

MESA DE TRABAJO

“EL PROBLEMA DEL REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS REALIZADOS EN UN ESTADO MIEMBRO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO DE ORIGEN DEL PACIENTE”

José M^a Pérez Gómez

PRESENTACIÓN

La concurrencia del principio de libre prestación de servicios junto con la diversidad de modelos de gestión sanitaria de la Asistencia Sanitaria Pública europea ha configurado algunas resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permiten a los ciudadanos la posibilidad de obtener el reintegro de gastos sanitarios realizados en un Estado miembro distinto al de su lugar de residencia no solo por medio de los instrumentos establecidos en el Reglamento CE. 1408/71, sino también en algunos supuestos distintos.

Esta situación plantea, desde el punto de vista de la gestión sanitaria, cierta inquietud y, desde el punto de vista de los beneficiarios una suerte de mecanismo complementario de garantía respecto a la satisfacción de su derecho a la salud.

El problema, sobretudo a raíz de la sentencia dictada en el caso Inizan (C-56/2001), plantea la posibilidad de que si en un tiempo razonable a un beneficiario del sistema no se le asiste en su situación de necesidad, éste podría acudir a otro Estado miembro para poder obtener la asistencia necesaria y reclamar posteriormente el reintegro de gastos en su Estado de origen.

En la presente ponencia vamos a abordar este problema repasando primero la normativa española sobre la materia para pasar a comentar después algunas de las sentencias del TJUE dictadas sobre esta materia.

I) Marco jurídico del derecho español aplicable.-

Con carácter previo a la formulación de observaciones a las cuestiones planteadas, consideramos que debemos establecer cual es el marco jurídico en el que se desenvuelve la prestación de la asistencia sanitaria en el Reino de España¹.

Así partiendo de la formulación del derecho a la salud de los españoles como un principio rector de la política económica según establece el artículo 43 de la Constitución Española de 1978 hay que destacar que su desarrollo normativo se manifiesta en primer término con una serie de normas básicas emanadas del Parlamento de la Nación con su correspondiente desarrollo reglamentario y, además, como consecuencia de modelo de organización territorial vigente, con una suerte de disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas que, en la actualidad, gestionan directamente las funciones y servicios de asistencia sanitaria y que, en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de

¹ La regulación del reintegro de gastos en Derecho español ha sido tratada entre otros por ALONSO OLEA, Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social, Ed. Civitas, Madrid, 1994 (pags. 47 a 51); por CANTERO RIVAS y ESTAN TORRES, El reintegro de gastos sanitarios causados en Instituciones Sanitarias ajenas a la Seguridad Social, Ed. Comares, Granada, y ALTOZANO DERQUI, “Asistencia Sanitaria con medios ajenos: Los Reintegros de gastos sanitarios en VARIOS AUTORES, Jornadas de Estudio de la Asesoría Jurídica de INSALUD, Ed. Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1999 (págs. 285 a 298)

Sanidad pueden dictar normas de desarrollo y complementarias sobre esta materia.

Dentro de la legislación estatal parece necesario destacar en primer término la ya citada Ley General de Sanidad, que en su artículo primero ya establecía que son los titulares de este derecho tanto los ciudadanos españoles como los extranjeros residentes en nuestro país). Esta ley, estableció los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito; la descentralización política de la sanidad; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica. Asimismo, la ley creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano coordinador entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado,

Sin embargo, en los últimos tres lustros el modelo de prestación de asistencia sanitaria ha ido evolucionado, alejándose cada vez más del modelo parcialmente contributivo y esencialmente ligado a las instituciones de Seguridad Social para ir convirtiéndose en un nuevo modelo de prestación de este derecho a la salud en el que la descentralización de la gestión conforme al modelo territorial basado en comunidades autónomas pasa a tener una relevancia hasta entonces inédita. Así, al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos estatutos de autonomía, todas las comunidades autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad. Este proceso se ha pretendido completar con un nuevo modelo de financiación, a través de la aprobación de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía

Como un nuevo hito en esta evolución el legislador alumbró la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, de la que a los efectos de este dictamen parece conveniente destacar algunos aspectos:

En primer lugar recoger cuales son los principios generales que inspiran nuestro modelo de asistencia sanitaria que vienen establecidos en su artículo 2º que dice:

“Son principios que informan esta ley:

- a) La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad.
- b) El aseguramiento universal y público por parte del Estado.
- c) La coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud.
- d) La prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad.
- e) La financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica.
- f) La igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
- g) La colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados en la prestación de servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud.
- h) La colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica”.

