

**MOVILIDAD DE PACIENTES Y OBSTÁCULOS A LA
LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. A PROPÓSITO
DEL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS NO
HOSPITALARIOS REALIZADOS EN OTRO ESTADO
MIEMBRO**

**Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea de 27 de octubre de 2011. Asunto C-255/09.
*Comisión/contra Portugal***

***PATIENTS' MOBILITY AND OBSTACLES TO THE
FREEDOM TO PROVIDE. ABOUT THE REFUND OF
MEDICAL NOT HOSPITABLE EXPENSES REALIZED IN
ANOTHER MEMBER STATE***

***Comment to the Judgment of the Court of Justice of the
European Union of October 27, 2011. Case C-255/09.
Commission/Portugal***

M^a de los Reyes Martínez Barroso*

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes de hecho. III. Precedentes judiciales a propósito de las restricciones impuestas por los estados miembros al acceso transfronterizo a las prestaciones sanitarias en el mercado interior europeo. IV. Planteamiento del recurso por incumplimiento. V. Las competencias de la Unión Europea en materia de protección de la salud. VI. La argumentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la aplicación del art. 56 TFUE (antiguo art. 49 tce). VII. Argumentos del Tribunal de Justicia de la UNIÓN europea a propósito de la restricción “injustificada” de la libre prestación de servicios. VIII. Posibles causas de justificación de la restricción. IX. El fallo de la sentencia. X. Conclusión final e implicaciones para el ordenamiento jurídico español.

Fecha de recepción del original: 2 de diciembre de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 21 de febrero de 2014.

* Profesora Titular (Acreditada catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León. Correo electrónico: mrmarb@unileon.es

RESUMEN: La libre prestación de servicios incluye dos manifestaciones íntimamente ligadas entre sí: la prohibición de cualquier restricción a dicha libertad y la aplicación del principio de tratamiento igual con independencia de la nacionalidad del prestador de servicios. A partir de tal premisa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha debido intervenir para solucionar diversos litigios derivados de la prestación de servicios sanitarios o del denominado “turismo sanitario a la carta”. En concreto, a propósito de los gastos de atención médica en otros Estados miembros de la Unión Europea y su posterior reintegro en el Estado de origen del asegurado en función de las normas de Seguridad Social de éste último país. Ante la ausencia de una regulación sobre la cuestión hasta fechas muy recientes (Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza) la labor interpretativa efectuada por el órgano jurisdiccional comunitario ha sido determinante para comprender el alcance de esta materia, declarando que solamente respecto de aquellas prestaciones en las que efectivamente pudiera existir una justificación derivada de la sostenibilidad del sistema público, como sucede en las prestaciones sanitarias hospitalarias, procederá la exigencia de una autorización previa. Por el contrario, cuando no se requiere el empleo de materiales pesados y onerosos, la exigencia del requisito de autorización previa resulta contraria al actual art. 56 TFUE (antiguo art. 49 TCE), como determina la sentencia comentada, de 27 de octubre de 2011, *Comisión contra Portugal, C-255/09*. La protección a ultranza de la libre prestación de servicios sanitarios obliga a reflexionar, por último, sobre la situación de la asistencia sanitaria en nuestro país.

*ABSTRACT: The freedom to provide services includes two closely related events together: the prohibition of any restriction of the freedom and the principle of equal treatment irrespective of the nationality of the service provider. From this premise, the Court of Justice of the European Union has had to intervene to resolve various disputes arising from the provision of health services or the so-called “health tourism demand”. Specifically, with regard to the cost of health care in other Member States of the European Union and its subsequent reinstatement in the State of the insured in accordance with the rules of Social Security of the latter country. In the absence of a regulation on the issue until very recently (Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare) the interpretative work carried out by the Court of Justice has been crucial to understanding the scope of this subject: only in respect of those benefits which could actually be a justification based on the sustainability of the public system, as in the hospital health services, proceed the requirement of prior authorization. By contrast, when the use of heavy and expensive materials are not required, the requirement of prior authorization requirement is contrary to the current art. 56 TFEU (ex Art. 49 TEC), as determined by the Court, of October 27, 2011, *Commission v Portugal, C-255/09*. The protection of the freedom to provide health services necessary to reflect, finally, on the state of health care in our country.*

PALABRAS CLAVE: libre prestación de servicios, movilidad de pacientes, asistencia sanitaria transfronteriza, reintegro de gastos médicos no hospitalarios, autorización previa.

KEYWORDS: free provision of services, patients' mobility, sanitary cross-border assistance, refund of medical not hospitable expenses, previous authorization.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la Unión Europea, la tarjeta sanitaria europea da derecho a prestaciones sanitarias de carácter urgente durante estancias temporales en los Estados miembros. En tales casos la prestación de asistencia sanitaria es gratuita en la mayoría de los países,

salvo algunos en los que hay que abonar parte o la totalidad del coste. En consecuencia, la tarjeta sanitaria europea¹ permitirá a los pacientes que deban pagar los servicios de asistencia sanitaria recibidos en el extranjero, obtener un reembolso más rápido de sus respectivos sistemas de Seguridad Social.

Cabe precisar, no obstante, cómo en relación con los países en los que la asistencia sanitaria no es gratuita en su totalidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios, a efectos del art. 56 TFUE, el hecho de que no se garantice a un paciente autorizado a ingresar en un hospital de otro Estado miembro (poseedor de la tarjeta sanitaria), un nivel de cobertura análogo al que habría obtenido de haber sido hospitalizado en el Estado miembro competente. De ahí que en estas circunstancias el servicio público de salud venga obligado a reintegrar la totalidad de los gastos médicos ocasionados por dicha intervención, incluido en su caso (si la prestación se ha realizado en Francia) el ticket moderador a cargo del asegurado previsto en la legislación de este Estado². Otro criterio parece deducirse de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2010, que distingue entre “asistencia sanitaria planificada” (autorización a desplazarse para recibir asistencia sanitaria concreta) y “no planificada” (necesidad de recibir asistencia durante un desplazamiento temporal a otro Estado miembro), al considerar en este último caso que el Estado competente (en este caso España) no debe reintegrar la totalidad del coste de la asistencia sanitaria prestada en otro Estado, cuando el nivel de cobertura dispensada en este Estado es, conforme a su normativa interna, inferior al que se le hubiera dispensado en España.

En conexión con esta materia, las libertades comunitarias de circulación --de personas y trabajadores-- y de servicios han dado lugar a una doctrina mucho más flexible en relación con los gastos médicos derivados de la atención sanitaria prestada en un Estado miembro diferente al de la residencia, al punto de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite sin ambages el derecho al reembolso de gastos sanitarios en supuestos en que el beneficiario se desplaza con el objetivo, precisamente, de conseguir un tratamiento más adecuado a sus expectativas o, incluso, para evitar una lista de espera³, pues precisamente dentro de los servicios a los que se aplica el principio de libre prestación, deben incluirse las actividades profesionales. Esta libertad tiene una

¹ Pese a que el Dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea dirigido al reino de España, por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas Comunidades Autónomas, ha puesto de manifiesto la fragilidad del mecanismo de reconocimiento del derecho a la protección de la salud en nuestro país. Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y Mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE del 24).

² STS 4 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2477).

³ Paradigmáticas en tal sentido resultan las SSTJCE de 19 de abril de 2007, Stamatelaki, asunto C 444/05 o de 16 de mayo de 2007, Watss, asunto C 372/04. Con carácter general, en la doctrina, vid. ROFES I PUJOL, M^a.I.: “Los regímenes nacionales de Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos Decker, Kohll, Vanbraeckel y Smits y Peerbooms. El asunto Müller – Fauré”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 222, 2003, pp. 65 y ss.

doble vertiente: la de los profesionales, de prestar servicios en cualquier Estado miembro, y la libertad de los usuarios para desplazarse a otros Estados en busca de dichos servicios⁴.

La regulación, en su primera vertiente, es compleja por tratarse de profesiones tituladas, lo que implica un obstáculo a la libertad de prestación del servicio. Intentando paliar este problema se han dictado hace décadas varias Directivas, en las que se contemplan una serie de medidas dirigidas al reconocimiento de títulos, certificados y diplomas, con la finalidad de facilitar la aplicación del Tratado. En cuanto a los supuestos en que es el usuario quien se desplaza a fin de recibir el servicio, el Tribunal de Justicia se ha ocupado en varias ocasiones del tema. Así, por ejemplo, en el asunto *Kohll*⁵, referido a la aplicación de la libre prestación de servicios a un tratamiento dispensado por un ortodoncista en un centro extrahospitalario establecido en otro Estado miembro.

En todo caso, es posible afirmar, sin temor a equivocarse, que el mayor ámbito de interacción entre los derechos sociales y las libertades económicas comunitarias es el que se produce entre aquéllos y la libre prestación de servicios, pues la existencia de distintas regulaciones sociales nacionales influye sobre la decisión de un prestador de servicios de ofrecer éstos en un Estado miembro u otro, en función de los costes sociales o de los requisitos que imponga un determinado Estado para el ejercicio de esta libertad en su territorio. Si a lo anterior se suma que la libre prestación de servicios incluye dos manifestaciones íntimamente ligadas entre sí, como son la prohibición de cualquier restricción a dicha libertad y la aplicación del principio de tratamiento igual con independencia de la nacionalidad del prestador de servicios, no es difícil darse cuenta de la evidente imbricación y choque que puede plantearse entre ambos sistemas normativos y que han dado lugar a diversos supuestos donde el Tribunal comunitario ha intervenido para solucionar este tipo de litigios. Entre ellos cabe destacar los derivados de la prestación de servicios sanitarios a propósito de los gastos de atención médica en otros Estados miembros de la Unión Europea y su posterior reintegro en el Estado de origen del asegurado en función de las normas de Seguridad Social de éste último país; que, con carácter general, se supedita a la obtención de una previa autorización en el Estado de origen.

Sobre estos conflictos en particular, que traen causa en lo que se ha venido denominando “turismo sanitario a la carta”⁶, se ha venido pronunciando repetidamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante la ausencia de una regulación sobre la cuestión hasta fechas muy recientes (en concreto la Directiva 2011/24/UE del

⁴ STJCE de 2 de febrero de 1989, Cowan, Asunto C-186/87.

⁵ STJCE de 28 de abril de 1998, Kohll, Asunto C-158/96. El Tribunal consideró que se trataba de un servicio en el sentido del art. 60 del Tratado, pues se llevaba a cabo una actividad profesional a cambio de retribución. Esta será, según la jurisprudencia analizada, la nota definitoria cuando nos encontremos ante un supuesto de los contemplados en el apartado d) del art. 60. La actividad profesional de un sanitario debe ser retribuida para que se considere “servicio” a efectos de aplicación del Tratado CE.

⁶ FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “Las libertades económicas comunitarias y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J.M^a., Dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 254.

Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, incorporada al ordenamiento interno en febrero de 2014, por el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero). De este modo la labor interpretativa efectuada por el órgano jurisdiccional comunitario ha sido determinante para comprender el alcance de esta materia, declarando que solamente respecto de aquellas prestaciones en las que efectivamente pudiera existir una justificación derivada de la sostenibilidad del sistema público, como sucede en las prestaciones sanitarias hospitalarias (dado que en tal caso en función de diversos factores pueden planificarse) procederá la exigencia de la citada autorización previa.

Precisamente sobre las posibles restricciones a la libre prestación de servicios sanitarios versa la sentencia objeto de comentario⁷, siguiendo una senda de interpretación judicial firmemente consolidada y unificada, sobre un tema complicado, de una casuística elevada y donde se ven afectados, desde la perspectiva del enfermo, bienes de relevancia constitucional en la mayor parte de los Estados, como la protección de la salud y la propia integridad y vida de las personas y, desde una perspectiva social, los límites inherentes a un sistema universal de asistencia sanitaria⁸.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

En el ordenamiento jurídico portugués existían dos posibilidades para acceder a prestaciones sanitarias en el extranjero en el momento de dictarse la sentencia objeto de comentario, reguladas, por una parte, en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71⁹, en su art.

⁷ Sobre el particular, también HATZOPOULOS, V.: “Arrêt ‘Commission c. Portugal’: le remboursement des frais de soins de santé encourus dans un autre Etat membre”, *Journal des tribunaux / droit européen*, núm. 185, 2012, pp.12-13; DUMITRAȘCU, A.: “Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Hotărârea Curții de Justiție Europene din 27 octombrie 2011, Cauza C-255/09, Comisia/Portugalia”, *Curierul Judicial*, 2012 pp.663-664 y WEISS, A.: “Fundamental Freedoms Strengthen the Rights of Patients (again)”, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 2, 2012, pp. 261-263.

⁸ Parfraseando a SÁEZ LARA, C.: “Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pp. 355 y 358, quien a propósito de la praxis española pone de manifiesto cómo el panorama actual se encuentra muy lejos de alcanzar los objetivos del cambio normativo de 1995, al comprobar el mantenimiento de una elevada litigiosidad ante los órganos jurisdiccionales laborales, la diversidad de criterios interpretativos en sede judicial y, paradójicamente además, y en un sentido opuesto a la pretensión normativa, asistiendo en sede judicial al desarrollo de una línea de tendencia flexibilizadora, que ha determinado una ampliación de los supuestos de hecho de reembolso de gastos médicos. Como obra de referencia en el tratamiento de los gastos médicos vid. HIERRO HIERRO, F.J.: *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2009.

