

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la Sentencia *Smits y Peerbooms* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)

Por

JUAN PEMÁN GAVÍN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PACIENTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL. EL REINTEGRO DE LOS GASTOS POR ASISTENCIA SANITARIA RECIBIDA EN EL EXTRANJERO.—III. LOS REFERENTES NORMATIVOS DEL DERECHO COMUNITARIO EN TORNO A LA MATERIA.—IV. LOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA *SMITS Y PEERBOOMS* EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA. LA DOCTRINA SENTADA EN LOS CASOS *DECKER Y KOHLL*.—V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO *SMITS Y PEERBOOMS*: ASISTENCIA HOSPITALARIA PÚBLICA Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: 1. *Las situaciones de los litigios principales y la normativa nacional controvertida*. 2. *El procedimiento seguido ante el Tribunal y las Conclusiones del Abogado General*. 3. *La Sentencia del Tribunal de Justicia*.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha venido hablando de la «libre circulación de pacientes» en el espacio comunitario europeo para aludir a la protección comunitaria de quienes se desplazan entre diversos Estados miembros para recibir atención médica en un país distinto al de su residencia.

Fue concretamente a raíz de la Sentencia *Kohll* del Tribunal de Justicia, de 28 de abril de 1998 (1), cuando comenzó a utilizarse esta expresión. Aunque en el texto de la Sentencia no aparecía como tal la referencia a la libre circulación de pacientes, dicha expresión había sido utilizada con reiteración por el Abogado General Sr. Tesauro en las Conclusiones redactadas con ocasión de tal asunto —Conclusiones que se posicionaban en una línea general favorable, por supuesto, al ejercicio de tal libertad (2)— y recibió un

(1) Asunto C-158/96, caso *Raymond Kohll/Union des caisses de maladie*, «Recopilación de Jurisprudencia», 1998, pág. I-1931.

(2) Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesauro presentadas el 16 de septiembre de 1997 en relación con los asuntos C-120/95 y C-158/96, «Recopilación de Juris-

claro apoyo con la doctrina sentada por el Tribunal en la sentencia correspondiente. Una doctrina ésta que, por lo demás, ha resultado consolidada y reforzada posteriormente en la más reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, relativa a los casos *Smits y Peerboms* (3).

Pero si se hace una aproximación de carácter general y preliminar a este tema, no cabe duda de que son diversas las situaciones que pueden englobarse bajo la locución aludida —«libre circulación de pacientes»— y, por tanto, diversos los sentidos en que puede ser utilizada. En concreto, creo que deben diferenciarse tres tipos de situaciones que plantean problemáticas jurídicas también diferentes:

A) En primer lugar, cabe incluir dentro de esta expresión, sin ningún género de dudas, los supuestos en los que una persona se desplaza a otro país comunitario distinto del de su residencia con el objetivo de recibir *a su costa* la asistencia sanitaria por él requerida. Se trata, por tanto, de supuestos en los que alguien que requiere algún tipo de atención médica hace uso de su libertad contractual y de la libre disposición de sus recursos económicos para recibir la atención sanitaria que ofrecen clínicas u hospitales de otro país o los profesionales médicos establecidos en otro Estado.

Se trata de una situación claramente reconducible a la *libre prestación de servicios*, consagrada, como es bien sabido, en el Tratado de Roma como una de las libertades fundamentales en las que se ha asentado la Europa comunitaria (4) y claramente protegida por la misma. En efecto, la libre prestación de servicios ampara, por supuesto, el desplazamiento de empresas y profesionales prestadores de servicios a países distintos a aquel en el que están establecidos, pero también el desplazamiento de los usuarios o beneficiarios de los correspondientes servicios (5), entre los cuales quedan incluidos quienes se desplazan para recibir servicios médicos, como quedó expresamente confirmado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Luisi y Carbone*, de 1984 (6).

prudencia», pág. I-1834. Véanse en particular los apartados 1, 54 y 60 de dichas Conclusiones, en los que se alude a la «libre circulación de los enfermos» como un objetivo a conseguir en el marco del mercado único.

(3) Asunto C-157/1999, «Recopilación de Jurisprudencia», 2001, pág. I-5509.