Por otra parte, estos principios se materializan en una serie de derechos que vienen recogidos en el artículo 4, que bajo la rúbrica *Derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud* establece:

“En los términos de esta ley, los ciudadanos tendrán los siguientes derechos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud:

- a) A disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1.
- b) A recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo, en los términos del artículo 25.
- c) A recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma”.

Así mismo, la vocación del modelo está fundamentalmente, y sin perjuicio de la autonomía en la gestión que tienen las respectivas comunidades autónomas en sus

correspondientes ámbitos de actuación, orientada a la gestión directa de los servicios de asistencia sanitaria. Así se desprende del artículo 11.3, cuando establece que:

“Las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud”.

Ello no impide el acudir a servicios concertado de manera complementaria o subsidiaria. Si bien este recurso se considera siempre una segunda opción.

La prestación del servicio de asistencia sanitaria se realiza, por tanto, principalmente a través de organismos autónomos creados específicamente en las Comunidades Autónomas para tal fin y, para Ceuta y Melilla, mediante el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria que todavía mantiene la consideración de Entidad Gestora de la Seguridad Social. Estos organismos autónomos tienen, como es lógico, la consideración de Administración Pública y se sujetan a las normas de derecho administrativo, si bien poseen personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines. Ocasionalmente, para fines específicos, bien sean de ámbito sectorial o bien de ámbito territorial, existen diversas formas de gestión que se materializan en la creación de fundaciones, consorcios o, incluso, empresas públicas, de conformidad con lo establecido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del sistema Nacional de Salud.

Finalmente, merece una especial mención, de entre las diversas garantías de las prestaciones que se contienen en el la Sección 3ª del Capítulo I la referida a las garantías en el tiempo en que éstas han de prestarse, en el artículo 25:

“1. En el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco.

2. Quedan excluidas de la garantía a la que se refiere el apartado anterior las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe”.

Este aspecto concreto, ha merecido también una particular atención por parte del legislador, que mediante la aprobación del Real Decreto 695/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera del Sistema Nacional de Salud, pretende dar el primer paso

para uniformar esta garantía de tiempo prevista en el artículo 25 de la Ley de Cohesión y Calidad al permitir, como se anuncia en la exposición de motivos de esta norma, “el análisis de los resultados y las necesidades y, asimismo, conseguir una evaluación de su funcionamiento, garantizando la transparencia y la uniformidad de la información facilitada al ciudadano”.

Por último, en lo que a esta selección de la normativa estatal aplicable se refiere, debemos precisar que el actual catálogo de prestaciones sanitarias, de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la repetida Ley 16/2003, sigue siendo el recogido por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, el cual en su artículo 5º establece la principal regla práctica en materia de reintegro de gastos sanitarios al prever que

“**Art. 5.** 1. La utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación.

2. Las prestaciones recogidas en el anexo I solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo lo establecido en los convenios internacionales.

3. En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

Queda pues reducida la posibilidad de una asistencia sanitaria al margen del sistema público en España sólo en supuestos de urgencia vital.

Finalmente, no podemos dejar de hacer una referencia a la normativa de las Comunidades Autónomas sobre esta cuestión, si bien, salvo notables excepciones, no han entrado aún a concretar la garantía de tiempo prevista en el artículo 25 de la Ley 16/2003. La excepción se encuentra en Castilla La-Mancha, donde la Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de garantías en la Atención Sanitaria Especializada introduce en sus artículos 4 y 5 unos instrumentos garantistas que merecen atención:

“Artículo 4. Elección de Centro.

1. Los pacientes tendrán derecho a elegir el centro para ser atendidos dentro de la red de servicios propios del Servicio de Salud.
2. Si se prevé que el paciente no podrá ser atendido en el centro elegido por él dentro del plazo señalado en el Decreto previsto en el artículo 3 de esta Ley, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha deberá informarle de tal extremo y le podrá ofertar cualquiera de los centros sanitarios propios o concertados para recibir atención dentro de los plazos garantizados en dicho Decreto.

Artículo 5. Sistema de Garantías.