⁹ Reglamento del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149 de 5 de julio de 1971, p. 2). En la actualidad, hasta que no se renegocien los acuerdos con la Asociación Europea de Libre Cambio (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y con Suiza para adecuarlos a la nueva normativa de coordinación vigente y aplicable desde el 1 de mayo de 2010 (un Reglamento de base, de coordinación de los sistemas de Seguridad Social --el Reglamento CE/883/2004 que ya ha sido modificado por el Reglamento CE/988/2009 y el Reglamento UE/1244/2010-- y un Reglamento de desarrollo, con normas que favorecen la aplicación práctica del Reglamento de base, el Reglamento UE/1244/2010), se mantiene en estos países la aplicación transitoria de la normativa precedente

22, y, por otra, en el Decreto-Ley núm. 177/92, de 13 de agosto¹⁰, referido a “la asistencia médica altamente especializada en el extranjero que no pueda suministrarse en territorio nacional”. Este último, ideado como instrumento para la asistencia hospitalaria, admite el tratamiento médico en el extranjero cuando el sistema de salud portugués no dispone de los medios necesarios para tratar a las personas afiliadas al sistema. Esto es, persigue proveer a los enfermos la asistencia sanitaria que necesiten con una garantía de calidad y de eficiencia médica que exige el sometimiento a determinados requisitos. Conforme a éstos, las solicitudes de asistencia médica especializada deben presentarse por los hospitales del sistema nacional de salud, debiendo ir acompañadas de un informe exhaustivo confirmado por el jefe de servicio correspondiente y por el director médico. La decisión final le incumbe al Director de Salud. Además, dicho informe debe indicar una serie de datos sobre el estado de salud del paciente y el tratamiento, así como los lugares en el extranjero en que el paciente debería ser intervenido o tratado. Cuando se cumplen los requisitos legales, el paciente tiene derecho al reembolso íntegro de los gastos, incluidos los del viaje de ida y de la estancia propia y de un acompañante. El pago se efectúa por medio de la correspondiente unidad clínica competente para el procedimiento de certificación previa.

En el presente asunto, la Comisión Europea ha interpuesto recurso con arreglo al art. 226 TCE (actual art. 258 TFUE) pretendiendo que se declare que la República portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 49 TCE (actual art. 56 TFUE) --que prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país que no sea el del destinatario de la prestación--, al no establecer en su Derecho nacional la posibilidad del reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el entonces vigente Reglamento (CEE) núm. 1408/71 [sustituido actualmente por los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009, objeto a su vez de varias modificaciones posteriores] o, en su caso, al

(Reglamentos CEE/1408/71 y CEE/574/72). Los nuevos Reglamentos no cambian los principios básicos de la coordinación (sentados ya hace décadas) pero sí pretenden simplificar y modernizar los Reglamentos anteriores, principalmente mejorando los procedimientos para que su aplicación sea más ágil y eficaz a través de un sistema obligatorio de intercambio electrónico de información. Existe además un tercer Reglamento que posee gran relevancia práctica: el Reglamento UE/1231/2010 que permite la aplicación del Reglamento de base y el de desarrollo a los nacionales de terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos. Sobre el particular, CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en AA.VV. (NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J.M^a, Dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., pp. 193-194.

¹⁰ Dicha norma regula aspectos concretos relacionados con la asistencia sanitaria de los afiliados al Sistema Nacional de Salud de Portugal en el extranjero (en concreto, la asistencia médica altamente especializada que, por falta de medios técnicos o personales, no pueda suministrarse en territorio nacional). El art. 2 del mencionado Decreto-Ley establece como requisitos para un reembolso íntegro de los gastos médicos los siguientes: a) La existencia de un informe médico positivo exhaustivo, redactado por el profesional encargado de dispensar el tratamiento y confirmado por el jefe de servicio competente; b) la confirmación de dicho informe por el Director médico del hospital en que el paciente haya recibido tratamiento; c) la autorización del Director General de Hospitales, basada en el informe del servicio técnico.

someter el correspondiente reembolso de los gastos médicos no hospitalarios a la concesión de una autorización previa en condiciones restrictivas (a excepción del reembolso de determinados tratamientos médicos que, si bien se llevan a cabo en un consultorio médico, requieren el uso de grandes aparatos instalados y subvencionados por el Estado)¹¹.

Según reiterada jurisprudencia, y conforme a las reglas que determina el Derecho procesal de la Unión, en el marco de un recurso por incumplimiento corresponde a la Comisión demostrar la existencia del incumplimiento alegado. Debe facilitar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste verifique la existencia de tal incumplimiento, sin que pueda basarse en ninguna presunción¹². Sólo se produce una inversión de la carga de la prueba cuando la Comisión haya aportado suficientes elementos probatorios para poner de manifiesto un incumplimiento de los Tratados. En tal caso, incumbe al Estado miembro defenderse de forma sustancial y detallada, a fin de probar, a su vez, el correcto cumplimiento del Derecho¹³.

Sabido es que la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública debe respetar plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. A partir de tal premisa, el presente asunto gira en torno a la cuestión de si el régimen contra el que se dirige el recurso de la Comisión, contenido en la norma lusa, puede calificarse jurídicamente como restricción a la libre prestación de servicios, en la medida en que establece la exigencia de autorización previa por parte de las autoridades competentes para recibir prestaciones médicas en el extranjero.

Si a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la respuesta fuera afirmativa, se suscita adicionalmente la cuestión de si dicha restricción puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, siendo relevante para la apreciación jurídica que en el procedimiento principal se trata exclusivamente de tratamientos no hospitalarios.

Con carácter previo a la vía judicial, las autoridades portuguesas habían considerado “difícilmente imaginable que las prestaciones sanitarias puedan estar sujetas a las reglas del mercado interior” y que los Estados miembros tienen la facultad de establecer legalmente que el reembolso de gastos médicos por tratamientos no hospitalarios esté

¹¹ Y que vienen enumerados de manera exhaustiva en la normativa nacional como, por ejemplo, las cámaras gamma con o sin detector de coincidencia de emisión de positrones, tomógrafo de emisiones, cámaras de positrones, aparatos de tomografía magnética nuclear o espectrómetros de resonancia magnética nuclear de uso clínico, escáner de uso médico, cámaras de sobrepresión o ciclotrones de uso médico.

¹² Vid., entre otras, las SSTJCE de 25 de mayo de 1982, Comisión/Países Bajos, apartado 6; de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Grecia, apartado 17; de 26 de junio de 2003, Comisión/España, apartado 26; de 6 de noviembre de 2003, Comisión/Reino Unido, apartado 21; de 29 de abril de 2004, Comisión/Austria, apartado 34; de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, apartado 33; de 6 de octubre de 2009, Comisión/Suecia, apartado 49 y de 29 de octubre de 2009, Comisión/Finlandia, apartado 52.

¹³ Vid. las SSTJCE de 12 de diciembre de 1996, Comisión/Alemania, apartado 17 y de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Grecia, apartado 21.

sometido a la concesión de una autorización previa, lo cual no se opone a la aplicación de la legislación de la Unión referente al acceso de los nacionales portugueses a prestaciones sanitarias en la Unión y, mucho menos, a las libertades fundamentales de sus ciudadanos, consagradas en el Tratado de la Unión Europea.

III. PRECEDENTES JUDICIALES A PROPÓSITO DE LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS AL ACCESO TRANSFRONTERIZO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO

El asunto enlaza con una larga serie de pronunciamientos en los que el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve los límites que marca el Derecho de la Unión a las restricciones por parte de los Estados miembros al acceso transfronterizo a las prestaciones sanitarias en el mercado interior europeo. En el ejercicio de las facultades que se le atribuyan para interpretar el Derecho de la Unión, en este caso las disposiciones del Derecho primario sobre la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia ha desarrollado a lo largo de los años una extensa jurisprudencia que se ha ido pormenorizando con cada petición de decisión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

En efecto, dicha jurisprudencia realmente complementa el ordenamiento jurídico comunitario¹⁴, máxime tras el Tratado de Ámsterdam, en virtud del cual ha visto ampliadas sus competencias¹⁵. La afirmación precedente viene a poner de relieve cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido un notable y reconocido protagonismo en la construcción y elaboración del Derecho social de la Unión Europea y de sus principios esenciales, ejerciendo a veces funciones de suplencia o sustitución de otras instituciones comunitarias, en particular en cuanto cabe considerar al poder legislativo comunitario, descubriendo los elementos inherentes e imprescindibles de tal orden¹⁶. Esta disposición a ir “más allá” de la letra de los Tratados ha permitido, por lo demás, adaptarlos sin traumas a las nuevas realidades y realizar avances en la propia lógica del sistema comunitario, por encima de la reticencia de algunos Estados¹⁷; trazando las fronteras inciertas del reparto competencial entre la Unión y los Estados según el principio de subsidiariedad y de reparto

¹⁴ MARTINEZ ABASCAL, V.: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia laboral”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 132, 1996, pp. 69 y ss. o MANCINI, F.: “The European Court of Justice and the external competences of the Community”, en AA.VV. (DAVIES, P; LYON-CAEN, A., et al.): *European Community Labour Law. Principles and perspectives: Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Oxford University, Oxford, 1996, pp. 95 y ss.

¹⁵ SILVA DE LA PUERTA, R.: “La ampliación en el Tratado de Ámsterdam de las competencias del Tribunal de Justicia”, en AA.VV.: *España y la negociación del Tratado de Ámsterdam*, Estudios de Política Exterior: Biblioteca Nueva, Madrid, 1998, pp. 291 y ss.

¹⁶ En general, PALACIO GONZALEZ, J.: *El sistema judicial comunitario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

¹⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Concepto, contenido y eficacia del Derecho Social Internacional y del Derecho Social Comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, pp. 32-33. En el mismo sentido, DAVIES, P.: “The European Court of Justice, National Courts and the member States”, en AA.VV. (DAVIES, P; LYON-CAEN, A., et al.): *European Community Labour Law: Principles and Perspectives: Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, cit., pp. 95 y ss.

o separación material en el ámbito de la política social entre los principios de soberanía nacional y mayoría cualificada.

La jurisprudencia no es propiamente fuente del Derecho Comunitario, pues la función del Tribunal no es otra que la de velar por la correcta interpretación y aplicación de aquél, sin ostentar, por tanto, verdadero poder de creación normativa¹⁸. Sin embargo, en la resolución de recursos, a través de los cuales se analizan posibles incumplimientos en materia social por parte de los Estados¹⁹ y, sobre todo, de cuestiones prejudiciales²⁰, surge una fuente de enorme trascendencia, al contribuir de forma decisiva a unificar criterios de interpretación, evitando los riesgos de dispersión interpretativa de los Tribunales nacionales de los distintos Estados miembros²¹, tanto de los Tratados básicos como del Derecho derivado.

Gracias a la extensa jurisprudencia sobre esta materia se ha ido perfilando el derecho de los ciudadanos de la Unión a un acceso lo más amplio posible a servicios sanitarios transfronterizos, conocido generalmente como “movilidad de los pacientes”²². Hasta ahora, el Tribunal de Justicia ha jugado un papel de precursor en la realización del derecho de toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria, recogido en el art. 35 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea²³, reduciendo las restricciones producidas a través de normas nacionales que impedían establecer un mercado interior para servicios sanitarios, a pesar de la inactividad del legislador de la Unión. De este modo han surgido algunos principios importantes sobre las condiciones en las que los pacientes tienen derecho a recibir tratamiento médico en otros Estados miembros, con arreglo a las disposiciones en materia de libre prestación de servicios, y al reembolso de los costes de dicho tratamiento por parte de los sistemas públicos del seguro de enfermedad al que estén afiliados.

¹⁸ TOFFOLI, S.: “Comunità Europea e tutele giurisdizionali”, *Il Diritto del Lavoro*, núm. 3, 1997, pp. 188 y ss.

¹⁹ Pioneras SSTJCE 251/89, de 11 de junio de 1991, asunto Athanasopoulos y 87 y 88/90, de 11 y 25 de julio de 1991, asuntos Verholen, Van Wetten y Heiderijk. En la doctrina, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 656 y ss.

²⁰ LUJÁN ALCARAZ, J.: “La interpretación y aplicación del Derecho Comunitario por el juez español: La cuestión prejudicial en el orden social”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 1999, pp. 10 y ss.

²¹ MARTÍN VALVERDE, A.: “La aplicación jurisdiccional del Derecho Social de la Comunidad Europea”, en AA.VV.: *Política social de la Comunidad Europea, Jurisprudencia social 1964-1972*, T. I, Vol. 3, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 11 y ss.; MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 40, 1993, pp. 95 y ss. o AA.VV.: *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.

²² STJCE de 16 de mayo de 2006, asunto Watts (C-372/04), apartado 1.

²³ En virtud del cual “toda persona tiene derecho a acceder 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 nivel elevado de protección de la salud humana”. Una exégesis general sobre la misma en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La dimensión social de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa*, Gobierno del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, Oviedo, 2011, pp. 15 y ss.

Entre dichos precedentes judiciales conviene destacar los pronunciamientos emitidos ante los recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión contra una serie de Estados miembros, que han culminado en las sentencias de 15 de junio de 2010 (Comisión/España); de 5 de octubre de 2010 (Comisión/Francia) y de 27 de enero de 2011 (Comisión/Luxemburgo), testimonio cercano del empeño de la Unión por la aplicación consecuente del Derecho en interés de los ciudadanos europeos.

De hecho, los principios desarrollados en dicha jurisprudencia ya pueden considerarse parte del “acervo del Derecho de la Unión”, que el legislador comunitario ha tenido en cuenta en la redacción de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza²⁴, uno de cuyos objetivos consiste, precisamente, en establecer unas normas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad²⁵, a la vez que promover la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y prestación de asistencia sanitaria. Dicha Directiva tiene asimismo por objeto “aclarar su relación con el marco existente para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, Reglamento (CE) núm. 883/2004, con miras a la aplicación de los derechos de los pacientes”, sin afectar a las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la organización y financiación de la asistencia sanitaria en situaciones que no guardan relación con la asistencia sanitaria transfronteriza. Es más, expresamente se reconoce que dicha Directiva no obligará a un Estado miembro a reembolsar los gastos de la asistencia sanitaria prestada por entidades establecidas en su propio territorio, si dichos prestadores no forman parte del sistema de seguridad social o de sanidad pública de dicho Estado miembro.

En definitiva, en lugar de incluir este sistema de reembolso “jurisprudencial” en los propios Reglamentos de coordinación (quizás la opción más razonable), el legislador de la UE ha preferido llevar a cabo una intervención armonizadora de otra índole, aprobando una Directiva *ad hoc* dónde se aclaran los derechos de los beneficiarios, facilitando su movilidad y el reparto de obligaciones entre las instituciones sanitarias involucradas. Además, en este contexto transfronterizo sienta las bases no sólo de unos principios comunes de todos los sistemas sanitarios de los Estados miembros (especialmente en relación con la seguridad y la calidad) sino también de la cooperación europea en materia sanitaria²⁶.