(4) Véase el Capítulo III del Título III del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 (que citaré abreviadamente como TCE o como Tratado de Roma), integrado por los artículos 49 a 55 de la versión consolidada, que corresponde a los antiguos artículos 59 a 66. El primero de los preceptos citados establece que «en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación».

(5) También quedan incluidos los servicios de carácter transfronterizo hechos a distancia, esto es, sin desplazamiento del prestador ni del destinatario. Véase, por ejemplo, al respecto J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La libertad de prestación de servicios», en el vol. col., dirigido por M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN, *Derecho Comunitario material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, págs. 122 y ss., 126-127.

(6) Sentencia de 31 de enero de 1984 en los asuntos acumulados 286/82 y 26/83, casos *Graziana Luisi/Ministerio del Tesoro* y *Giuseppe Carbone/Ministerio del Tesoro*, «Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Selección», Luxemburgo, 1984 (I), pág. 113. En el apartado 10 de dicha Sentencia se razonaba del siguiente modo:

Así entendida, la libre circulación de pacientes a nivel comunitario no puede decirse que haya resultado un objetivo trabajosamente conseguido, en el sentido de que haya debido superar obstáculos o dificultades opuestos a tal circulación. A diferencia de lo sucedido en no pocos ámbitos, no ha requerido una acción positiva por parte de las instituciones comunitarias con disposiciones y medidas específicas encaminadas a eliminar los obstáculos establecidos por los Estados miembros, ni ha generado una litigiosidad abundante ante el Tribunal de Justicia. De hecho, la libre circulación de pacientes, entendida como la posibilidad de acceder privadamente al «mercado» de servicios sanitarios de otros países, opera también fuera del espacio comunitario, sin que haya sido necesario, por tanto, seguir para ello todo el largo y trabajoso conjunto de medidas y realizaciones que han jalonado el camino hacia el mercado único en la Europa comunitaria, como muestran los no infrecuentes desplazamientos a los Estados Unidos —país con una potente oferta privada de servicios sanitarios— para someterse a determinados tratamientos médicos o intervenciones que se financian por los propios pacientes, o en el marco de seguros privados.

B) Cabe también considerar, en segundo lugar, otro tipo de supuestos que pueden reconducirse asimismo a la idea de libre circulación de pacientes entendida en su sentido más amplio. Se trata de los casos en los que hay un desplazamiento a otro país por razones diferentes de la recepción de atención médica (por ejemplo, con ocasión de viajes de turismo o estudios, por razones de trabajo o profesionales, por motivos personales o familiares, etc.) y se produce una situación —por enfermedad o accidente— que requiere una atención sanitaria inmediata. En estos supuestos, por tanto, más que de circulación de *pacientes* en sentido propio, se trata de circulación de *personas*, las cuales somos siempre, ciertamente, pacientes potenciales y podemos convertirnos en cualquier momento en pacientes reales.

Pues bien, la facilitación de la asistencia médica en el lugar de estancia cuando los ciudadanos comunitarios se encuentran en un Estado miembro

«A fin de hacer posible la ejecución de la prestación de servicios, puede haber desplazamiento, bien del prestador al Estado miembro donde está establecido el destinatario, bien del destinatario al Estado de establecimiento del prestador. Mientras que el primero de estos supuestos está expresamente mencionado en el párrafo tercero del artículo 60, que permite el ejercicio con carácter temporal de la actividad del prestador del servicio en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, el segundo supuesto constituye su complemento necesario, que responde al objetivo de liberalizar toda actividad remunerada no comprendida en la libre circulación de mercancías, personas y capitales».

A ello se añadía un poco más adelante (apartado 16) que *«la libertad de prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de hacer uso del servicio sin ser obstaculizados por restricciones, ni siquiera en materia de pagos»*, y que *«los turistas, los beneficiarios de cuidados médicos, y quienes efectúan viajes de estudios o de negocios, deben ser considerados como destinatarios de servicios»*.

distinto al de su residencia constituye una cuestión que ha merecido la atención del Derecho Comunitario como un aspecto instrumental de la *libre circulación de personas*. Dicha libre circulación de personas —que ha desbordado ya claramente su limitada concepción inicial, referida sólo a las personas como operadores económicos (7)— se ve ciertamente favorecida si se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública en el lugar de estancia y se reducen o simplifican los trámites y formalidades necesarios para beneficiarse de dicho derecho: no cabe duda, en efecto, de que los viajes y estancias en otros Estados miembros —la movilidad, por tanto, de las personas— se facilitan si se eliminan los riesgos inherentes a las alteraciones sobrevenidas de la salud producidas en el extranjero y los gastos o trámites inherentes a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del país de residencia.