1. En el caso de que se superen los tiempos establecidos en el Decreto anual de plazos máximos de respuesta tanto en centro elegido por el paciente como en el centro que el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha le haya, en su caso, designado, el paciente podrá requerir atención sanitaria especializada en un centro sanitario de su elección.
2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha estará obligado al pago de los gastos derivados de dicha atención sanitaria al centro elegido, con las limitaciones económicas que fije anualmente el Consejo de Gobierno en el mismo Decreto previsto en el artículo 3 de esta Ley, en el que se tomará como referencia el coste de los servicios sanitarios concertados.
3. Será causa de pérdida del derecho a la garantía de atención sanitaria especializada el rechazo por parte del paciente, dentro del plazo máximo de respuesta que se fije reglamentariamente para cada proceso, de la oferta a que se refiere el apartado 2 del artículo 4.”

Esta norma da una solución al problema de la posible insuficiencia de medios propios para cumplir la garantía de tiempo en la prestación al ciudadano de la asistencia sanitaria, si bien, debe destacarse su carácter territorial limitado a una Comunidad Autónoma.

II) Marco jurídico comunitario de la prestación de asistencia sanitaria en la Unión europea en el marco de la libre circulación de personas .-

1.- **Configuración en Europa de las prestaciones en materia de Asistencia Sanitaria.**- La prestación de la asistencia sanitaria se encontraba inicialmente garantizada en Europa configurada aún como una prestación de Seguridad Social incluida en el Código Europeo de Seguridad Social, nacido en el seno del Consejo de Europa y ratificado, al menos, por los 15 miembros que hasta el año pasado formaban la Unión Europea, además de Chipre y Turquía. En su Parte II, dedicada a la Asistencia Médica se establece de manera genérica un mínimo de prestaciones incluidas en el artículo 10 que son las siguientes:

“a) en caso de estado mórbido:

i) la asistencia médica general, comprendidas las visitas a domicilio;

ii) la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;

iii) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por un médico u otro profesional calificado, y

iv) la hospitalización cuando fuere necesaria, y

b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias:

i) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestadas por un médico o por una comadrona diplomada, y

ii) la hospitalización cuando sea necesaria.

2. El beneficiario o su sostén familiar, podrá ser obligado a participar en los gastos de la asistencia médica recibida por el mismo en caso de estado mórbido; las normas relativas a dicha participación se establecerán de forma que no supongan una carga excesiva.

3. Las prestaciones proporcionadas de conformidad con este artículo tendrán por objeto conser-

var, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

4. Los departamentos gubernamentales o instituciones que concedan las prestaciones estimularán a las personas protegidas, por cuantos medios se consideren apropiados, a que utilicen los servicios generales de salud puestos a disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas”.

Posteriormente, el derecho a la protección de la salud fue incluido de manera autónoma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000, y si bien la misma no fue inmediatamente incorporada al Tratado de la Unión si se reconoció su valor a la hora de interpretar por el Tribunal de Justicia de la Unión europea el acervo comunitario.

2.- Reconocimiento a la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión Europea. Por lo que a la libre prestación de servicios se refiere, el actual artículo 49 de la Constitución de la Unión Europea establece que:

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad.”

Cómo más adelante veremos, la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de reintegro de gastos ha tendido a hacer prevalecer este principio a la libre circulación de servicios sobre la propia autonomía de los Estados a la hora de organizar sus propios servicios públicos de asistencia sanitaria lo que plantea una serie de distorsiones que pueden afectar no solo a la equidad del sistema sino, como señala ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA² incluso “a la conjugación de la movilidad del paciente con la sostenibilidad del sistema” entre otras muchas cuestiones

3.- Referencia al artículo 22 del Reglamento CEE nº 1408/71. Dentro del ámbito de la libre circulación de trabajadores por el territorio de la Unión fue aprobado el Reglamento CEE nº 1408/71, donde se trata la asistencia

sanitaria también como una prestación de Seguridad Social³.

Así, el art. 22.1 c) del Reglamento CEE nº 1408/71 referido a la prestación de asistencia sanitaria por estancia fuera del Estado competente o por necesidad de desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia sanitaria apropiada, establece: "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 : c) que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su Estado; tendrá derecho: (...)

i) 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 se aplique, como si estuviera afiliada a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por las legislaciones del Estado competente.

De otro lado, el párrafo 2º de dicho artículo establece que la autorización requerida en virtud de la letra b) del apartado 1 solamente podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer Su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico. La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figura 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.

Asimismo, el art. 36 del Reglamento CEE 1408/71 referido al reembolso entre instituciones establece:

1.- Las prestaciones en especie servidas por la Institución de un Estado miembro por cuenta de la Institución de otro Estado miembro, en virtud de lo preceptuado en el presente capítulo, darán lugar al reembolso de su coste íntegro.