²⁴ DO L 88, de 4 de abril de 2011.

²⁵ Precisamente por el hecho de que la asistencia sanitaria fuera excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, resultaba especialmente importante abordar estas cuestiones en un instrumento jurídico de la Comunidad específico, a fin de lograr una aplicación más general y eficaz de los principios desarrollados casuísticamente por el Tribunal de Justicia.

²⁶ Más ampliamente sobre esta cuestión CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Novedades normativas y jurisprudenciales en el reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE: entre la coordinación de los sistemas nacionales y la libre prestación de servicios”, en AA.VV. (SÁNCHEZ-NAVARRO, C., Dir.): *Inmigración, mujeres y menores*, Laborum, Murcia, 2010, págs. 309 y ss.

IV. PLANTEAMIENTO DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO

Aun cuando una autorización previa pueda representar, en ciertas circunstancias, una restricción a la libre prestación de servicios, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el art. 56 TFUE no se opone a tal autorización, siempre que dependa de criterios objetivos que deban cumplirse. Es más, el propio art. 22 del Reglamento núm. 1408/71 sometía las prestaciones sanitarias transfronterizas a la concesión de una autorización previa. Por tanto, la contradicción del proceso reside en determinar si un sistema que somete el reembolso de gastos médicos a una autorización previa podría estar justificado o si, por el contrario, unas condiciones restrictivas para su concesión resultan contrarias al Derecho de la Unión.

En principio, un sistema que exige una autorización previa no representa necesariamente una restricción injustificada de la libre prestación de servicios. Existen razones imperiosas de interés general que justifican un sistema así, especialmente en el marco de las prestaciones sanitarias hospitalarias. Tal y como alegó el Gobierno español en su papel de coadyuvante, sería erróneo trasladar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias *Kohll* y *Müller-Fauré* y *van Riet*, relativas a prestaciones odontológicas, a cualquier prestación sanitaria no hospitalaria. Es más, el propio Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia *Kohll* la capacidad de los Estados miembros de “restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población”.

Debe examinarse, por tanto, si el sistema portugués introduce un procedimiento administrativo de autorización basado en criterios objetivos y no discriminatorios, que los interesados conozcan de antemano y que permita apreciar los límites del poder de decisión de las autoridades nacionales. Se aprecia en el presente recurso por incumplimiento un intento de la Comisión de forzar una solución en el plano jurídico que ha sido rechazada por los Estados miembros, a quienes incumbe la competencia de configurar los sistemas de Seguridad Social y el Sistema de Salud. Con su recurso, la Comisión imputa a la República portuguesa haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 56 TFUE. Frente a ello, el Gobierno portugués responde, en primer lugar, remitiéndose al proceso legislativo dirigido a adoptar una Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza y, en segundo término, cuestionando la aplicabilidad de las disposiciones del Derecho primario sobre la libre prestación de servicios, al ámbito de las prestaciones sanitarias transfronterizas. Ambos argumentos se refieren, por tanto, a la aplicabilidad tanto temporal como material del antiguo art. 49 TCE (actual art. 56 TFUE) al presente asunto.

En cuanto se refiere al Derecho aplicable “por razón del tiempo”, debe señalarse, en primer término, que un Estado miembro no puede invocar con éxito un acto jurídico que ni siquiera ha entrado en vigor y, por tanto, no despliega efectos jurídicos en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión. La confianza en la existencia invariable de una

determinada propuesta de la Comisión para un acto jurídico no puede considerarse objetivamente como digna de protección, pues tales propuestas pueden sufrir numerosas modificaciones por parte del Consejo y del Parlamento en el curso del proceso legislativo, y es precisamente ésta la razón por la que sólo en cierta medida puede atenderse a dichas propuestas como recurso interpretativo.

En cualquier caso, debe recordarse que la finalidad del procedimiento previsto en el art. 258 TFUE es determinar los incumplimientos del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros en un momento determinado y relevante²⁷, sin que las posteriores modificaciones del ordenamiento comunitario se tengan en cuenta, ni tampoco las posteriores regularizaciones por el Estado miembro de que se trate. Por lo tanto, el hecho de que el proceso legislativo concluyera con éxito y se aprobara una Directiva que regula detalladamente la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, en nada altera el objeto del recurso.

La segunda objeción del Gobierno portugués cuestiona la “aplicabilidad material” de las disposiciones del Derecho primario relativas a la libre prestación de servicios. Para fundamentar su opinión se remite a la disposición que atribuye a los Estados miembros las responsabilidades en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica (antiguo art. 152.5 TCE, actual 168 TFUE). Tales alegaciones resultan acertadas en la medida en que tienen por objeto la responsabilidad de los Estados miembros en materia de asistencia sanitaria. De hecho, expresándolo de manera simplificada, éstos continúan siendo los “dueños de la política sanitaria”, lo que significa que la Unión no debe contravenirla.

En cuanto a los argumentos alegados por el Gobierno portugués relativos a una justificación por razones imperiosas, en concreto, la capacidad de financiación del sistema nacional de salud y la salvaguarda del acceso a una asistencia sanitaria general, debe tenerse en cuenta, como hizo la Comisión, que “la exigencia de autorización previa no puede justificarse por razones de salud pública, ni apelando a un grave riesgo para el equilibrio financiero de los sistemas de Seguridad Social”. Además, cabe reprochar a las autoridades portuguesas que no hayan acreditado la existencia de un riesgo real de alteración del equilibrio financiero de su sistema de salud a causa del reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en el extranjero. Por el contrario, el Gobierno portugués expone que no existe en los Tratados disposición alguna que conceda a los ciudadanos de la Unión el derecho a exigir el reembolso de gastos médicos por tratamientos efectuados en el extranjero o que les permita el ejercicio ilimitado de ese derecho, sin regularlo por un mecanismo de autorización previa.

²⁷ La existencia de un incumplimiento del Tratado debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado. Ése es el único momento determinante para apreciar el incumplimiento del Tratado. En tal sentido, Vid. las SSTJCE de 1 de junio de 1995, Comisión/Italia; de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania; de 16 de diciembre de 1997, Comisión/Italia, apartado 14; de 11 de junio de 1998, Comisión/Grecia, apartado 38; de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica, apartado 22; de 3 de octubre de 2002, Comisión/España, apartado 15, y de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo, apartado 18.

En este contexto conviene recordar cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicabilidad del art. 56 TFUE a las prestaciones sanitarias transfronterizas se caracteriza por dos elementos: un marco procesal específico y su falta de seguridad y claridad jurídicas. Además, según sostiene la república portuguesa, “todas las sentencias del Tribunal de Justicia se dictaron en el marco de procedimientos de decisión prejudicial”, lo que impide trasladar al presente asunto las soluciones adoptadas en aquellos.

En fin, el art. 56 TFUE debe compatibilizarse con las demás disposiciones de los Tratados. A tal efecto, el antiguo art. 152.5 TCE (actual art. 168 TFUE) contiene una reserva de competencias a favor de los Estados miembros y su aplicación efectiva excluye la de cualquier otra disposición de los Tratados que pudiera vaciar de contenido las facultades de las instituciones nacionales de decisión en materia de organización, financiación y configuración del modelo del sistema nacional de salud. Resulta necesaria, por tanto, una concordancia práctica entre ambos preceptos, de manera que el art. 56 TFUE quede relegado por razones imperiosas de interés general. Para ello, el Gobierno portugués invoca varias razones que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han sido consideradas legítimas, entre otras, la necesidad de salvaguardar el equilibrio financiero de los sistemas de Seguridad Social y de asistencia sanitaria.

V. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD

Las competencias de la Unión en la materia son limitadas, en tanto sólo “complementan” las políticas nacionales y “fomentan” su cooperación. Dicha relegación de la actividad de la Unión en materia de protección de la salud por las políticas de los Estados miembros debe considerarse una expresión más del principio de subsidiariedad, que no perjudica la facultad de la entidad supranacional de establecer pautas mínimas de protección de ámbito comunitario para eliminar las restricciones a las libertades fundamentales en el marco de la armonización de las políticas nacionales de protección de la salud. La propia Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, que persigue garantizar, entre otras cuestiones, la movilidad de los pacientes y la libertad para la prestación de asistencia sanitaria, se fundamenta precisamente en dicha facultad.

El Tribunal de Justicia es consciente del complejo reparto de funciones entre la Unión y sus Estados miembros, pues, como ha declarado en su reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión no restringe la competencia nacional para organizar sus sistemas de Seguridad Social²⁸. Esto significa que, a falta de armonización a escala de la Unión

²⁸ En SSTJCE de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16; de 17 de junio de 1997, Sodermare y otros (C-70/95, Rec. p. I-395), apartado 27; de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 17; de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-12641), apartado 29; Watts, cit., apartado 92 y de 15 de junio de 2010, Comisión/España (C-211/08, Rec. p. I-0000), apartado 53.

Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos para la concesión de prestaciones de Seguridad Social²⁹.

En este contexto resulta imprescindible, una vez más, la referencia al asunto *Watts*³⁰, en que el Tribunal de Justicia recordó con toda claridad que la acción de la Unión respeta plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. Sin embargo, dicha disposición no excluye que, en virtud de otros preceptos del Tratado, tales como el art. 56 TFUE, o de medidas adoptadas con arreglo a otras disposiciones, los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en sus sistemas nacionales de asistencia sanitaria y de Seguridad Social³¹.

En pronunciamientos anteriores el Tribunal de Justicia ya había destacado que en el ejercicio de la competencia que les confiere el art. 168 TFUE, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, incluidas las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios³², pues implican la prohibición de que los Estados introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de esta libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria³³.

Asimismo, debe destacarse la circunstancia de que el Tribunal de Justicia ha advertido expresamente que la realización de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado obliga inevitablemente a los Estados miembros a introducir adaptaciones en su sistema nacional de Seguridad Social, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su

²⁹ SSTJCE de 24 de abril de 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445), apartado 12; de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 15; de 30 de enero de 1997, Stöber y Piosa Pereira (C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511), apartado 36; Watts, cit., apartado 92; de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet (C-385/99, Rec. p. I-4509), apartado 100; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, apartado 53 y de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo (C-490/09, Rec. p. I-0000), apartado 32.

³⁰ Apartado 146. En la misma idea incide la STJUE de 15 de junio de 2010, Comisión/España, apartado 75.

³¹ STJCE Watts, cit., apartado 147.

³² SSTJCE de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831), apartado 19; de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473), apartados 44 a 46; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 100; de 23 de octubre de 2003, Inizan (C-56/01, Rec. p. I-12403), apartado 17; Watts, cit., apartado 92 y de 15 de junio de 2010, Comisión/España, cit., apartado 53. En el asunto Inizan el Tribunal de Justicia declaró, remitiéndose por analogía a otras anteriores, que no se cumple el segundo requisito formulado en el art. 22.2, párrafo segundo, del entonces vigente Reglamento núm. 1408/71 cuando se pueda obtener en tiempo oportuno un tratamiento idéntico o que tenga el mismo grado de eficacia para el paciente en su Estado miembro de residencia. Inspirándose en las sentencias Smits y Peerbooms y Müller-Fauré y van Riet, el Tribunal de Justicia precisó que para poder apreciar si un tratamiento que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente puede obtenerse en tiempo oportuno en el Estado miembro de residencia, la institución competente está obligada a tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo debidamente en cuenta no solamente la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización y, en su caso, el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad de este último, porque puede, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional, sino, además, sus antecedentes.

³³ SSTJCE de 5 de octubre de 2010, Elchinov (C-173/09, Rec. p. I-0000), apartado 40; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, cit., apartado 23; Stamatelaki (C-444/05, Rec. p. I-3185), apartado 23 y Watts, cit., apartado 92.

competencia soberana en la materia³⁴. Por último, no debe obviarse que la Unión Europea puede ejercer una influencia sustancial sobre los sistemas de salud de los Estados miembros en virtud de medidas dirigidas, por ejemplo, a la aplicación de las libertades fundamentales³⁵.

En el ámbito de los servicios sanitarios transfronterizos podría decirse que se produce una interrelación entre el Derecho de la Unión y el nacional, de manera que, con frecuencia, el primero se limita sustancialmente a establecer un objetivo vinculante (en este caso la realización de la libre circulación de personas como pacientes, así como su igualdad de trato frente a las autoridades nacionales, independientemente de su nacionalidad) mientras que subsisten las competencias de los Estados miembros, que se han de acomodar al marco normativo que establece el Derecho primario y derivado, en la medida en que los Estados miembros no pueden vulnerar el Derecho de la Unión en el ejercicio de sus competencias³⁶. La concreta extensión del marco del ordenamiento comunitario la determina el Tribunal de Justicia, en la medida en que le corresponde la función asignada en los Tratados constitutivos de “aclarar y precisar”, por la vía de la interpretación, el significado y el alcance de una norma tal como debe o debería haber sido entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor.

Dicha doctrina consolidada lleva a pensar que la República portuguesa no puede invocar con éxito su competencia originaria en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica en su territorio nacional para eludir el cumplimiento de las obligaciones que le impone el resto del Derecho primario de la Unión, sobre todo las disposiciones relativas a las libertades fundamentales.

³⁴ SSTJCE de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, cit., apartado 45; Watts, cit., apartado 147 y Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 102. En esta última el Tribunal de Justicia subrayó que, para acreditar que un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente esté disponible en tiempo oportuno en un establecimiento situado en el territorio del Estado miembro de residencia, la institución competente no puede basarse exclusivamente en la existencia de listas de espera en dicho territorio, sin tomar en consideración las circunstancias concretas que caracterizan la situación médica del paciente de que se trate.