(7) El Tratado de Roma consagró en su momento, como es bien sabido, la libre circulación de trabajadores (antiguos arts. 48 a 51 TCE), así como también los derechos de establecimiento y de libre prestación de servicios (antiguos arts. 52 a 66), que conllevan el derecho a desplazarse para abrir un establecimiento comercial o industrial, ejercer una profesión o trabajo por cuenta propia, y prestar o recibir un servicio a cambio de remuneración. Aunque se incluía, por supuesto, a los familiares de quienes ejercieran la actividad económica, ello no alteraba una concepción de la libre circulación de la libre circulación de personas instrumental respecto al ejercicio de las actividades económicas. Pero la evolución normativa en el ámbito del Derecho derivado desbordó claramente esta limitación inicial a partir de un determinado momento.

Concretamente, debe subrayarse que en virtud de tres Directivas sobre libertad de residencia aprobadas por el Consejo en 1990, relativas respectivamente a los jubilados, a los estudiantes y a las personas inactivas, se reconoció el derecho de circulación y residencia dentro de la Comunidad a las personas incluidas en dichos colectivos, así como a sus respectivas familias, siempre que dispusieran de recursos suficientes y un seguro de enfermedad. Esta extensión del derecho de libre circulación de personas desbordaba claramente el planteamiento inicial del Tratado. No obstante, el paso fundamental en el ámbito del Derecho originario se daría con el Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht en 1992, Tratado que, en el marco de la nueva ciudadanía europea que entonces se introdujo, consagró el *derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión*, con independencia por tanto de que la ejerzan o no con ocasión del desarrollo de actividades económicas (el art. 18.1 de la versión consolidada del TCE —que corresponde al antiguo art. 8A.1 y que se integra en la Segunda Parte de dicho Tratado, relativa a la «Ciudadanía de la Unión»— dispone que «todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación»).

Para mayores indicaciones sobre la materia, véanse A. MANGAS MARTÍN y D. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 306-311, y A. DEL VALLE GÁLVEZ, «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I)», en el vol. col. ya citado, coordinado por M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN, *Derecho Comunitario material*, cit., págs. 42 y ss.

Obsérvese al respecto que la afirmación del derecho al libre desplazamiento y a la libre fijación de la residencia constituye uno de los elementos característicos de los procesos históricos de integración de diversos Estados en uniones políticas o Estados federales que reconocen una ciudadanía común a los habitantes de los diversos territorios que se integran en los mismos. Para el caso, por ejemplo, de Alemania puede verse en este sentido lo establecido en su momento en el artículo 133 de la Constitución de 1849, en el artículo 3.1 de la Constitución de 1871, en el artículo 111 de la Constitución de Weimar de 1919, así como lo dispuesto en el artículo 11 de la vigente Ley Fundamental de Bonn. El Derecho originario de la Unión Europea ha incorporado así, a través de lo establecido en el artículo 18 TCE, uno de los elementos típicos de las Constituciones federales.

Se trata de un aspecto que ha merecido la atención del Derecho Comunitario, como ha quedado apuntado (8), y sobre el que es razonable esperar que se produzcan ulteriores mejoras o progresos en un horizonte próximo (9). Pero no nos va a ocupar en esta ocasión —tan sólo haré algunas referencias tangenciales al mismo— porque se sitúa en una zona periférica respecto a las cuestiones que quiero tratar.