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 art. 98,

² ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA: “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de los usuarios”, Revista Derecho y Salud, Volumen 11- Mayo 2003, pag 74

³ Una recopilación de todas las Decisiones que desarrollan este Reglamento hasta 1992 se puede encontrar en MUÑOZ ALVAREZ, La Seguridad Social de las Comunidades Europeas, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992

bien mediante la justificación de los gastos efectivos, 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.

Por su parte, el art. 22 del Reglamento CEE n° 574/72 referido a:

Prestaciones en especie a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en caso de traslado de residencia o de regreso al país de residencia, así como para los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia autorizados a desplazarse a otro Estado miembro con el fin de recibir asistencia establece que:

1.- Para beneficiarse de las prestaciones en especie en virtud del inciso i) de la letra b) del apartado 1 del art. 22 del Reglamento el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia deberá presentar en la institución del lugar de residencia la certificación que acredite que tiene derecho a seguir disfrutando de dichas prestaciones. Este certificado, que expedirá la institución competente, indicará en particular, en su caso, la duración máxima durante la cual se pueden seguir abonando las prestaciones en especie según las disposiciones de la legislación del Estado competente. Se podrá expedir dicho certificado E-112 después de la marcha del interesado y a instancia de éste, cuando no haya sido posible expedirla con anterioridad por razones de fuerza mayor.

2.- Lo dispuesto en los apartados 6, 7 Y 9 del art. 17 del Reglamento de aplicación, será aplicable por analogía.

3.- Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 será aplicable por analogía para el servicio de las prestaciones en especie, en el caso a que se refiere al inciso i) de la letra c) del apartado 1 del art. 22 del Reglamento.

En definitiva, como más adelante veremos, lo que se plantea en la presente cuestión prejudicial es la posible existencia de una cierta incompatibilidad o antinomia entre lo previsto en el artículo 49 de la Constitución europea y el artículo 22 del Reglamento Comunitario 1408/71.

4.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este problema. La posible colusión entre el artículo 49 del Tratado y lo establecido en el artículo 22 del Reglamento CEE 1408/71, ha sido analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en, al menos, cuatro sentencias.

En primer lugar debemos referirnos a la Sentencia de 12 de julio de 2001 (C-157/99) Caso Smit y Peerbooms, que resuelve una cuestión prejudicial que tiene su origen en un litigio surgido en los Países Bajos. La doctrina en el caso Smits y Peerbooms se sintetiza en su fallo que establece que

“Los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE) no se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que supedita la cobertura de los gastos de la asistencia dispensada en un establecimiento hospitalario situado en otro Estado miembro a la obtención de una autorización previa de la caja de enfermedad a la que esté afiliado el asegurado y que supedita la concesión de dicha autorización al doble requisito de que, por una parte, el tratamiento pueda considerarse «habitual en el medio profesional», criterio aplicado asimismo para determinar si la asistencia hospitalaria dispensada en el territorio nacional goza de dicha cobertura, y que, por otra parte, el tratamiento médico del asegurado lo exija. Y todo ello siempre que:

- el requisito relativo al carácter «habitual» del tratamiento se interprete de tal manera que la autorización no pueda denegarse por este motivo cuando conste que el tratamiento en cuestión está suficientemente probado y validado por la ciencia médica internacional; y que

- sólo pueda denegarse la autorización debido a una ausencia de necesidad médica 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”.

La posterior sentencia que se cita resuelve la cuestión prejudicial C-385/99, Caso Müller-Fauré (C-385/99), y también queda sintetizada con lo que recoge en su párrafo 109 que anuncia el fallo posterior y dice:

“Habida cuenta de todas las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que

- los artículos 59 (actual artículo 49) y 60 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que, por un lado, supedita la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto de aquel en el que está

establecida la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado por un prestador con el que esta última no ha celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por dicha caja y, por otro, supedita la concesión de esta autorización al requisito de que el tratamiento médico del asegurado lo exija. No obstante, la autorización sólo podrá denegarse, por este motivo, cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento con el que la caja haya celebrado un concierto;

- por el contrario, los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a la misma legislación en la medida en que ésta supedita la cobertura de la asistencia no hospitalaria dispensada en otro Estado miembro por una persona o un establecimiento con los que la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado no ha celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por esta última, cuando la legislación de que se trata establece un régimen de prestaciones en especie en virtud del cual los asegurados no reciben el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica, sino la asistencia en sí misma, que es gratuita”.