³⁵ A título de ejemplo, SSTJCE de 11 de diciembre de 2003, DocMorris (C-322/01, Rec. p. I-14887) –a propósito de la prohibición nacional de la venta de medicamentos por correspondencia–; de 9 de septiembre de 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389) –a propósito del servicio de atención continuada de un médico en un hospital en relación con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores–; Leichtle, cit., apartado 51 –relativa a los requisitos para el reembolso de gastos de una cura termal en otro Estado miembro– y de 3 de octubre de 2000, Ferlini (C-411/98, Rec. p. I-8081), apartados 47 y 48.

³⁶ VAN RAEPENBUSCH, S.: “Dossier: l’Europe de la santé. L’état de la jurisprudence de la CJCE relative au libre accès aux soins de santé à l’intérieur de l’Union européenne après l’arrêt du 16 mai 2006, Watts, C-372/04”, *Gazette du Palais*, diciembre, 2006, p. 8.

VI. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN DEL ART. 56 TFUE (ANTIGUO ART. 49 TCE)

En lo que concierne a la cuestión añadida de si la normativa nacional controvertida está comprendida en el ámbito material de aplicación del art. 56 TFUE (art. 49 TCE en el momento de dictarse la sentencia comentada), procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios³⁷, sin que deba distinguirse entre la asistencia dispensada en un marco hospitalario o fuera de él³⁸.

También resulta indubitado que la libre prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que requieren tratamiento médico, para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de recibir allí dichos servicios, sin verse menoscabados por restricciones injustificadas³⁹ y que una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios, a efectos del art. 56 TFUE, por el hecho de que el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero⁴⁰. Por tanto, disposiciones nacionales como las contenidas en la norma lusa debatida, que establecen las condiciones tanto para el acceso de un paciente a servicios sanitarios transfronterizos, como el reembolso de los gastos médicos por parte de las autoridades de un sistema nacional de asistencia sanitaria, están comprendidas en el ámbito material de aplicación del art. 56 TFUE⁴¹.

Por lo demás, al contrario de lo que sostiene el Gobierno portugués, que de forma reiterada alega la imposibilidad de trasladar los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia al presente asunto, el hecho de que el sistema nacional de salud de Portugal, al contrario de lo que sucede con los de otros Estados miembros, no esté financiado con

³⁷ SSTJCE de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, cit., apartado 34; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, cit., apartado 47; Stamatelaki, cit., apartado 19; Watts, cit., apartado 86; de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Rec. 1991, p. I-4685), apartado 18 y Kohll, cit., apartado 29.

³⁸ SSTJCE de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, cit., apartado 34; de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia (C-512/08, Rec. 2010, p. I-0000), apartado 30; Leichtle, cit., apartado 28; Stamatelaki, cit., apartado 19; Watts, cit., apartado 86; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 103; de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros (C-368/98, Rec. 2001, p. I-5363), apartado 41 y Smits y Peerbooms, cit., apartado 53.

³⁹ SSTJCE de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, cit., apartado 35; de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, cit., apartado 31; Elchinov, cit., apartado 37; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, cit., apartado 49; Stamatelaki, cit., apartado 20 y Watts, cit., apartado 87.

⁴⁰ SSTJCE de 15 de junio de 2010, Comisión/España, cit., apartado 47; Stamatelaki, cit., apartado 21 y Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 103.

⁴¹ Vid. la sentencia Smits y Peerbooms, cit., apartados 60 a 69 y la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Cambio, Rinsal y Slinning (E-11/07 y C-1/08), apartado 44, en las que no sólo se afirma la aplicabilidad material de las disposiciones del Derecho primario relativas a la libre prestación de servicios en los Tratados CE y EEE, sino también el carácter restrictivo de las disposiciones nacionales de que se trata.

cuotas de los afiliados, sino exclusivamente con impuestos y otros recursos presupuestarios del Estado, en absoluto se opone a que se examine la compatibilidad de las disposiciones debatidas con el artículo comentado (tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia) pues, como de forma concluyente declaró en la tantas veces citada sentencia *Watts*, especialmente en relación con un sistema nacional de salud financiado con impuestos como es el *National Health Service* del Reino Unido, las disposiciones del Derecho primario sobre la libre prestación de servicios son aplicables “con independencia del modo en que funcione el [respectivo] sistema nacional de salud”. Precisamente una de las novedades de la sentencia *Watts* fue el traslado a los sistemas nacionales de salud financiados con impuestos de la anterior jurisprudencia sobre la libre circulación en el marco de un seguro legal de enfermedad financiado con cuotas⁴². Es más, como ya quedó sentado tras la sentencia *Müller-Fauré y van Riet*, no procede, desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, establecer una distinción atendiendo a si la caja del seguro de enfermedad o el presupuesto nacional paga directamente al prestador del servicio.

VII. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A PROPÓSITO DE LA RESTRICCIÓN “INJUSTIFICADA” DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Según jurisprudencia asentada, el art. 56 TFUE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado⁴³. Sin embargo, sólo puede determinarse la existencia de una restricción “injustificada” de la libre prestación de servicios y, por tanto, de un incumplimiento del Derecho de la Unión una vez se haya esclarecido suficientemente el objeto del litigio, para lo cual resulta necesario examinar las pretensiones de la Comisión.

Ésta fundamenta su recurso en dos incumplimientos alternativos. En primer término, y como ha sido *supra* señalado, reprocha a la República portuguesa que en su ordenamiento jurídico no prevea la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el entonces vigente Reglamento núm. 1408/71. Subsidiariamente, haber establecido un sistema que somete el reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa.

⁴² SCHIANO, R.: “Arrêt , Yvonne Watts”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, núm. 2, 2006, p. 461.

⁴³ SSTJCE de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, cit., apartado 33; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, cit., apartado 55; Stamatelaki, cit., apartado 25; Watts, cit., apartado 94; Smits y Peerbooms, cit., apartado 61; Kohll, cit., apartado 33 y de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia, cit., apartado 17.

1. Sobre la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro

Respecto a la primera de las cuestiones, la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, el Tribunal examina, a partir de la información que las partes han puesto a su disposición, si la normativa nacional controvertida prevé dicho reintegro. En su escrito de recurso, la Comisión señala que, basándose en la información que las autoridades portuguesas le transmitieron en el marco del procedimiento administrativo previo, dedujo que el ordenamiento jurídico portugués no prevé la posibilidad de dicho reembolso, salvo en los casos previstos en la normativa de coordinación. Asimismo, la Comisión critica la información inexacta que las autoridades portuguesas suministraron sobre la finalidad normativa del Decreto-Ley núm. 177/92 y sobre la aplicabilidad de dicho texto legal a los tratamientos no hospitalarios dispensados en otro Estado miembro.

Debe recordarse que los Estados miembros están obligados a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, la cual consiste especialmente en velar por la aplicación de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud del Tratado⁴⁴. De dicha obligación se desprende que los Estados miembros están obligados a cooperar “de buena fe” en cualquier investigación efectuada por la Comisión y a facilitar a ésta toda la información solicitada al respecto⁴⁵. A juicio del Tribunal, del Decreto-Ley núm. 177/92 se deduce que dicha norma legal establece, en cualquier caso, los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero, sin que nada indique que la ley distinga entre los tratamientos hospitalarios y los no hospitalarios. Por tanto, al contrario de lo que supone la Comisión, la norma lusa cuestionada, como ley nacional pertinente, sí prevé, en principio, la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.

2. A propósito del efecto disuasorio, sobre potenciales destinatarios de servicios, de la “autorización previa” para recibir asistencia médica “altamente especializada” en el extranjero

La Comisión reprocha a la República portuguesa haber establecido un sistema que somete el reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa, lo cual, a juicio del Tribunal de Justicia, constituye, tanto para los prestadores de servicios como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios⁴⁶ si resulta que puede disuadir a los

⁴⁴ Entre otras, las SSTJCE de 13 de diciembre de 1991, Comisión/Italia (C-33/90, Rec. 1991, p. I-5987), apartado 18 y de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda (C-494/01, Rec. 2005, p. I-3331), apartado 197.

⁴⁵ SSTJCE de 11 de diciembre de 1985, Comisión/Grecia (192/84, p. 3967), apartado 19; de 6 de marzo de 2003, Comisión/Luxemburgo (C-478/01, Rec. p. I-2351), apartado 24; de 13 de julio de 2004, Comisión/Italia (C-82/03, Rec. p. I-6635), apartado 15 y de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda, cit., apartado 198. En el mismo sentido, LENAERTS, K., ARTS, D. y MASELIS, I.: *Procedural Law of the European Union*, 2ª ed., Londres, 2006, p. 163.

⁴⁶ SSTJCE de 31 de enero de 1984, asuntos Luisi y Carbone (286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16; de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 31 y Kohll, cit. o Rinsal y Slinning del Tribunal de la AELC, cit.

asegurados de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro para obtener la asistencia necesaria⁴⁷.

Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el alcance de la libre prestación de servicios se interpreta de manera tan extensa que, para afirmar la existencia de un efecto restrictivo de una disposición nacional, basta que ésta pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesante para el destinatario recurrir a la prestación ofertada en otro Estado miembro⁴⁸. En consecuencia, a los efectos del control judicial, es suficiente con examinar si las disposiciones nacionales controvertidas pueden tener un efecto disuasorio sobre potenciales destinatarios de servicios tan relevante como para satisfacer lo exigido por el concepto de restricción.

En todo caso debe tenerse presente que dicho régimen atiende explícitamente a situaciones transfronterizas y manifiestamente persigue dificultar que ciudadanos que viven en Portugal accedan a prestaciones sanitarias en el extranjero. El análisis de las disposiciones relevantes, en concreto, el Decreto-Ley núm. 177/92, pone de manifiesto cómo se somete tal reembolso a una “reserva de autorización”, creando a tal efecto un procedimiento administrativo específico, con arreglo al cual un paciente que necesite un tratamiento altamente especializado en el extranjero deberá obtener la venia de diferentes instancias hospitalarias al efecto. En concreto, las solicitudes deben presentarlas los hospitales del sistema nacional de salud, debiendo adjuntar a las mismas un informe exhaustivo del médico, confirmado tanto por el jefe de servicio correspondiente como por el Director médico. Su denegación conducirá, en último término, a que el paciente deba soportar la totalidad de sus gastos. Además, dicho régimen no comprende todo tipo de tratamientos médicos sino que se limita exclusivamente al considerado “altamente especializado” en el extranjero. Por tanto, la perspectiva de reembolso de gastos se limita a este tipo de tratamientos (siempre que se conceda la autorización correspondiente). A través de dicha autorización se certifica, esencialmente, que es preciso efectuar en el extranjero el tratamiento necesario (en el marco de la cooperación médica) porque por falta de recursos técnicos o personales no puede efectuarse en territorio nacional.

Como factor disuasorio adicional puede aducirse la complejidad del controvertido procedimiento de autorización, que se refleja sobre todo en su trifásica configuración, sin excluir la posibilidad de dictámenes contradictorios de las diferentes instancias en cuanto a la oportunidad del desplazamiento. Si bien el régimen controvertido no impide directamente a los pacientes dirigirse a un prestador de servicios en otro Estado miembro, la perspectiva de una pérdida económica en caso de no cobertura de los gastos médicos por el sistema nacional de salud, consecuencia de una decisión administrativa desfavorable, por sí sola ya es objetivamente apta para disuadir a los potenciales pacientes que deseen recibir asistencia médica en el extranjero. Esta opinión se avala

⁴⁷ SSTJCE de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, cit., apartado 32; Watts, cit., apartado 98; Leichtle, cit., apartado 30; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartados 41 y 44, y Smits y Peerbooms, cit., apartado 69.

⁴⁸ Vid. la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Fútbol Profissional (C-42/09, Rec. p. I-7633), apartado 51.

por las sentencias *Kohll, Smits y Peerbooms*, así como *Müller-Fauré y van Riet*, en las que el Tribunal de Justicia confirmó, entre otros aspectos, el efecto disuasorio de aquellas exigencias de autorización que tengan por objeto certificar la necesidad médica de un tratamiento en el extranjero.

En su defensa, el Gobierno portugués alega que resultan equiparables el procedimiento de “certificación previa de la necesidad clínica” de un tratamiento en el extranjero y la remisión a un médico especialista en territorio nacional, si bien faltan pruebas de que la remisión a un médico especialista en Portugal requiera obtener una autorización de tres instancias diferentes. Cabe suponer que una remisión a un médico especialista en territorio nacional va acompañada de gestiones administrativas mucho menores que una remisión al extranjero, en el marco del controvertido procedimiento de autorización. Por lo tanto, cabe compartir con el Tribunal que el sistema de autorización previa puede disuadir a potenciales pacientes de dirigirse a prestatarios de servicios sanitarios en otro Estado miembro, por lo que constituye, tanto para esos pacientes como para los propios prestadores de servicios, un obstáculo a la libre prestación de servicios.

Además, debido a su condición de servicios sanitarios, los “otros” tratamientos médicos no hospitalarios en el extranjero también están amparados por la libre prestación de servicios. La categórica falta de reconocimiento del derecho al reembolso de gastos de enfermedad efectuados en el extranjero en el marco de dichos tratamientos lleva a pensar a quien suscribe que representa una clara restricción de la libre circulación de servicios en el sentido de la definición citada, en tanto hace más difícil a los pacientes establecidos en Portugal acceder a servicios sanitarios en otros Estados miembros que recurrir a los mismos servicios en territorio nacional.

VIII. POSIBLES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN

Apreciadas sendas restricciones de la libre prestación de servicios, tanto para los tratamientos médicos “altamente especializados” como para los “otros” tratamientos, resulta necesario valorar si, de alguna manera, pudieran estar objetivamente justificadas, pues una restricción de las libertades fundamentales sólo puede justificarse si existe una causa legítima. Desde el punto de vista metodológico, con tal justificación deberá lograrse la necesaria “concordancia práctica” entre la soberanía normativa y de organización de los Estados miembros en materia de asistencia sanitaria y las reglas del mercado interior⁴⁹, para lo cual, el Tribunal de Justicia está llamado a conseguir un equilibrio razonable entre los intereses enfrentados.

A tal efecto resulta necesario delimitar estrictamente ambas situaciones.

