intervención. Sin perjuicio de mantener el requisito de la autorización previa, que ha de diseñarse en los términos indicados por la jurisprudencia comunitaria de la que he dado cuenta.

Los problemas de financiación de los sistemas públicos sanitarios en los países europeos no vienen única y exclusivamente, ni siquiera principalmente, de la libre circulación de los enfermos de la Unión.

Las arcas públicas se encuentran exhaustas, pero al igual que no cabe responder al déficit presupuestario mermando las garantías de los contribuyentes frente a la Hacienda Pública, tampoco resulta admisible hacer frente a los problemas que presenta la financiación de los sistemas públicos sanitarios y de seguridad social restringiendo los derechos ya ganados por los ciudadanos.

Quizás en estos tiempos de incertidumbre resulte menester no olvidar que lo que empezó siendo un pacto entre Estados, compartiendo la producción de acero y el carbón y estableciendo una unión aduanera, primero, y, después, un mercado común, para evitar los desencuentros en el corazón de la Vieja Europa y los desastres en que desembocaron, ha acabado por convertirse con el paso de

⁴⁵ Sentencia Gaumain-Cerri, aps. 34 y 35.

los años en un proceso de integración de los ciudadanos europeos en un mismo sistema jurídico.

El acta Unida Europea, los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, con la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el de Lisboa, son hitos fundamentales de tal proceso.

Pero en el mismo no ha sido ajeno la labor preteriana de los jueces comunitarios, los de los Estados miembros y aquellos que ejercen su jurisdicción, para todos, en Luxemburgo.

La historia de la Sra. Defrenne ilustra a la perfección lo que quiero decir.

Grabielle Defrenne trabajó como azafata para SABENA desde el 10 de diciembre de 1951 al 15 de febrero de 1968, fecha en la que, al llegar a los 40 años de edad, cesó en sus funciones de conformidad con lo establecido en su contrato de trabajo.

El 9 de febrero de 1970 impugnó, ante el Consejo de Estado Belga, el real decreto de 3 de noviembre de 1969, que señalaba reglas especiales para fijar la pensión de jubilación de los empleados de la aviación civil, excluyendo a las azafatas, de modo que su pensión de jubilación se calculaba conforme a las reglas generales (menos ventajosas), situándolas en una situación inferior a la de sus colegas masculinos.

El Consejo de Estado se dirigió al Tribunal de Justicia formulándole tres preguntas. Las dos últimas de las cuales trataban sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CEE, que prohibía la discriminación retributiva entre los trabajadores y las trabajadoras. La primera se refería, sin embargo, a la naturaleza de la prestación de jubilación; a si podía considerarse como una retribución.

El Tribunal de Justicia, en sentencia de 25 de mayo de 1971 (Defrenne I)⁴⁶ dio una respuesta negativa a este último interrogante, por lo que, no siendo aplicable el artículo 119 del Tratado CEE, no había lugar a plantearse la cuestión de la discriminación.

Una vez que cesó en sus funciones como azafata, la Sra. Defrenne demandó a SABENA ante el Tribunal de trabajo de Bruselas reclamando una indemnización por los perjuicios que se le habían

causado por (1) percibir entre el 15 de febrero de 1963 y el 1 de febrero de 1966 una salario inferior al de sus colegas masculinos; (2) serle reconocido, como consecuencia, un finiquito y (3) una pensión de jubilación inferior. Su demanda fue desestimada.

Interpuso recurso de apelación ante la *Cour de travail* de Bruselas. Este órgano confirmó la sentencia apelada en cuanto desestimó las dos últimas pretensiones, y, para resolver la primera, se dirigió al Tribunal de Justicia interrogándole sobre si el artículo 119 del Tratado CEE tenía efecto directo y podía ser invocado ante los órganos nacionales para hacer efectivo el principio de igualdad de retribuciones sin distinción por razón del sexo.

El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente en sentencia de 8 de abril de 1976 (Defrenne II),⁴⁷ declarando el efecto directo de dicho precepto y el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia:

- Calificó el principio de igualdad de **fundamento de la Comunidad** (ap. 12);

- Afirmó que en los casos en que un trabajador de sexo femenino recibiese una retribución inferior a la de un trabajador masculino que realiza idéntico trabajo, el artículo 119 del Tratado CEE debía aplicarse directamente (aps. 23 y 24), no obstante la existencia de normas internas que consagren tal discriminación [aplicación de los principios de primacía (sentencia Costa c. Enel) y de efecto directo (sentencia Becker)]; y

- Subrayó que la utilización en el artículo 119 de la palabra "principio" resalta el carácter fundamental del precepto (§ 28).

Sin embargo, en esta sentencia el principio de igualdad es erigido en principio fundamental del orden comunitario, pero no llega a adquirir vida propia. Ese carácter le viene dado porque está al servicio de los fines que la Comunidad persigue (aps. 10 y 11).

Una vez pronunciada la sentencia Defrenne II, la *Cour de travail* concedió a la demandante los atrasos que había reclamado en su primera preten-

⁴⁶ Asunto 80/70.

⁴⁷ Asunto 43/75.

sión. Contra la desestimación por la Cour de travail en apelación de las dos últimas pretensiones, interpuso recurso de casación.

La Cour de cassation se dirigió al Tribunal de Justicia interrogándole sobre la existencia de un principio general del derecho comunitario relativo a la eliminación de las discriminaciones entre los trabajadores y las trabajadoras en materia de condiciones de empleo y de trabajo distintas de la retribución propiamente dicha.

El Tribunal de Justicia respondió negativamente en la sentencia de 15 de junio de 1978 (Defrenne III):⁴⁸ el artículo 119 CEE no puede ser interpretado en el sentido de que, además de la igualdad de retribución, establezca también la igualdad de las demás condiciones de trabajo.

Pero lo decisivo de esta sentencia es que el Tribunal de Justicia califica la supresión de discriminaciones basadas en el sexo como derecho fundamental y añade que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario (aps. 27 y 26).

De este modo adquirió sustancia propia. Antes que fruto de los objetivos señalados en los tratados, es una garantía básica del individuo, que existe con independencia y al margen de esas metas.

De esta evolución jurisprudencial se obtiene que no puede construirse el mercado único en detrimento de los derechos de los ciudadanos. (en la sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger,⁴⁹ el Tribunal de Justicia hizo prevalecer las libertades de expresión y de reunión sobre la libre circulación de mercancías).

En mi opinión, ese esta perspectiva, y no otra, se han de encarar los retos que impone la coordinación de los sistemas de salud y de seguridad social de los 27 Estados miembros.

⁴⁸ Asunto 149/77.

⁴⁹ Asunto 112/00.