Debe destacarse algo que, a nuestro juicio, resulta relevante y consiste en que, tal y como se recoge en los antecedentes de sendas sentencias el sistema sanitario público neerlandés se basa fundamentalmente en la existencia de una Caja que cubre el coste económico de las prestaciones que, de manera efectiva, las practican empresas privadas concertadas.

Merece citarse el caso *Inizan* (C-56/2001) STJUE de 23 de octubre de 2003, en cuyo fallo se establece que:

“1) El examen de la primera parte de la cuestión planteada no ha revelado elemento alguno que pueda afectar a la validez del artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), del Reglamento (CEE) n. 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 (CE) n. 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996.

2) El artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n. 118/97, debe interpretarse en el sentido de que la autorización

a la que se refiere dicha disposición no puede denegarse cuando, por una parte, la asistencia de que se trate esté incluida en las prestaciones previstas por la normativa del Estado miembro del territorio en el que reside el interesado y, por otra, no se pueda dispensar en tiempo útil en dicho Estado miembro un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia.

3) Los artículos 49 CE y 50 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro como la del procedimiento principal en la medida en que ésta, por una parte, supedita el reembolso de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la caja del seguro de enfermedad a la que está afiliado el asegurado a la obtención de una autorización concedida por dicha caja y, por otra parte, sujeta la concesión de dicha autorización al requisito de que se acredite que el interesado no podía recibir el tratamiento apropiado para su estado en este último Estado miembro. Sin embargo, la autorización solamente puede denegarse por este motivo cuando sea posible obtener un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente, en tiempo útil y en el territorio del Estado miembro en el que reside.”

En este caso, además, consideramos importante traer a colación las conclusiones del Abogado General, Sr Ruiz Jarabo Colomer pues las mismas, si bien no fueron en su integridad recogidas por el fallo de la sentencia si que alumbran, a nuestro entender, algunos de los matices del problema. Así el Abogado General en su conclusión sostiene:

”46. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal des affaires de sécurité sociale de Nanterre de la siguiente manera:

- 1) A lo largo del presente procedimiento no se ha puesto de relieve ningún elemento susceptible de afectar a la validez del artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), y apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (CEE) n° 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”.
- 2) Para apreciar si resulta conforme a derecho la negativa de la Caisse primaire d'assurance

maladie des Hauts de Seine a hacerse cargo de los gastos de un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro, hay que ponderar:

- que los requisitos contemplados por el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 1408/71 son los únicos que, de concurrir, permiten la denegación de la autorización, pudiendo los Estados miembros establecer condiciones para concederla que resulten más beneficiosas para los asegurados;
- que, en los tratamientos dispensados en centros hospitalarios, cabe someter la autorización a ciertos requisitos, siempre que sean objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano;
- que el derecho comunitario no puede obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones cubiertas por uno de sus regímenes de seguro de enfermedad;
- que, para valorar la posibilidad de que un tratamiento se dispense en el plazo normalmente necesario para obtenerlo en el lugar de residencia, se han de tomar en cuenta todas las circunstancias del caso, la situación médica del paciente y sus antecedentes; y
- que el procedimiento para conseguir la autorización debe garantizar a los asegurados la tramitación de sus peticiones en un plazo razonable, con objetividad e imparcialidad, dejando a salvo la posibilidad de introducir un recurso jurisdiccional contra las denegaciones.”

Una atención especial merece a nuestro juicio la sentencia dictada en el caso Kéller (C-145/2003) STJUE de 12 de abril de 2005, por afectar a nuestro país. Si bien mantiene ciertas diferencias con los casos anteriores, al no discutirse aquí la validez de los formularios expedidos.

Annette Kéller, de nacionalidad alemana y residente en España, solicitó de la institución española competente (INSALUD) un formulario E-111 para un periodo de un mes a fin de realizar un viaje a Alemania. Durante su estancia en ese país, se le diagnosticó un tumor maligno que podía provocarle la muerte en cualquier momento. La Sra. Kéller solicitó al INSALUD la expedición de un formulario 112 para poder seguir recibiendo asistencia sanitaria en Alemania, el cual fue prorrogado en varias ocasiones.

Tras un profundo análisis de las posibilidades terapéuticas, los médicos alemanes decidieron trasladar a la Sra.