En el caso de los tratamientos médicos “altamente especializados”, la principal causa de justificación se suscita a propósito de la restricción resultante de la exigencia de

⁴⁹ COUSINS, M.: “Patient Mobility and National Health Systems”, *Kluwer Law International*, 2007, p. 190.

autorización previa, mientras que en el caso de los “otros” tratamientos se ha de examinar la justificación de la restricción resultante de la falta de posibilidad de reembolso.

A favor de tal justificación diferenciada cabe aducir, en primer término, la diferente intensidad con la que cada norma nacional controvertida restringe la libre prestación de servicios y, en segundo lugar, el hecho de que las exigencias jurídicas para una justificación en el Derecho de la Unión sean en parte distintas.

1. Justificación en el caso de los tratamientos médicos “altamente especializados”

Como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a un sistema de autorización previa, pero resulta necesario que los requisitos para su concesión se justifiquen con arreglo al principio de proporcionalidad⁵⁰. Para ello resulta imprescindible que tal restricción no exceda de lo que es “objetivamente necesario” a dichos efectos y “que dicho resultado no pueda obtenerse mediante normas menos coercitivas”⁵¹. Asimismo, tal sistema debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda ejercerse de manera arbitraria⁵².

Para poder mantener la anhelada justificación, al Tribunal de Justicia le corresponde la difícil tarea de compatibilizar, en la mayor medida posible, las exigencias de la libre circulación de personas y la necesidad de conservar el equilibrio financiero de los servicios nacionales de salud, al objeto de mantener una asistencia sanitaria general. En el caso concreto debatido, el interés de un afiliado a un sistema nacional de salud por beneficiarse de las ventajas del mercado interior desde la perspectiva de la libre circulación de servicios sanitarios y la voluntad de los Estados miembros de conservar la estabilidad financiera de sus servicios de salud, para poder seguir garantizando a sus afiliados servicios sanitarios de alta calidad.

A propósito de los prestados con carácter transfronterizo, el Tribunal de Justicia reconoce una serie de posibles causas de justificación. Sin embargo, hasta la fecha no ha habido pronunciamiento por su parte sobre si realmente cabe justificación en una situación como la presente, en la que la restricción de la libre prestación de servicios es consecuencia de la aplicación de un régimen nacional que puede resultar discriminatorio, en cuanto establece una exigencia de autorización “exclusivamente” para los tratamientos médicos en el extranjero.

A este respecto cabe recordar que, conforme a la jurisprudencia tradicional, no es posible recurrir a razones imperiosas de “interés general” para justificar restricciones de

⁵⁰ SSTJCE Elchinov, cit., apartado 44 y Smits y Peerbooms, cit., apartado 82.

⁵¹ Sentencia Watts, cit., apartado 106.

⁵² Vid. las SSTJCE Elchinov, cit., apartado 44; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartados 83 a 85 y Smits y Peerbooms, cit., apartados 82 y 90.

las libertades fundamentales aplicadas de forma discriminatoria⁵³. Por lo tanto, resulta dudoso si el Tribunal de Justicia puede realmente examinar las causas de justificación que invoca el Gobierno portugués para restringir la libre prestación de servicios. Por otra parte, en la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia se encuentran claros indicios de que, en determinados ámbitos, las razones imperiosas de interés general también pueden invocarse para justificar restricciones discriminatorias de las libertades fundamentales, si bien, obviamente, se ha de respetar siempre el principio de proporcionalidad⁵⁴.

En el presente procedimiento, sin embargo, no es preciso responder de forma definitiva a la cuestión de si la controvertida restricción discriminatoria de la libre prestación de servicios se puede justificar apelando a razones imperiosas de interés general, pues tal justificación presupone siempre que se respete el principio de proporcionalidad, requisito que difícilmente se cumple en este caso.

A) Salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de seguridad social

Para justificar la restricción de la libertad fundamental en cuestión, el Gobierno portugués alega la necesidad de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema nacional de Seguridad Social, aduciendo que el art. 64.2.c) de la Constitución portuguesa obliga al Estado a crear un sistema nacional de asistencia sanitaria que brinde a la población servicios, en la medida de lo posible, gratuitos. Tal gratuidad del sistema impone una costosa financiación a través de ingresos fiscales y otros recursos procedentes del presupuesto estatal. A juicio del Gobierno portugués, la financiación de la asistencia sanitaria con recursos públicos prohíbe asumir los gastos médicos causados por tratamientos en el extranjero. Afirma, asimismo, que el sistema se distingue por su carácter autónomo y su amplia cobertura y que su estructura, avalada constitucionalmente, pone límites al acceso de los pacientes a la asistencia médica en el extranjero, así como al reembolso de gastos médicos.

Sería posible rebatir tales alegaciones del Gobierno portugués a partir de las razones esgrimidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en virtud de las cuales, razones “meramente económicas” no pueden justificar una restricción del principio fundamental

⁵³ Paradigmática resulta en tal sentido la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37. En cuanto a restricciones discriminatorias de la libre prestación de servicios, vid. las SSTJCE de 6 de octubre de 2009, Comisión/España (C-153/08, Rec. p. I-9735), apartado 36; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941), apartados 36 y 37 y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia (C-388/01, Rec. p. I-721), apartado 19. Respecto del principio de que las restricciones de la libertad de establecimiento basadas en la nacionalidad no pueden justificarse apelando a razones imperiosas de interés general, entre otras, sentencias de 16 de diciembre de 2010, Comisión/Francia (C-89/09, Rec. p. I-0000), apartados 50 y 51; de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, Rec. p. I-0000), apartados 61 y 62; de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171), apartados 25 y 26 y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721), apartados 44 y 45.

⁵⁴ Es lo que sucede, por ejemplo, en relación con las medidas nacionales de protección del medio ambiente con carácter discriminatorio. Vid. al respecto las conclusiones presentadas el 16 de diciembre de 2010 en el asunto Comisión/Austria (C-28/09), puntos 82 y ss.

de la libre prestación de servicios. Sin embargo, tal argumento de peso no puede ser desestimado sin más con el fundamento expuesto, si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia no ha excluido que un riesgo de “perjuicio grave para el equilibrio financiero” del sistema de Seguridad Social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que en determinadas circunstancias pueda justificar tal restricción⁵⁵.

Sin ir más lejos, en su pronunciamiento de 5 de octubre de 2010, a propósito del asunto galo, el Tribunal de Justicia recordó su anterior doctrina, con arreglo a la cual “las necesidades de la planificación” pueden justificar el requisito de someter a autorización previa la cobertura financiera por la institución competente de la asistencia prevista en otro Estado miembro⁵⁶. No obstante, tales consideraciones, enunciadas acerca de prestaciones médicas dispensadas en el medio hospitalario, no pueden trasladarse sin más a las situaciones en torno a las cuales gira el presente litigio, pues el análisis de la jurisprudencia revela que el Tribunal de Justicia ha admitido que se invoque dicha razón imperiosa, exclusivamente en casos en los que se trataba de servicios sanitarios en el ámbito hospitalario, pero no en el extrahospitalario⁵⁷. Esto es, una autorización previa del acceso transfronterizo a prestaciones representa un obstáculo a la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE, inadmisibles en caso de acceso a prestaciones no hospitalarias, pero admisibles en caso de acceso a prestaciones hospitalarias, pues en éstas debe protegerse la planificación y la seguridad de la asistencia.

En efecto, a la hora de valorar la oportunidad de este motivo de justificación, el Tribunal siempre distingue entre las prestaciones médicas hospitalarias y las no hospitalarias, reconociendo las necesidades de planificación de los Estados miembros únicamente para las primeras. A su juicio, dicha planificación responde a diversas preocupaciones. Por una parte, persigue el objetivo de garantizar en el territorio del Estado de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad. Por otra, se debe a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos⁵⁸.

Tal actividad de planificación por parte de los Estados miembros se refiere a aspectos diversos, como el número de centros hospitalarios, su reparto geográfico, su organización, el equipamiento de que disponen o la clase de servicios médicos que pueden ofrecer. El Tribunal de Justicia entiende que, desde este doble punto de vista, el

⁵⁵ En tal sentido, SSTJCE Kohll, cit., apartado 41; Smits y Peerbooms, cit., apartado 72; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 73 y Stamatelaki, cit., apartado 30.

⁵⁶ STJCE de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, cit., apartado 33, con remisión a las SSTJCE Smits y Peerbooms, cit., apartados 76 a 81; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartados 76 a 81 y Watts, cit., apartados 108 a 110.

⁵⁷ Vid. la STJCE Müller-Fauré y van Riet, cit., apartados 72 a 92, en la que el Tribunal de Justicia somete a exámenes diferentes a las prestaciones hospitalarias y a las no hospitalarias. En la más reciente, de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, cit., apartado 34, el Tribunal de Justicia aclara que las necesidades de la planificación relacionadas con la voluntad de evitar todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos, pueden constituir motivos de justificación, siempre que se trate de prestaciones médicas dispensadas en el medio hospitalario.

⁵⁸ SSTJCE Elchinov, cit., apartado 43 y Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 80.

requisito de someter a autorización previa la cobertura por parte del sistema nacional de los gastos derivados de la asistencia hospitalaria prevista en otro Estado miembro resulta una medida “a la vez necesaria y razonable”⁵⁹. Sin embargo, resulta evidente que tales consideraciones no resultan trasladables a los tratamientos no hospitalarios, pues ese tipo de servicios puede ser prestado por un facultativo en su propia consulta, sin que, por regla general, suscite la cuestión de la planificación estatal.

Con todo, deben aceptarse las reservas del Gobierno portugués relativas a la dificultad de una delimitación nítida entre prestaciones hospitalarias y no hospitalarias, pues el propio Tribunal de Justicia ha advertido de dicha dificultad en su jurisprudencia⁶⁰. De hecho, no puede desconocerse que ciertas prestaciones médicas dispensadas en un hospital pueden ser susceptibles de ser prestadas igualmente en una clínica, un centro de salud o en la consulta de un médico generalista, con la correspondiente dificultad de delimitación en ciertos supuestos⁶¹.

En cualquier caso, a los efectos del presente procedimiento por incumplimiento, la cuestión de la delimitación resulta completamente irrelevante, en la medida en que (a diferencia de lo que sucedía en otros asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia) no hay que establecer una delimitación para un caso concreto y, además, según las indicaciones del propio Gobierno portugués, la norma controvertida se aplica indistintamente a ambos tipos de asistencia. En consecuencia, a diferencia del asunto Comisión/Francia, en que se trataba de necesidades de planificación resultantes del uso de equipos materiales particularmente onerosos, el Tribunal de Justicia no tiene que entrar aquí a examinar si determinadas prestaciones no hospitalarias, debido a su onerosidad, podrían ser asimiladas a las prestaciones médicas dispensadas en el ámbito hospitalario⁶². Por muy acertadas que fueran esas consideraciones en el asunto mencionado, en el presente caso no hay indicios de estar en presencia de una situación comparable. Por consiguiente, considerando el hecho de que son objeto del recurso por incumplimiento única y exclusivamente aquellos tratamientos no hospitalarios que son dispensados en el extranjero, la República portuguesa no puede invocar con éxito eventuales necesidades de planificación, o incluso un riesgo para el equilibrio financiero del sistema nacional de asistencia sanitaria, para restringir la libre prestación de servicios sometiendo el reembolso de gastos médicos a la obtención de una autorización previa.

⁵⁹ Vid. la STJCE Smits y Peerbooms, cit., apartados 62 y 64.

⁶⁰ STJCE Müller-Fauré y van Riet, cit., apartados 76 a 80.

⁶¹ Según muestran las conclusiones de la Abogado General Sharpston, presentadas el 15 de julio de 2010 en el asunto en que recayó la sentencia de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, cit.

⁶² En aquella sentencia, acertadamente, el Tribunal de Justicia, debido a las circunstancias particulares que acompañan el uso de equipos materiales particularmente onerosos, renunció finalmente a delimitar ambos tipos de tratamientos médicos. Con independencia del medio, hospitalario o no, en el que se proyecte instalarlos y utilizarlos, es necesario que los equipos materiales particularmente onerosos, limitativamente enumerados, puedan ser objeto de una política de planificación. En concreto, en cuanto se refiere a su número y reparto geográfico, resulta necesaria a fin de contribuir a garantizar en la totalidad del territorio nacional una oferta de asistencia de vanguardia, pero también para evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios.

En fin, en el procedimiento por incumplimiento comentado, el Gobierno portugués soporta la carga de la alegación y de la prueba respecto de la existencia de una justificación, y parece que no ha cumplido con dichas cargas. El número de afiliados, indicado por el Gobierno portugués, que en un pasado reciente han recibido el reembolso de sus gastos médicos⁶³ no parece, objetivamente, que sea demasiado elevado. Ni tampoco se ha afirmado que el número de afiliados que se desplazan al extranjero y solicitan un reembolso sea tan alto que pueda llegar a perturbar el equilibrio financiero del sistema portugués, poniendo en peligro el nivel general de protección de la salud pública. Es más, en sus alegaciones, referentes a un supuesto riesgo para la capacidad de financiación de su sistema nacional de asistencia sanitaria, tampoco presta atención a algunos puntos de vista relacionados con la movilidad de los pacientes, a los que el Tribunal de Justicia, acertadamente, ha hecho referencia en la sentencia *Müller-Fauré y van Riet*, y que deben considerarse relevantes en la medida en que influyen en la decisión de los pacientes de recibir tratamiento en el extranjero, aparte de la eventual posibilidad de reembolso de los gastos médicos.

Dichos puntos de vista son contrarios al temor implícitamente expresado de que los pacientes prefieran recurrir a los servicios sanitarios en el extranjero. Por una parte, hacen referencia al propio tipo de asistencia: por lo general, la no hospitalaria se produce en la proximidad del lugar de residencia del paciente, en un entorno cultural que conoce y que le permite establecer una relación de confianza con el facultativo que le atiende. Ello tiene como consecuencia que (emergencias aparte) los pacientes que acudan al extranjero lo hagan sobre todo en áreas fronterizas o para tratarse de enfermedades específicas. Por otra parte, no deben obviarse aquellos aspectos que generalmente obstaculizan la movilidad de los pacientes como, por ejemplo, las inevitables barreras lingüísticas, la distancia geográfica, el coste de la estancia en el exterior y la falta de información sobre el tipo de asistencia dispensada en el extranjero.