C) Pero hay también un tercer tipo de situaciones que son justamente las que han dado lugar a que se hable de libre circulación de pacientes y las que han propiciado la jurisprudencia comunitaria al principio aludida. Se trata concretamente de los supuestos en que alguien se desplaza a un Estado miembro distinto al de su residencia *con el objetivo* de recibir atención médica en él, como sucedía en las situaciones a las que hemos aludido en primer lugar (A); pero, a diferencia de éstas, pretende hacerlo como beneficiario del sistema de asistencia sanitaria pública, esto es, *con cargo a su sistema público de cobertura sanitaria* (servicio nacional de salud o seguro obligatorio de enfermedad) y comprometiendo, por tanto, recursos públicos para la financiación de dicha asistencia.

Ha habido, en efecto, supuestos en los que los ciudadanos comunitarios se han desplazado a otro Estado distinto al de su residencia para recibir atención médica y han solicitado posteriormente el reembolso de los gastos correspondientes a la institución competente del Estado en que residen, lo cual se contempla sólo en unos términos limitados o restrictivos en las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Y en determinados supuestos en los que el reembolso se ha denegado, las personas afectadas han cuestionado la legislación nacional aplicada por su posible incompatibilidad con el principio fundamental de libre prestación de servicios consagrado en el Tratado de Roma.

(8) Fue concretamente la normativa comunitaria sobre coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los trabajadores migrantes —el extenso y prolijo Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971— la que abordó esta cuestión al reconocer a los beneficiarios de los sistemas públicos de salud el derecho a la asistencia sanitaria en el lugar en que se encuentren en el caso de que su estado «requiera de modo inmediato prestaciones durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro» (art. 22.1). En la versión inicial de este Reglamento se reconocía este derecho tan sólo a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan por la Comunidad y a sus familias, pero en la reforma del mismo realizada por el Reglamento 3095/95 del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, se introdujo un nuevo artículo 22 bis en virtud del cual se extiende este derecho a todas las personas nacionales de un Estado miembro que estén aseguradas en virtud de la legislación de dicho Estado y a sus familias. La asistencia sanitaria se presta por la «institución del lugar de estancia», esto es, por los servicios de salud de dicho lugar, como si el beneficiario de la asistencia estuviera afiliado a la misma, pero con cargo a «la institución competente» en el Estado de procedencia, la cual debe en principio reembolsar el coste íntegro de la asistencia a la institución que la ha prestado —arts. 22.1.i) y 36 del Reglamento 1408/1971—. Véase lo que se indica al respecto más adelante —epígrafe III.B).a)—.

(9) Téngase en cuenta que actualmente se está trabajando en una reforma y modernización del Reglamento 1408/71 y que el tema de la movilidad de los pacientes fue objeto de atención por el Consejo de Ministros de Sanidad celebrado en junio de 2002, dentro del semestre de presidencia española de la Unión, en el que se aprobó un documento de conclusiones al respecto. En relación con las perspectivas de futuro que presenta la cuestión, véase lo que se indica más adelante, epígrafe VI.C).

Ya no se trata, por tanto, de unas situaciones que afecten a la *libertad* de circulación de los pacientes en sí —claramente amparada por el Derecho Comunitario, según hemos constatado respecto de las situaciones examinadas en primer lugar (A)—, sino a la *financiación pública* de dicha circulación en la medida en que se pretende que el correspondiente sistema público de salud se haga cargo del coste de la asistencia sanitaria prestada por establecimientos de otro país comunitario. En consecuencia, aquí no están en juego propiamente las *libertades económicas* de las personas físicas y jurídicas que se garantizan en el mercado interior europeo, ni la provisión de cuidados médicos de carácter urgente o inmediato a las personas que en atención a diversas circunstancias se desplazan por el territorio de la Unión, sino la financiación pública de la asistencia sanitaria prestada en otro país comunitario como consecuencia de un desplazamiento motivado por el deseo de superar las carencias o insuficiencias de los tratamientos accesibles en el país de residencia o para recibir una asistencia de mayor calidad o más rápida que la disponible en dicho país.

Ello afecta claramente en realidad a la configuración del *derecho a la asistencia sanitaria como derecho social* o de prestaciones públicas, derecho que, de admitirse el planteamiento al que acaba de aludirse, adquiriría una dimensión o eficacia extraterritorial —ciertamente, no prevista en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, o prevista tan sólo con carácter excepcional—, convirtiéndose en el derecho a obtener atención sanitaria en cualquier establecimiento sanitario de los Estados de la Unión y, por tanto, a obtener la mejor asistencia médica disponible en el espacio comunitario europeo (10).