Kéller a la Clínica Universitaria de Zurcú (Suiza). Esta era la única clínica donde podía practicarse con posibilidades reales de éxito la operación que la Sra. Séller necesitaba.

La Sra. Kéller abonó los costos de la asistencia recibida en Zurich y, ulteriormente, solicitó el reembolso al INSA-LUD.

A raíz de la denegación de su solicitud, la Sra. Kéller interpuso un recurso ante los tribunales. El órgano jurisdiccional nacional solicitó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que interpretara el Reglamento de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los trabajadores migrantes en cuanto a la posibilidad de un reembolso de gastos relacionados con la asistencia hospitalaria recibida en un país tercero.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que uno de los objetivos del Reglamento de 1971 es facilitar la libre circulación de los asegurados que requieren una prestación sanitaria durante una estancia en otro Estado miembro, o que tienen una autorización para recibir asistencia en otro Estado miembro.

Los formularios E111 y E112 tienen la finalidad de garantizar a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados que el enfermo tiene derecho a recibir en ese Estado miembro –durante el periodo determinado en el formulario y en las mismas condiciones que las aplicadas a sus afiliados– una asistencia cuyo coste asumirá el Estado miembro de afiliación.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia puntualiza que **los médicos del Estado de estancia son los que mejor pueden apreciar la asistencia que el enfermo requiere y que la institución del Estado miembro de afiliación, durante el período de validez del formulario, otorga su confianza a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados por ésta, en cuanto que ofrecen garantías profesionales equivalentes a las de los médicos establecidos en el territorio nacional.**

En consecuencia, **la institución del Estado miembro de afiliación está vinculado por las valoraciones** relativas a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, **efectuadas por los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia y por la decisión de dichos médicos de trasladar al enfermo a otro Estado** para que se le preste el tratamiento urgente que no pueden proporcionarle los médicos del Estado miembro estancia.

En este contexto, es irrelevante que el Estado al que los médicos decidieron trasladar al enfermo no sea miembro de la Unión Europea.

La institución del Estado miembro de afiliación no puede ni exigir el regreso de la persona al Estado miembro de residencia para someterla en él a un control médico, ni

hacer que se la examine en el Estado miembro de estancia, ni supeditar los diagnósticos y las decisiones médicas a una aprobación por su parte.

En cuanto a la asunción de los gastos de la asistencia médica prestada en el país tercero a raíz de una decisión médica de traslado, el Tribunal de Justicia recuerda que el principio aplicable es el de la asunción de dichos gastos por la institución del Estado miembro de estancia, según las disposiciones legales que ésta aplique, quedando a cargo de la institución del Estado miembro de afiliación de afiliación de reembolsar posteriormente a la institución del Estado miembro de estancia.

En el presente asunto, puesto que los gastos de la asistencia prestada en Suiza a la Sra. Kéller no fueron por entonces asumidos por la Caja del seguro de enfermedad alemana, sino que se ha acreditado que la Sra. Kéller tenía derecho a obtener tal asunción y que la asistencia de que se trata figura entre las prestaciones previstas en la legislación española sobre seguridad social, el Tribunal de Justicia ha declarado que corresponde a la institución española de seguridad social reembolsar directamente el coste de dicha asistencia a los herederos de la Sra. Keller.

En la actualidad, existen al menos dos cuestiones prejudiciales sobre esta cuestión pendientes de resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de las cuales el Reino de España a decidido formular observaciones. En primer lugar, la Cuestión Prejudicial C-372/2004 planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre derecho de un residente en el Reino Unido a recibir tratamiento hospitalario en otro Estado miembro. En este caso, la referencia se realiza respecto a la compatibilidad del reembolso con el artículo 50 del Tratado de la Unión relativo a la libre prestación de servicios. Sin embargo, a nuestro juicio, no consideramos que el paciente que recibe tratamiento hospitalario en un hospital público del NHS, (o del Sistema Nacional de Salud español), ejerza la libertad de recibir servicios a efectos del artículo 49 CE, sino que ejerce un derecho reconocido por la legislación que desarrolla la normativa constitucional que garantiza la protección de la salud de las personas en su respectivo estado miembro. En el caso español, en concreto ejercería los derechos que le confieren la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ya citadas y, además, la más concreta Ley 41/2002, básica reguladora de las autonomías del paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, derechos que encuentran ya su apoyo constitucional también en Europa en un precepto propio, como es el artículo II-35.