Las razones previamente expuestas llevan a considerar que el temor expresado por el Gobierno portugués referente a la salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social no constituye, a juicio del Tribunal, una causa legítima de justificación.

B) Exigencias de un procedimiento de autorización conforme al derecho de la Unión

Aun cuando el Tribunal de Justicia, contraviniendo su jurisprudencia consolidada hasta la fecha, hubiera considerado probado el riesgo grave para el equilibrio financiero del sistema portugués de Seguridad Social y llegase a la conclusión de que existe una causa legítima de justificación, el régimen nacional controvertido, adicionalmente, debería satisfacer tanto las exigencias establecidas para un procedimiento de autorización conforme al Derecho de la Unión como el requisito de proporcionalidad.

⁶³ En el apartado 16 de su dúplica, el Gobierno portugués cifra en 1.275 el número de afiliados que en los años 2006 a 2008 han recibido tratamiento médico en otro país europeo y el reembolso de sus gastos médicos, tratamientos que se han dispensado principalmente en España, Alemania, Francia, el Reino Unido y Suiza.

No se olvide que la Comisión duda de que el procedimiento de autorización previsto en el Decreto-Ley núm. 177/92 satisfaga las exigencias mencionadas, al considerar que las condiciones establecidas para la concesión de una autorización son excesivamente estrictas y desproporcionadas para el fin perseguido. Al respecto, la jurisprudencia comunitaria ha venido desarrollando una serie de criterios específicos para valorar si los requisitos que establece el Derecho nacional para conceder la autorización de un tratamiento en el extranjero, de la que a fin de cuentas depende el reembolso de los gastos médicos, son conformes con el Derecho comunitario⁶⁴. En cuanto al método concreto de análisis, se desprende que, si bien las exigencias de un procedimiento de autorización guardan una estrecha relación con el examen de la proporcionalidad de una medida nacional, constituyen un aspecto autónomo en la valoración de la justificación de una restricción de una libertad fundamental⁶⁵. Por tanto, el examen del cumplimiento de dichas exigencias no sustituye al de la proporcionalidad, sino que lo complementa.

Según jurisprudencia reiterada, para que un régimen de autorización previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a la libre prestación de servicios, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Un régimen de autorización de este tipo debe basarse, además, en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes serán tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad y que podrán, además, recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones⁶⁶.

La controvertida norma concede a las instancias competentes la facultad de decidir de forma rápida, con plazos perentorios⁶⁷, sobre la “necesidad clínica” de la asistencia médica en el extranjero. Es más, la posibilidad de una revisión de la decisión administrativa por parte del Ministerio de sanidad portugués se prevé en el art. 4.5, lo que en principio resulta legítimo, siempre que el interesado tenga la posibilidad de impugnar judicialmente dicha decisión. No obstante, existen dudas acerca de la compatibilidad de tales disposiciones, en la medida en que de ellas no se desprende inequívocamente en qué criterios pueden basar las instancias competentes su decisión

⁶⁴ Llegando a la conclusión de que el requisito de autorización previa establecido por el derecho interno luxemburgués, es contrario al Derecho comunitario sobre libre prestación de servicios, y sin embargo, el mismo requisito en el caso del derecho interno neerlandés, está justificado. GÓMEZ MARTÍN, M.: “La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2002, p. 171.

⁶⁵ SSTJCE Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 85; Watts, cit., apartado 116; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, cit., apartado 43 y Elchinov, cit., apartado 44.

⁶⁶ SSTJCE de 20 de febrero de 2001, Analir (C-205/99, Rec. p. I-1271), apartado 38; Smits y Peerbooms, cit., apartado 90; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 85; Watts, cit., apartado 116 y de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, cit., apartado 43 o Rinsal y Slinning del Tribunal de la AELC, cit., apartado 48.

⁶⁷ En concreto, su art. 4.3 establece que debe informarse sin demora a los interesados sobre la decisión y sobre las medidas dispuestas. Con arreglo al art. 4.4 el plazo de información es de quince días, que quedan reducidos a cinco en casos urgentes. Por lo tanto, no existen reservas respecto de la adecuación de los plazos para la tramitación de una solicitud de remisión al extranjero.

sobre la solicitud del paciente de remisión al extranjero. Al parecer, no existen criterios para conceder o denegar la autorización previa o, en otros términos, faltan premisas objetivas que establezcan los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que no pueda utilizarse de manera arbitraria el poder de decisión. Tal falta de criterios claros o de límites jurídicos puede dificultar al paciente una previsión sobre la resolución de las instancias nacionales con poder decisorio y, además, puede dificultar el control judicial de las decisiones denegatorias⁶⁸.

Así, por ejemplo, resulta cuanto menos cuestionable que la imposibilidad de prestar una asistencia médica altamente especializada en territorio nacional por falta de medios técnicos o personales pueda, en realidad, considerarse un requisito legal para una remisión al extranjero, cuando es precisamente esa circunstancia técnica la que, como ya se ha expuesto, da lugar a la aplicación de dicha ley. Si efectivamente se tratase de un requisito, quedaría por resolver qué margen de apreciación tiene la instancia correspondiente y si para tomar su decisión está vinculada eventualmente a determinadas exigencias (por ejemplo, economía de costes, calidad del tratamiento, etc.), pero la ley nada dice al respecto.

Tampoco prospera el hipotético paralelismo existente entre este asunto y el art. 22 del entonces vigente Reglamento núm. 1408/71 cuando prevé la exigencia de autorización, pues dicho precepto tiene una finalidad distinta⁶⁹. Como ha reconocido el propio Tribunal hace más de una década, el apartado 2 del art. 22 del Reglamento tiene por único objeto identificar las circunstancias en las que queda excluida la posibilidad de que la institución nacional competente deniegue la autorización solicitada, sin pretender, en modo alguno, limitar los supuestos en que debe concederse. Debe, por tanto,

⁶⁸ De modo similar a la apreciación del asunto Watts, apartado 118, en que el Tribunal de Justicia criticó que la normativa controvertida no precisaba los criterios de concesión o de denegación de la autorización previa necesaria para la cobertura del tratamiento hospitalario en otro Estado miembro.

⁶⁹ En tanto confiere al asegurado un derecho a las prestaciones en especie efectuadas, a cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la normativa del Estado miembro en que se realicen las prestaciones, como si el asegurado estuviera afiliado a la misma, tal y como corroboran las SSTCE Watts e Inizan. A tal efecto, es aplicable el régimen de cobertura en vigor en el Estado miembro en que se realicen las prestaciones. Las posibles diferencias de costes entre los distintos Estados miembros, así como las consecuencias financieras que resultan de aquéllas para la institución pagadora, justifican, en principio, la exigencia de autorización previa. Sin embargo, ése precisamente no es el caso del antiguo art. 49 TCE, pues esta disposición concede un derecho de reembolso de gastos únicamente con arreglo a la normativa del Estado miembro en que el paciente tenga su residencia (sentencias Watts o Schneider, U.). Por tanto, si el asegurado ha soportado costes superiores en el Estado miembro en que se realicen las prestaciones, con arreglo a dicha disposición sólo podrá exigir su reembolso con arreglo a las tarifas de la institución pagadora competente en el Estado en que esté asegurado (en este sentido, Bieback, K.J.). En cualquier caso, debe recordarse que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Müller-Fauré y van Riet y, más recientemente, en la sentencia Comisión/Luxemburgo que, en el propio marco de la aplicación del entonces vigente Reglamento núm. 1408/71, los Estados miembros que han establecido un régimen de prestaciones en especie, o incluso un sistema nacional de salud, han de prever mecanismos de reembolso *a posteriori* de la asistencia dispensada en un Estado miembro distinto del competente.

aplicarse el derecho interno cuando sea más favorable al asegurado, por contemplar supuestos más amplios en los que procede conceder la autorización⁷⁰.

C) Juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y adecuación)

Suponiendo que fuera legítima la mencionada causa de justificación, debe examinarse también si el requisito de autorización previa para una remisión al extranjero para recibir tratamiento médico es “idóneo” y “necesario” para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema portugués de asistencia sanitaria. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida es “idónea” para alcanzar el objetivo perseguido si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática⁷¹. Es además “necesaria” cuando, entre varias medidas idóneas para la consecución del fin perseguido, es la que resulta menos gravosa para los intereses o el bien jurídico afectados⁷². Finalmente, una medida así debería ser “adecuada”, es decir, guardar relación con el objetivo propuesto. En consecuencia, estaríamos ante una restricción inadecuada de la libre prestación de servicios cuando la medida nacional de que se trate, a pesar de contribuir a la consecución del fin de interés general, da lugar a una injerencia excesiva en la libre prestación de servicios.

En este contexto, no le incumbe a la Comisión sino al Estado miembro demandado exponer y demostrar que la medida recurrida es conforme con el principio de proporcionalidad⁷³. Y en este caso en cuestión, el Gobierno portugués no ha justificado en qué medida un examen estatal de las solicitudes individuales, para comprobar si el tratamiento médico altamente especializado puede efectuarse en territorio nacional, es idóneo para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema. No está claro, en particular, el posible origen de dicho riesgo para el sistema, pues no se ha detallado si éste radica en los mayores costes del tratamiento o en un eventual peligro de uso abusivo por parte de centros asistenciales no reconocidos. Y ni siquiera se han propuesto medidas alternativas para prevenir dichos riesgos.

Es más, si la exigencia de autorización previa fuera idónea y necesaria para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema, continuaría siendo dudoso que en su configuración legal concreta pudiera considerarse adecuada, máxime cuando el procedimiento administrativo previsto establece la obtención de la autorización de tres instancias distintas. Ello multiplica la incertidumbre del interesado en cuanto al desenlace del procedimiento, incertidumbre que ya tiene su origen en que la norma controvertida no establezca los criterios de decisión para su concesión o denegación⁷⁴. No está claro, en particular, en qué medida las instancias implicadas están vinculadas

⁷⁰ GÓMEZ MARTÍN, M.: “La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, cit., p. 173.

⁷¹ Según las SSTJCE de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C-384/08, Rec. p. I-0000), apartado 51 y de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Rec. p. I-10821), apartado 42.

⁷² Sentencia de 11 de julio de 1989, Schröder (C-265/87, Rec. p. 2237), apartado 21.

⁷³ Según dispone la sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, cit., apartado 44.

⁷⁴ Apartado 31 de la sentencia citada en el asunto Vanbraekel y otros (C-368/98).

por el dictamen favorable del facultativo a cargo del tratamiento y en qué circunstancias pueden apartarse de él. Por tanto, el procedimiento de autorización previsto parece que excede lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido y, en consecuencia, no resulta conforme con el principio de proporcionalidad.

D) Control de calidad de los servicios sanitarios prestados en el extranjero

El Gobierno portugués también alega que la exigencia de autorización previa es necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones efectuadas por el sistema nacional de asistencia sanitaria o en nombre de éste. No obstante, ya la Comisión consideró que la denegación del reembolso de gastos médicos con la justificación de que los servicios sanitarios prestados en otro Estado miembro no presentan la misma calidad que los prestados en Portugal se fundamenta en un criterio totalmente subjetivo, manifiestamente inadecuado y discriminatorio. Y ello porque los Estados miembros están facultados para establecer límites a la libre prestación de servicios por razones de protección de la salud pública. No obstante, dicha facultad no les permite dejar a dicho sector económico fuera del ámbito de aplicación del principio fundamental de libre circulación⁷⁵. De hecho, dicho argumento ya se alegó en el asunto *Kohll*, y fue entonces desestimado acertadamente por el Tribunal de Justicia, en alusión a los requisitos de cualificación para los médicos en otros Estados miembros, que a causa de los esfuerzos armonizadores deben estimarse como comparables en cuanto a su nivel de exigencia en el seno de la Unión Europea.

En dicho asunto el Gobierno luxemburgués había alegado que la exigencia de autorización previa para el reembolso de gastos médicos era necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones médicas, que sólo podía verificarse, en el caso de los que se desplazan a otro Estado miembro, en el momento de la solicitud de autorización⁷⁶. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no aceptó dicho argumento, al considerar que los requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades de médico y de odontólogo han sido objeto de varias Directivas de coordinación o de armonización, que exigen el reconocimiento a tales profesionales establecidos en otros Estados miembros de garantías equivalentes a las concedidas a los ubicados en el territorio nacional, a efectos de la libre prestación de servicios. En consecuencia, el Tribunal de Justicia resolvió de forma acertada que una normativa como la aplicable en Luxemburgo, que establecía la exigencia de autorización previa para el reembolso de gastos médicos, “no puede estar justificada por razones de salud pública con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros”.

Analógicamente, las mismas consideraciones deberían ser válidas para el presente asunto al amparo del acto jurídico más importante en materia de reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales de médicos, como es la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al

⁷⁵ Vid. las SSTJCE de 7 de mayo de 1986, *Gül* (C-131/85, Rec. p. 1573), apartado 17 y *Kohll*, cit., apartado 46.

⁷⁶ Sentencia *Kohll*, cit., apartado 43.

reconocimiento de cualificaciones profesionales⁷⁷ (modificada por la Directiva 2013/55/UE de 20 de noviembre de 2013), que sustituyó a la anterior del año 1993⁷⁸, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos.

Dicha Directiva persigue facilitar la libre circulación y el reconocimiento mutuo de los títulos de formación para una serie de grupos profesionales (entre otros, los de carácter sanitario como los de médicos, enfermeros responsables de cuidados generales, odontólogos, veterinarios, matronas o farmacéuticos), introduciendo un mecanismo de reconocimiento automático de los títulos académicos sobre la base de la coordinación de las condiciones mínimas de formación. A la vista de unas exigencias formativas equiparables para los integrantes de grupos profesionales sanitarios, las reservas que el Gobierno portugués expresa en relación con eventuales diferencias de calidad de los servicios médicos en los distintos Estados miembros deben desestimarse por infundadas. Todo ello obliga a considerar que la exigencia de autorización previa para el reembolso de gastos médicos no puede estar justificada por razones de salud pública con el fin de controlar la calidad de los servicios sanitarios prestados en el extranjero.