Un resultado de este alcance parece situarse en un terreno muy lejano a los objetivos pretendidos por el Tratado de Roma, incluso si se tienen en cuenta las formulaciones más ambiciosas que éste ha ido incorporando en sus sucesivas reformas, y no es de extrañar que haya suscitado objeciones —e incluso la alarma— de los responsables de los sistemas de asistencia sanitaria de los Estados miembros, sistemas cuyas formas de organización de la provisión de la asistencia y cuya sostenibilidad financiera quedarían ciertamente amenazadas de admitirse en su plenitud el planteamiento de acaba de apuntarse.

Sin embargo, es ésta la dirección en la que se han dado algunos pasos inequívocos por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Una jurisprudencia que, sin llegar a afirmar un derecho incondicionado de los ciudadanos europeos a la asistencia sanitaria en el lugar de su elección, ni a excluir la posibilidad de que las legislaciones nacionales introduzcan reglas limitativas o condicionamientos al respecto, se pronuncia claramente a favor de la necesidad de examinar tales reglas a la luz de las pautas sobre libre prestación de ser-

(10) En estos términos, algo desmesurados según tendremos la oportunidad de comprobar, se expresa el título de alguno de los comentarios que han aparecido sobre la Sentencia *Smits y Peerbooms*. Concretamente, el de K. DAUCK y C. NOWAK, en «Europarecht», 2001, 5, págs. 741 y ss., cuyo título es *Das Recht auf unionsweite, bestmöglich medizinische Versorgung*, esto es, «el derecho a la atención médica óptima a nivel comunitario».

vicios que emanan del Tratado y de la propia jurisprudencia del Tribunal.

Así se apuntaba ya claramente en las Sentencias *Decker* y *Kohll*, de 1998 (11), dictadas a propósito de dos casos no particularmente importantes en sí —la compra de un par de gafas por un ciudadano luxemburgués en una óptica de Arlon (Bélgica) y el tratamiento de ortodoncia que la hija de otro luxemburgués había recibido en Tréveris (Alemania)—, y así se confirmó plenamente en la más reciente Sentencia de 12 de julio de 2001, relativa ya a asuntos de más entidad y situados en el «núcleo duro» de la asistencia sanitaria: el caso *Smits*, relativo a una holandesa enferma de Parkinson que había recibido un tratamiento hospitalario en una clínica especializada en Kassel (Alemania), y el caso *Peerbooms*, también ciudadano holandés, a quien un tratamiento especializado en el Hospital Universitario de Innsbruck (Austria) consiguió sacar del estado de coma en el que se encontraba como consecuencia del accidente de tráfico que había sufrido y del que no había podido salir con el tratamiento aplicado en los Países Bajos (12).

Creo que merece la pena llamar la atención sobre el contenido y alcance de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en esta última Sentencia, doctrina que, en línea con lo ya declarado en los pronunciamientos citados de 1998, confirma la nada irrelevante conclusión de la plena aplicación de las reglas comunitarias sobre libre prestación de servicios a las normativas estatales que regulan las formas de provisión de la asistencia sanitaria pública (13). Antes de entrar en los pormenores de la misma, nos referiremos al marco normativo que ofrece el Derecho Comunitario en torno a la materia (epígrafe III), así como a las circunstancias del caso *Kohll* y a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia relativa al mismo, que constituye el antecedente inmediato de la Sentencia *Smits* y *Peerbooms* (epígrafe IV). Pero, con carácter preliminar, me parece oportuno exponer las pautas que derivan de las reglas vigentes en el ordenamiento español en relación con la materia, considerando en qué medida

(11) La Sentencia *Decker*, de 28 de abril de 1998, se dictó en el asunto C-120/95, «Recopilación de Jurisprudencia», 1998, pág. I-1831. La Sentencia *Kohll*, más atrás citada (nota 1), es también de 28 de abril de 1998.

(12) Las tres Sentencias mencionadas resuelven cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 234 del TCE (antiguo art. 177). Las situaciones a las que se alude en el texto son las que dieron lugar a los litigios principales que suscitaron el planteamiento de tales cuestiones prejudiciales.