Consideramos que la doctrina contraria a esta tesis recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso

Smit y Peersooms no es de aplicación al caso que nos ocupa, pues en aquel supuesto, las prestadoras efectivas de los servicios recibían de las cajas de seguro unas cantidades a tanto alzado como pago a las prestaciones sanitarias realizadas. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, (como por otro lado sucede en España) nos encontramos que los prestadores de servicios se encuentran directamente financiados por el Estado con cargo a los ingresos fiscales generales -Hecho 18 b-, por lo que una de las premisas de su argumentación decae.

Aún más, dicha sentencia fue pronunciada antes de la aprobación, en el año 2000, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ahora se deben interpretar las normas a la luz de la consideración de la protección de la salud de las personas, como un bien jurídico merecedor de especial protección por parte del Tribunal de Justicia, tal y como se reconoce en el artículo 35 de la Constitución europea y, por otra parte, respetando la autonomía que se reconoce a los Estados miembros para organizar la prestación de esta asistencia, que no nos olvidemos, esencialmente es un servicio público.

Así pues, a nuestro entender, la cualidad de prestadores de servicios a los efectos del artículo 50 del Tratado variará en función de la relación jurídica que les una con los pacientes. Así, los organismos que dispensan tratamiento hospitalario a los beneficiarios del sistema en los términos vistos, lo que en realidad son, con independencia incluso de cual sea su naturaleza, no es sino meros agentes de la Administración, por lo que no deberían tener la consideración de prestadores de servicios a los efectos del artículo 50, toda vez que, en su relación con el beneficiario, no persiguen un ánimo de lucro. Sin embargo, si el paciente que acude a sus servicios no es un beneficiario del sistema y, en consecuencia, se le factura el mismo, entonces si nos encontramos con que, en esos casos concretos, sus servicios pueden verse incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 50 del Tratado.

Podemos concluir que pueden tener una doble condición, como agentes de la Administración Pública en la gestión e un servicio público cuando se relacionan con beneficiarios del Sistema, como prestadores de Servicios cuando se relacionan con pacientes ajenos al Sistema Nacional de Seguridad Social.

Desde este punto de vista, debería entenderse que los pacientes pertenecientes a otro Estado miembros que perciben la asistencia en virtud de la aplicación del artículo 22 del Reglamento 1408/71, se consideraran a estos efectos también como incluidos en el Sistema Nacional de Salud, actuando aquí el centro sanitario como un agente de la Administración de Seguridad Social del Estado miembro del que sea nacional el paciente que acude para recibir asistencia al amparo del citado Reglamento.

En cualquier caso, no parece que este sea el criterio del Tribunal de Justicia sentado en la sentencia Inizan que parece equiparar a los efectos de la consideración como “prestación de servicios” tanto los supuestos en que estos se prestan por diversos operadores dentro del mercado ordinario como aquellos en que se prestan principalmente de manera directa por el Estado.

Por último, nos encontramos también con otra cuestión prejudicial que afecta directamente a España como parte afectada y que está pendiente de resolverse. Se trata de la Cuestión Prejudicial C-466/2004 planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en materia de reembolso de gastos ocasionados por asistencia sanitaria en otro Estado miembro en la que se plantea, entre otras cuestiones, si ¿Han de interpretarse los artículos 22.1.c, 22.2 y 36 del Reglamento de la Comunidad Económica Europea (CEE) número 1408/1971, en el sentido de que la concesión de autorización para desplazarse al territorio de otro estado miembro para recibir en el mismo la prestación de asistencia sanitaria conlleva el derecho del beneficiario al reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y / o manutención? Cuestión ésta complementaria a las anteriores.

5.- Referencia al tratamiento de la cuestión en la Constitución Europea.

Posteriormente, el derecho a la protección de la salud fue incluido de manera autónoma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000, y si bien la misma no fue inmediatamente incorporada al Tratado de la Unión si se reconoció su valor a la hora de interpretar por el Tribunal de Justicia de la Unión europea el acervo comunitario.