A la vista de las consideraciones anteriores, la conclusión parcial a la que llega el Tribunal es que en el presente caso existe una restricción de la libre prestación de servicios que no puede justificarse objetivamente en relación con los tratamientos médicos “altamente especializados”, en tanto el Gobierno portugués ni ha alegado causas legítimas de justificación ni ha demostrado que exista un riesgo concreto para el equilibrio financiero de su sistema nacional de Seguridad Social, lo cual demuestra la innecesariedad de examinar la compatibilidad de la medida controvertida con el principio de proporcionalidad.

2. Justificación en el caso de los “otros” tratamientos médicos

El Gobierno portugués no se posiciona explícitamente respecto de la restricción resultante de la falta de posibilidad de reembolso de gastos médicos causados por “otros” tratamientos médicos, en tanto centra sus argumentos en el objeto normativo del Decreto-Ley núm. 177/92 y en algunas características esenciales de su sistema de asistencia sanitaria. No obstante, sus declaraciones demuestran que no está dispuesta a cubrir con carácter general los costes de tratamientos en el extranjero, por lo que el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que también en relación con los “otros” tratamientos médicos se alegan las causas de justificación arriba mencionadas.

La duda sobre si el temor expresado por el Gobierno portugués referente a la salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social puede constituir como tal una causa legítima de justificación, en relación con los servicios sanitarios transfronterizos no hospitalarios, resulta aplicable aquí por analogía. De hecho, tampoco en lo relativo a los “otros” tratamientos no hospitalarios se aprecian necesidades de

⁷⁷ DO L 255 de 30 de septiembre de 2005, p. 22.

⁷⁸ Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. DO L 165, p. 1.

planificación de los Estados miembros para, como afirma el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, “evitar todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos”. Además, hasta la fecha el Gobierno portugués no ha demostrado que efectivamente exista un riesgo para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social susceptible de ser considerado como una causa legítima de justificación.

Subsidiariamente, en caso de que el Tribunal de Justicia, contraviniendo su jurisprudencia y a pesar de las pruebas, apreciase que existe una causa legítima de justificación, también la categórica imposibilidad de reembolso de gastos médicos causados en el marco de “otros” tratamientos no hospitalarios debería examinarse a la luz del principio de proporcionalidad, cuyos requisitos han sido *supra* señalados.

La mera referencia a la autonomía y a la financiación fiscal de dicho sistema, así como al riesgo de tener que hacer frente también a los gastos causados en el marco de tratamientos en centros privados, no puede sustituir a una argumentación objetiva sobre la “idoneidad” de dicho régimen. Pero, aun suponiendo que la denegación de cualquier reembolso de gastos médicos pueda contribuir a la reducción de costes y sea, en principio, idónea para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema, sería dudoso que una medida así pudiera satisfacer las exigencias de “necesidad y de adecuación”. De una jurisprudencia reiterada cabe deducir que “un régimen de autorización previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de Derecho comunitario, en particular, a las relativas a una libertad fundamental”⁷⁹. Sin embargo, al contrario de lo que sucede para los tratamientos “altamente especializados”, para los gastos médicos ocasionados en el marco de “otros” tratamientos no hospitalarios ni siquiera existe la perspectiva de reembolso, pues en realidad, la República Portuguesa recurre a una de las medidas más coercitivas que existen, restringiendo la libre prestación de servicios más aún que la exigencia legal de autorización previa.

Esta medida priva de su eficacia a la libertad fundamental en la medida en que los afiliados del sistema portugués de salud apenas recurrirán a servicios sanitarios de otros Estados miembros, conscientes de que deberán sufragar ellos mismos la totalidad de los costes. Dependiendo de su cuantía económica y de la capacidad financiera de los afiliados, en circunstancias así, el ejercicio de la libre prestación de servicios se convertirá en algo prácticamente ilusorio⁸⁰. Es más, teniendo en cuenta que existen medidas menos coercitivas pero idóneas para alcanzar el objetivo perseguido de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema, la denegación categórica del reembolso de gastos debe considerarse innecesaria. Por último, tampoco resulta

⁷⁹ Vid. las SSTJCE Smits y Peerbooms, cit., apartado 90; Müller-Fauré y van Riet, cit., apartado 84 y Watts, cit., apartado 132.

⁸⁰ Vid. la sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, cit., apartado 41, en la que el Tribunal de Justicia considera acertadamente que la perspectiva de falta de reembolso de costes “desincentiva” que las personas afiliadas ejerzan la libre prestación de servicios o incluso “impide” el ejercicio de dicha libertad fundamental.

“adecuada” en la medida en que prácticamente socava la libre prestación de servicios para proteger el sistema nacional de Seguridad Social de un peligro no acreditado. Razones todas ellas que avalan que la norma controvertida no es conforme con el principio de proporcionalidad.

Por último, respecto de la causa de justificación relativa a la necesidad de garantizar la calidad de las prestaciones efectuadas por el sistema nacional de asistencia sanitaria o en nombre de éste, también cabe reproducir analógicamente los argumentos antecitados, pues a la vista de la clara jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que a tal efecto presume condiciones de formación equiparables para los integrantes de grupos profesionales sanitarios y, en consecuencia, de estándares de calidad equiparables en los tratamientos a pacientes, no puede apreciarse en el expresado temor por la calidad de los tratamientos de pacientes establecidos en Portugal una causa legítima que justifique una restricción de la libre prestación de servicios. Por lo tanto, también en relación con los “otros” tratamientos médicos no incluidos en el ámbito de aplicación del Decreto-Ley núm. 177/92 se llega a la conclusión de que existe una restricción de la libre prestación de servicios que no puede justificarse objetivamente y se declara sin ambages que la República portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben, al no prever en su ordenamiento jurídico la posibilidad de reembolso de gastos médicos por “otros” tratamientos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.

IX. EL FALLO DE LA SENTENCIA

A la vista de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el recurso de la Comisión era fundado, declarando abiertamente que la República portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben al someter en las disposiciones de su ordenamiento jurídico el reembolso de gastos médicos por los tratamientos “altamente especializados” no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa y al no prever ni siquiera la posibilidad de tal reembolso de gastos para “otros” tratamientos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro. Es más, dado que a tenor del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera requerido la contraria, al haberlo solicitado la Comisión, y al haber sido desestimados los motivos formulados por la República portuguesa, procede condenar en costas a ésta.

X. CONCLUSIÓN FINAL E IMPLICACIONES PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como con acierto ha declarado el Tribunal de Luxemburgo, solamente respecto de aquellas prestaciones en las que efectivamente pudiera existir una justificación derivada de la sostenibilidad del sistema público, como sucede en las prestaciones sanitarias hospitalarias (dado que en tal caso en función de diversos factores pueden planificarse) procederá la exigencia de la citada autorización previa. Es el caso, por ejemplo, de los supuestos contemplados en las sentencias de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré*, C-

385/99 o de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99 o de 16 de mayo de 2008, *Watts*, C-372/04. Entre las más recientes destacan las sentencias de 15 de junio de 2010, *Comisión contra Reino de España*, C-211/08 o las de 5 de octubre de 2010, casos *Elchinov*, C-173/09 y *Comisión contra República francesa*, C-512/08, respectivamente. En particular en el caso de la sentencia de 5 de octubre de 2010, citada, el Tribunal de Justicia estimó compatible con el Derecho de la Unión el hecho de que un Estado miembro sometiera a una autorización previa el reembolso de los gastos por asistencia no hospitalaria programada en otro Estado cuando dicha asistencia requiere la utilización de equipos materiales pesados y onerosos; lo que *a sensu contrario* le ha llevado a afirmar que cuando no se requiere el empleo de esa tipología de materiales, la exigencia de requisitos de autorización previa son contrarios al actual art. 56 TFUE, como ha ocurrido en la sentencia comentada, de 27 de octubre de 2011, *Comisión contra Portugal*, C-255/09.

La protección a ultranza de la libre prestación de servicios sanitarios obliga a reflexionar sobre la situación en el sistema patrio y a considerar si, *de lege ferenda*, no sería más práctica una armonización⁸¹ en las prestaciones sanitarias en la Unión Europea, que permitiera asumir a las autoridades sanitarias, por la vía de la Seguridad Social, competencias en una materia de la que hoy por hoy carecen. No obstante, la precaria situación económica actual, traducida en medidas de recorte sanitario (como las llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones)⁸² sin duda exigirá posponer tal propósito para tiempos mejores.

A día de hoy, la prestación de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud resulta garantizada legalmente a los ciudadanos en condiciones de igualdad y en un nivel adecuado de atención, estableciéndose, a estos efectos, un catálogo de prestaciones básicas y comunes para los usuarios del sistema al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan y siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello⁸³. Además, *ex art.* 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización⁸⁴, el catálogo de prestaciones, que se hace efectivo a través de la cartera de servicios comunes, únicamente se facilita por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud propios o concertados, salvo en situaciones excepcionales, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél.

⁸¹ Sobre el particular, entre muchos, GÁRATE CASTRO, J.: *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 31 y ss.

⁸² BOE de 24 de abril de 2012.

⁸³ Sobre la dialéctica vinculación de la asistencia sanitaria al Sistema Nacional de Salud o al Sistema de Seguridad Social, por todos, ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 19 y ss.; GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003 o PEMÁN GAVÍN, J.M.: *Asistencia sanitaria y sistema nacional de salud: estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005.

⁸⁴ Dictado en desarrollo del art. 45 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Por tanto, el Derecho español pone un techo a las prestaciones incluidas en el Sistema Nacional de Salud y cabe entender que este límite es perfectamente válido a la luz del Derecho comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de Seguridad Social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios, no pudiendo el Derecho comunitario, en principio, obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, y siendo indiferente a este respecto que el tratamiento en cuestión esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados. No cabe exigir, por tanto, el tratamiento más eficaz a nivel comunitario (en contra de lo afirmado hace más de tres décadas por el Tribunal en el asunto *Pierik*)⁸⁵, pero tampoco el nivel de la asistencia no concertada nacional.

El ordenamiento español, en caso de imposibilidad de utilización de los servicios sanitarios públicos, regula la posibilidad de recibir una asistencia privada, en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Sin embargo, el reembolso de los gastos de una asistencia privada sólo procede, según el texto normativo, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél⁸⁶. Según el Tribunal Supremo⁸⁷, la urgencia vital exige que tal evento perentorio justifique la elección, lo que no acontece si el centro público no resulta más inaccesible que el privado. Así se aprecia en el supuesto de desplazamiento a otro país para recibir determinada asistencia médica. El criterio jurisprudencial había venido siendo claro en estos supuestos: no hay urgencia vital si el beneficiario se traslada al extranjero para ser tratado o intervenido, sin autorización oficial⁸⁸, a menos que surja la urgencia estando

⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1978, *Pierik*, Asunto C-117/77, en el cual el Tribunal entendió que debe concederse la autorización en aquellos supuestos en que el tratamiento prestado en otro Estado miembro sea más efectivo que el que se presta en el Estado de afiliación o residencia.

⁸⁶ Un análisis de los supuestos de reintegro autorizados por la Administración sanitaria y que ésta abona directamente en SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “Reintegro de gastos médicos por diagnóstico desfavorable erróneo”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 1996, pp. 16 y ss.; ROMÁN VACA, E.: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998; AGUILERA IZQUIERO, R.: “Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de Seguridad Social”, *Revista de Trabajo e Inmigración*, núm. 9, 1998; DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “El reintegro de los gastos de asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003, pp. 45 y ss.; POLO SÁNCHEZ, C.: *Reintegro de gastos médicos y Estado de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; BLASCO LAHOZ, J.F.: “El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004; HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “El reintegro de gastos sanitarios: etapas normativas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128, 2005 o ARETA MARTÍNEZ, M^a.: “Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el Sistema Nacional de Salud y la inclusión o no de la asistencia pública sanitaria en el Sistema de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 24, 2007 (edición electrónica).

⁸⁷ STS 5 marzo 1991 (RJ 1991, 1829).

⁸⁸ En el caso de asistencia médica autorizada en el extranjero también existen pronunciamientos sobre la improcedencia del abono de los gastos de desplazamiento, alojamiento y manutención no previstos en la autorización. En este sentido, la STSJ Cantabria 5 octubre 2006 (AS 2006, 2620) confirma la de instancia desestimatoria de la pretensión, tras haber planteado una cuestión prejudicial ante el TJCE, que ha

ya en el extranjero, sin buscar de propósito la situación. Esto es, cuando la urgencia vital surge, una vez producido el desplazamiento, y no existe cobertura⁸⁹. En otro caso, es decir, cuando se recibe en otro país una asistencia sanitaria con técnicas más avanzadas, que normalmente será programada, las resoluciones judiciales muestran bastante uniformidad en declarar la improcedencia del reintegro de los gastos desembolsados⁹⁰.

Sobre el derecho al reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada cuando la imposibilidad de atención por los servicios públicos venga vinculada a la existencia de lista de espera también se ha pronunciado favorablemente el Tribunal Supremo⁹¹. No obstante, ha tomado algunas precauciones en relación con una doctrina que de forma automática conecte reintegro de gastos por asistencia privada y existencia de lista de espera. Para el Alto Tribunal, como señalaría también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Watts*, en un contexto que presenta como principales rasgos, por una parte, una demanda de asistencia hospitalaria en constante aumento, principalmente a causa de los progresos de la medicina y del incremento de la esperanza de vida y, por otra, una oferta necesariamente limitada por razones presupuestarias, no cabe duda de que las autoridades nacionales responsables de gestionar la prestación de dicha asistencia tienen derecho a establecer, si lo consideran necesario, un sistema de listas de espera que permita planificar tal prestación y establecer prioridades en función de los recursos y capacidades disponibles. Se insiste en la idea de que la existencia de “lista de espera” (con la consiguiente dilación en la asistencia médica debida) en manera alguna justifica por sí misma el derecho del beneficiario a ser reintegrado por la asistencia sanitaria prestada en centro ajeno a la Seguridad Social, sino que es preciso que concorra igualmente la referida urgencia vital, y que la lista de espera resulte obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado en un plazo justificable desde el punto de vista médico, “habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad”⁹².