(13) Dejaré, en cambio, fuera del presente trabajo el estudio de otra Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 12 de julio de 2001, esto es, el mismo día que la Sentencia *Smits* y *Peerbooms*, referida también a una cuestión vinculada con la circulación de pacientes, pero de menor interés a nuestros fines. Me refiero a la Sentencia correspondiente al asunto C-368/98 (*Vanbraekel y otros/Alliance nationale des mutualités chrétiennes*), que resolvió una cuestión prejudicial planteada a propósito de un tratamiento quirúrgico al que había sido sometida una ciudadana belga en Francia. En esta Sentencia no se plantea el tema del desplazamiento en sí del paciente y la cobertura del tratamiento por el sistema de aseguramiento sanitario de Bélgica (que no se discutía, puesto que había sido autorizado en vía de recurso por un Tribunal belga), sino la cuestión de las tarifas a aplicar al reembolso en el marco de lo previsto en los artículos 22.1.c) y 36 del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971.

los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud puedan recibir con cargo al mismo asistencia sanitaria en un país comunitario o, en general, en el extranjero (epígrafe II).

II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PACIENTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL. EL REINTEGRO DE LOS GASTOS POR ASISTENCIA SANITARIA RECIBIDA EN EL EXTRANJERO

Las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento positivo para que las personas con derecho a la asistencia sanitaria pública puedan desplazarse a otro Estado —comunitario o no— para obtener atención médica con cargo al sistema público de salud son ciertamente muy reducidas.

Al respecto, procede subrayar que nuestro sistema público de asistencia sanitaria se basa en la provisión de la misma a través de un conjunto de establecimientos y servicios propios —la red sanitaria pública— o, en su caso, concertados con la red pública, en el marco de una organización funcional y territorial de los servicios sanitarios (14) y no en la libre elección por el paciente de cualquier profesional o establecimiento sanitario y el pago *a posteriori* o reembolso de los gastos ocasionados por cada acto médico. Dentro de este sistema, son ciertamente reducidas las posibilidades de que los pacientes reciban asistencia a través de profesionales o centros distintos de los que les corresponden de conformidad con la normativa sanitaria —tanto en España como en el extranjero— y obtengan posteriormente el reintegro de los gastos que hayan abonado.

En efecto, la normativa reguladora de la asistencia sanitaria pública en nuestro país contempla sólo con un carácter muy excepcional la posibilidad de reembolso de los gastos pagados por la recepción de atención médica al margen de la red pública, tanto en España como fuera de ella. Aunque nuestro Derecho positivo no excluye de raíz la posibilidad del llamado *reintegro de gastos* por asistencia sanitaria prestada al margen del sistema asistencial público, lo contempla como una posibilidad limitada a unos supuestos muy restrictivamente formulados. De hecho, la cláusula excepcional de reintegro de gastos contenida en la normativa reglamentaria de los años sesenta, ya de por sí restrictiva (15), fue restringida todavía más en la

(14) Me refiero, obviamente, al sistema de provisión de la asistencia aplicable con carácter general, sin entrar en las especialidades propias del sistema que se aplica a los beneficiarios de los regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos (beneficiarios de MUFACE, ISFAS y MUGEJU).

(15) El tema fue regulado en su momento por el artículo 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, precepto que dio lugar a una amplia litigiosidad y a una copiosa jurisprudencia. Dicho artículo contemplaba dos supuestos en los que se rompía el criterio general contrario al reintegro de gastos y procedía, en consecuencia, el reintegro de los gastos abonados por servicios médicos obtenidos al margen de la organización asistencial de la Seguridad Social: *a*) cuando los gastos efectuados fueran consecuencia de una *denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida* por parte de la Entidad Gestora de la Seguridad Social; y *b*) cuando los gastos se hubieran producido en virtud de una *asistencia urgente de carácter vital*.

nueva formulación de la misma contenida en el Reglamento de prestaciones sanitarias de 1995 (art. 5.3 del RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud). Conforme a esta última reglamentación, dictada en el marco de la orientación general contraria al reintegro de gastos derivable de la Ley General de Sanidad (16), el reintegro sólo procede en los supuestos de «asistencia sanitaria urgente, inmediata de carácter vital», exigiéndose además para que proceda el reintegro la previa comprobación de que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del Sistema Nacional de Salud y de que el caso concreto que se plantea «no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción».