Consideramos que, aún pendiente de su ratificación, lo establecido en la Constitución Europea debe servir, al menos, como un medio para interpretar las normas preexistentes. Así, debe destacarse que, el derecho a la protección de la salud, también aparece configurado en la Constitución de una manera autónoma a la de una pura prestación de Seguridad social, recogiendo lo previsto en la citada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo recogidas ambas figuras de manera semejante a como lo hacen los artículos 41 y 43 de nuestra Constitución española. Efectivamente, mientras que el artículo II-34 se refiere a la Seguridad social y ayuda social, el artículo II-35 se refiere en exclusiva a la protección de la salud y señala que

“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse

todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

Por otra parte, en diversos artículos se pone de manifiesto el respeto y autonomía que el legislador europeo tiene por las peculiares formas de organización de cada Estado a la hora de hacer efectivo este derecho a la protección de la salud de las personas. Esto puede verse en los artículos III-104.5 y III-179.7 cuando se señala que:

“Artículo III-104.- 5.- Las Leyes y leyes marco europeas adoptadas en virtud del presente artículo:

- a) no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste:
- b) no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con la Constitución”.

“Artículo III-179.7.- La acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política en materia de salud, así como a la organización y el suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. Las responsabilidades de los estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destina a dichos servicios. Las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 no afectarán a las disposiciones nacionales en materia de donaciones o de uso médico de órganos y de sangre”.

Por lo que se refiere a la libre prestación de servicios, su plasmación resulta semejante a la ya existente en el vigente Tratado y queda recogida en los artículos III-29 y III-30 de la Constitución Europea.

No parece baladí, el que el acervo comunitario ya contenga como derecho positivo, tanto el reconocimiento a la protección de la salud, como el expreso respeto en cuanto a su materialización de las normas organizativas de los distintos Estados miembros.

6.- Conclusión.

La interpretación actual del Tribunal de Justicia, en la que se hace prevalecer los principios de contenido económico

y tradicionalmente fundamentales para la Unión Europea como son la libre circulación de personas, bienes y servicios respecto de Derechos con un carácter esencialmente social, como es el derecho a la salud, que se han ido consolidando en las Cartas Constitucionales de los distintos países europeos parece un tanto forzada y podría tener unas consecuencias que pueden calificarse, a nuestro juicio, de perversas. Así, al asumir la posibilidad de que el reintegro de gastos sanitarios realizados en otro Estado miembro sin autorización de Estado origen del paciente sea posible en determinados casos en los que los servicios públicos del Estado miembro de origen no sean capaces de prestar la asistencia requerida en determinado plazo o en determinadas condiciones, abriría la puerta a una evidente iniquidad dentro del propio Sistema pues posibilitaría que, aquellos ciudadanos que dispusieran de suficientes recursos económicos para anticipar el gasto, pudieran desplazarse y disfrutar de una asistencia sanitaria (costeada finalmente con cargo a los poderes públicos) de superior celeridad que el resto de sus conciudadanos.

Además, la generalización de estas prácticas provocaría distorsiones presupuestarias al tener que realizar los Servicios de Salud una serie de gastos que originalmente no estaban presupuestados, produciéndose una cierta duplicidad en los costes estructurales calculados en base a determinada población y, además, afrontar el coste de los servicios cuyo coste deba reintegrar conforme a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión.

Así pues, parece que nos encontramos en este punto con un cierta colisión de bienes jurídicos merecedores de protección y, desde nuestro punto de vista, la solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión altera en cierto modo las prioridades que, en materia de prestación de servicios sanitarios existen, al menos, en España donde la solidaridad y la igualdad de todos los residentes en España a la hora de percibir la asistencia prevalece a todas luces respecto a los derechos a la libre prestación de servicios de los distintos operadores del sector económico sanitario.

Toda buena norma debe reflejar las diferentes realidades sociales a las que se aplica, salvo que su finalidad sea precisamente cambiar algún aspecto concreto de dicha realidad y esta característica, como señala GIL IBAÑEZ⁴, tiene aún mayor importancia en el caso de la Unión europea ante la diversidad de países y culturas y ante las distintas prioridades y concepciones respecto a qué y cómo deben regularse determinadas materias. Tal es el caso que nos ocupa y la consolidación del derecho a la salud de los ciudadanos también en el derecho comunitario en un mismo plano de igualdad con respecto a los tradicionales principios de libre circulación, constituye una estupenda ocasión para revisar la doctrina del Tribunal de Justicia permitiendo a los órganos gestores de la prestación de los servicios que garantizan la consecución de dicho derecho en cada Estado miembro, el establecimiento de sus propios mecanismos de garantía que no perturben elementos esenciales del modelo como son, en el caso de España, la igualdad y la equidad entre los beneficiarios.

⁴ GIL IBAÑEZ, Alberto: El control y la ejecución del Derecho Comunitario, Ed INAP, Madrid 1998 (pag. 44 y ss.)