De esta forma, el Tribunal Supremo español se remite a la doctrina del asunto *Watts*, recaída en la interpretación de un precepto comunitario con un significado y alcance distinto⁹³, introduciendo una fórmula abierta e indeterminada, como es la relativa al

entendido que la normativa comunitaria no ampara la cobertura de dichos gastos, si estos no están reconocidos por la legislación nacional aplicable al caso.

⁸⁹ STS 21 marzo de 2002 (RJ 2002, 9884), citando otras muchas anteriores. No obstante, en tales casos, debe tenerse presente que operarían los límites territoriales del servicio público sanitario y su pago debe derivar de instrumentos internacionales específicos (convenios bilaterales o reglamentos comunitarios). Cfr. DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “El reintegro de los gastos de asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, cit., p. 29.

⁹⁰ SSTSJ Madrid 5 octubre 2006 (AS 2006, 3127); Andalucía/Sevilla 29 enero 2009 (AS 2009, 881); Castilla y León/Valladolid 15 de julio 2008 (AS 2008, 2528) o Castilla-La Mancha 9 febrero 2006 (AS 2006, 574). *Contra*, STSJ Canarias/Las Palmas 29 enero 2009 (AS 2009, 1677), que en un caso de implantación quirúrgica de prótesis en una clínica privada alemana reconoce la procedencia del reembolso de los gastos por concurrir urgencia vital, denegación de asistencia y error de diagnóstico.

⁹¹ Paradigmática la STS 4 julio 2007 (RJ 2008, 694).

⁹² STJCE 16 mayo de 2006, Asunto *Watts*, remitiendo al art. 20 del Reglamento CE 883/2004.

⁹³ En interpretación del art. 22.2 del entonces vigente Reglamento CEE núm. 1408/1971. Según tal precepto, la autorización requerida no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y

“plazo justificable desde el punto de vista médico”, en la definición del supuesto excepcional de reintegro por riesgo vital. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando los requisitos que obligan a la institución competente de un Estado miembro a autorizar el tratamiento médico en otro Estado ha afirmado que, para denegar legítimamente tal autorización invocando la existencia de un plazo de espera para un tratamiento hospitalario, la institución competente se encuentra obligada a 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 en el momento en que se presente o, en su caso, se renueve la solicitud de autorización. Esto es, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la denegación de una autorización previa no puede basarse únicamente en la existencia de listas de espera, sin que se haya procedido a una evaluación médica objetiva del estado patológico del paciente, de sus antecedentes, de la evaluación probable de su enfermedad y de su grado de dolor o de la naturaleza de su discapacidad en el momento en que se solicite o se renueve dicha autorización. En definitiva, lo que el órgano comunitario sostiene es que cuando se observe que el plazo derivado de dichas listas de espera sobrepasa el aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva de las mencionadas circunstancias, la institución competente no puede denegar la autorización solicitada invocando como razones la existencia de tales listas de espera.

Esta exigencia deriva de los propios términos de la regulación comunitaria y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁴, y determina que para denegar legítimamente la autorización de un tratamiento en otro Estado, no basta invocar la existencia de un plazo de espera, sino que la institución competente se encuentra obligada a acreditar una serie de condiciones. Constituye, por tanto, una exigencia de motivación de la decisión estatal denegatoria de la autorización para recibir tratamiento en otro Estado, que deriva de la propia regulación comunitaria y que conllevará una valoración médica del paciente por los correspondientes servicios

cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda ser dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside. El vigente art. 20 del Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 es de igual tenor.

⁹⁴ En aquellos supuestos no urgentes, en que la norma establezca un tiempo máximo para dispensar la asistencia, transcurrido este sin que la prestación se haya hecho efectiva en un centro de la red pública o concertado, si el interesado presenta solicitud en los términos del entonces vigente art. 22 del Reglamento 1408/71, ésta deberá ser concedida, sin que pueda darse prioridad a centros españoles no concertados en perjuicio de los de otros países comunitarios. En tal sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es rotundo al afirmar que *“cuando conste que la asistencia cubierta por el seguro de enfermedad nacional no puede ser dispensada por un establecimiento concertado, no cabe admitir que se de prioridad a los establecimientos hospitalarios nacionales con los que la caja de enfermedad del asegurado no ha celebrado ningún concierto, en perjuicio de los establecimientos hospitalarios situados en otros Estados miembros”* (Apartado 107 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citado), pues entiende que desde el momento en que un tratamiento se dispense fuera del marco de planificación del sistema (que en el caso de España vendría dado por los centros de la red pública y los concertados), dicha prioridad excedería de lo necesario para garantizar el mantenimiento en el territorio nacional de una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia hospitalaria de calidad, así como garantizar la estabilidad financiera del sistema (apartado 107 en relación con el 105 de dicha Sentencia).

médicos del Estado ante el que solicita la autorización. Sin embargo, como muy bien entiende la doctrina, ninguno de estos presupuestos ni condiciones concurre en el supuesto de hecho de reintegro de gastos médicos por urgencia vital⁹⁵.

En fin, y como conclusión, el Derecho español pone un techo a las prestaciones incluidas en el Sistema Nacional de Salud: el nivel de eficacia exigible será el equiparable al mejor que se preste en los centros públicos o concertados del sistema sanitario español. Y este límite es perfectamente válido a la luz del Derecho comunitario, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de Seguridad Social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios. No puede el Derecho comunitario obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, siendo indiferente a este respecto, que el tratamiento en cuestión esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados. Este límite, en el caso de España, viene impuesto por el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, sin que quepa exigir, por tanto, el tratamiento más eficaz a nivel comunitario.

Una vez se ha determinado que la asistencia requerida es una prestación prevista por la legislación española, solo podrá denegarse la autorización, si dicha asistencia puede prestarse en el plazo necesario con los medios propios o concertados. Es irrelevante a estos efectos que pueda prestarse en plazo recurriendo a centros privados no concertados, pues se estaría dando prioridad a los establecimientos españoles frente los de otros Estados miembros, lo que atentaría contra el principio comunitario de libre prestación de servicios. Como ha precisado la doctrina, si el usuario puede elegir el establecimiento sanitario al que quiere acudir en otro Estado miembro, con mayor razón podrá elegir también, de entre los privados no concertados ubicados en España⁹⁶. Sin embargo, este planteamiento suscita cuestiones que la jurisprudencia estudiada no resuelve: ¿estaría justificada la libre elección del usuario aunque ello supusiera un elevado incremento en los costes de la prestación? No puede olvidarse la vinculación de la Administración a los principios de eficacia y economía, en que se basa la obligación de seleccionar a sus contratistas ajustándose para ello a los principios de publicidad y concurrencia, límites que se estarían vulnerando si en el sistema actual se permitiese la libre elección. En fin, la Administración sanitaria debe establecer los criterios objetivos para la concesión de dichas autorizaciones, con el fin de evitar actuaciones arbitrarias⁹⁷.

⁹⁵ SÁEZ LARA, C.: “Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública”, cit., pp. 377-378.

⁹⁶ GÓMEZ MARTÍN, M.: “La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, cit., p. 180.

⁹⁷ En tal sentido resulta paradigmática la STSJ Cataluña 21 enero 1998 (AS 1998, 5382), en la cual se declaran como hechos probados “que con fecha 27 de julio de 1995 se desestimó la solicitud de autorización presentada por el demandante para que se le realizase determinado tratamiento en un centro privado no concertado de San Sebastián, por considerarse que eran necesarios más estudios que avalasen los buenos resultados de dicha técnica para esa enfermedad. Sin embargo, se considera también probado que por el Servicio Catalán de la Salud se procedió en fecha 19 de julio de 1994 a autorizar la práctica de

Para que el sistema de autorización administrativa previa esté justificado, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, para evitar la arbitrariedad. Dichos criterios deben establecerse no solo cuando se trata de autorizar la prestación en un establecimiento de alguno de los Estados miembros, sino incluso, de centros privados no concertados en España o de prestadores establecidos en cualquier otro país no comunitario.

En cuanto a los gastos que debe cubrir la autorización concedida, o el reintegro en caso de denegación improcedente, el usuario no debe soportar costes adicionales sobre lo que le supondría la prestación de la asistencia en España. En este sentido, junto a los gastos que ocasione la asistencia sanitaria, el organismo autorizante debe hacerse cargo de todos los necesarios para que el usuario reciba la prestación que le ha sido reconocida. Es más, si la Administración no dicta normas regulando la asunción de dichos gastos, estará obligada a hacerse cargo de todos aquellos que el usuario justifique como necesarios, sin que puedan ser limitados alegando la aplicación de circulares o instrucciones no publicadas⁹⁸.

Por último, conviene hacer siquiera una breve referencia al reciente Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza⁹⁹, que viene a incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza y la Directiva de ejecución 2012/52/UE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2012, por la que se establecen medidas para facilitar el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en otro Estado miembro.

Como establece el Preámbulo de la norma reglamentaria, “el nuevo marco de la Directiva significa, en síntesis, un incremento de las garantías de calidad y seguridad para los pacientes-usuarios, pero también la introducción de la liberalización en el sector, lo que conlleva una oportunidad para la sanidad privada y un reto para el sector sanitario público, que en cualquier caso deben respetar los valores esenciales de universalidad, acceso a una atención sanitaria de elevada calidad, equidad y solidaridad, para los pacientes y ciudadanos con independencia de su Estado miembro de afiliación. Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas deberán hacer frente, por un lado, al posible incremento de pacientes provenientes de otros Estados miembros y, por otro, habrán de reembolsar los gastos de los afiliados que decidan ser atendidos en otro Estado de la Unión”.

La norma reglamentaria permite que los gastos abonados por un asegurado cuyo Estado de afiliación es España, que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, sean reembolsados por la Administración sanitaria competente que corresponda, siempre que

dicho tratamiento en Atlanta (Estados Unidos) con cargo al Servicio Catalán de Salud, a otro usuario que lo había solicitado”.

⁹⁸ GÓMEZ MARTÍN, M.: “La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, cit., p. 181.

⁹⁹ BOE 8 de febrero de 2014.

dicha asistencia figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho según la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril de 2004. No obstante, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, podrá limitar la aplicación de las normas de reembolso por razones imperiosas de interés general, especialmente por la necesidad de planificación para garantizar una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o por la voluntad de asegurar un uso racional de los recursos financieros, técnicos y humanos. Esta decisión se restringirá a lo que sea necesario y proporcionado sin que ello pueda constituir un medio de discriminación arbitraria ni un obstáculo a la libre circulación de las personas cuyo Estado de afiliación sea España. Es más, las medidas que se adopten en este sentido, deberán ser notificadas previamente a la Comisión Europea.

Al igual que exige la normativa comunitaria, la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza para las técnicas o procedimientos que se relacionan en el anexo II del Real Decreto 81/2014 (en concreto, cualquier tipo de atención sanitaria que implique que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche o aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos incluidos en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud que han sido seleccionadas en base a la exigencia del uso de procedimientos o equipos médicos sumamente especializados, a la necesidad de atención a pacientes con problemas complejos, o a su elevado coste económico)¹⁰⁰, está sujeta, para el reembolso de los gastos, a la previa autorización por las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma donde esté domiciliado el asegurado, por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o por la mutualidad de funcionarios que, en su caso, corresponda.

Con todo, como no podría ser de otra manera, la norma reglamentaria, *ex art. 17*, enumera las causas por las cuales la Administración sanitaria competente podrá denegar dicha autorización previa. En concreto,

¹⁰⁰ a) Tomografía por emisión de positrones (PET), y combinada con el TC (PET-TC) y SPECT. b) Reproducción humana asistida. c) Diálisis. d) Cirugía mayor ambulatoria que requiera la utilización de un implante quirúrgico. e) Tratamientos con radioterapia. f) Tratamientos farmacológicos o con productos biológicos, cuyo importe mensual sea superior a 1.500 €. g) Radiocirugía. h) Análisis genéticos orientados a diagnósticos de casos complejos, incluidos el diagnóstico prenatal y el preimplantacional, análisis genéticos presintomáticos y de portadores y análisis de farmacogenética y farmacogenómica. i) Tratamientos de discapacidades que requieran para su corrección o mejoría: Sillas de ruedas eléctricas, prótesis de miembro superior excepto las prótesis parciales de mano, prótesis de miembro inferior excepto las prótesis parciales de pie, audífonos y bitutores. j) Tratamientos con fórmulas completas para nutrición enteral domiciliaria y con fórmulas y módulos nutricionales para trastornos congénitos del metabolismo de los hidratos de carbono, aminoácidos y lípidos. k) Atención a patologías y realización de procedimientos para los cuales se han designado servicios de referencia, de acuerdo con el Real Decreto 1302/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las bases del procedimiento para la designación y acreditación de los centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud, incluidos en el anexo III del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria, o se han establecido redes de referencia en Europa.

- a) Cuando se trate de una prestación no incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, o no reúna las condiciones en las que se presta.
- b) Cuando exista un grado razonable de certeza de que el paciente, según una evaluación clínica, vaya a exponerse a un riesgo que no pueda considerarse aceptable, teniendo en cuenta la evidencia del beneficio potencial que pueda obtener de la asistencia sanitaria transfronteriza solicitada.
- c) Cuando exista un grado razonable de certeza de que la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial como consecuencia de la asistencia sanitaria transfronteriza considerada.
- d) Cuando la prestación vaya a ser proporcionada por un proveedor de asistencia sanitaria que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto a las normas y directrices de calidad y seguridad del paciente.
- e) Y, por último, cuando la atención sanitaria pueda prestarse en el territorio nacional en un plazo que sea médicamente justificable.