La interpretación jurisprudencial de esta cláusula otorga a la misma un juego algo más amplio del que puede derivarse de su literalidad, que parece estar redactada con el objetivo de ser aplicada tan sólo en supuestos muy contados (17), pero dicha praxis jurisprudencial es extraordinariamente restrictiva cuando se trata de asistencia sanitaria prestada en el extranjero, supuestos en los que la viabilidad de una reclamación de reintegro de gastos es ciertamente remota. En este sentido debe decirse que la jurisprudencia social ha reconocido el derecho al reintegro de los gastos por asistencia prestada a españoles que, encontrándose ocasionalmente en un país extranjero, sufren una enfermedad imprevista que les obliga a ser hospitalizados e intervenidos (18), pero no cuando hay un des-

(16) El artículo 17 de la Ley General de Sanidad dispone que «las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos, *no abonarán* a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias».

(17) Véanse al respecto las sentencias a las que aludo en mi trabajo sobre *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes*, revista «Derecho y Salud», 2001, págs. 91 y ss.; concretamente en pág. 103 (notas 45 y 46). Como supuesto ilustrativo al respecto, puede citarse el resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 (revista «Actualidad del Derecho Sanitario», 72, 2001, págs. 372 y ss.), relativo a un caso de reclamación de los gastos pagados por el internamiento de un paciente en el Hospital Psiquiátrico Provincial de Las Palmas de Gran Canaria como consecuencia de un cuadro depresivo de larga duración. La Jurisdicción Social condenó al Servicio Canario de Salud al abono de los gastos correspondientes —y a una multa de 50.000 pesetas por litigar con temeridad— al considerar probado que el actor había sido ingresado por orden del psiquiatra de la Seguridad Social y que ésta carecía en aquel momento de establecimientos para la hospitalización psiquiátrica. El supuesto no era por tanto, en rigor, de urgencia vital, sino de insuficiencia de medios por parte de la organización asistencial pública.

(18) Vid. STS de 4 de abril de 2000 (Ar. 2615), relativa a un español que sufre un infarto de miocardio durante su estancia en Venezuela y, como consecuencia del mismo, es hospitalizado e intervenido quirúrgicamente en una clínica privada de Caracas. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había declarado en su Sentencia sobre el asunto que no procedía el reintegro de gastos por entender que, al no existir un convenio de asistencia sanitaria con el país aludido, la asistencia prestada quedaba fuera de cobertura. No fue éste, sin embargo, el parecer del Tribunal Supremo en la Sentencia que resuelve el recurso de casación. En dicha Sentencia se declara al respecto lo siguiente (Fundamento segundo, 4):

«en los casos de urgencia vital es indiferente que la asistencia urgente se haya necesitado y producido en España o en el extranjero, pues es dable

plazamiento motivado por el objetivo específico de recibir la asistencia sanitaria; por ejemplo, una atención médica con medios técnicos más avanzados que los existentes en España (19) o sin las demoras que son consecuencia de la existencia de una lista de espera para la obtención de la prestación correspondiente en nuestro país (20).

Aunque la posición negativa que la jurisprudencia ha venido manteniendo en estos casos resulte discutible en determinados supuestos concretos (21), el soporte argumental en el que descansa dicha posición negativa no carece de coherencia y de apoyos sólidos en nuestro ordenamiento positivo. Por un lado, esta jurisprudencia entiende que, de admitirse el reintegro de gastos en estos supuestos, se privilegiaría a unos pocos (los que poseen recursos económicos para acceder a medios más avanzados disponibles en otros países y pueden intentar su posterior recuperación mediante el reintegro de los gastos), con ruptura del principio de igualdad en el que descansa nuestro sistema público de atención sanitaria (22). Y, por

entender que la asistencia sanitaria está garantizada a todos los afiliados a la Seguridad Social cualquiera que sea el lugar donde se encuentren cuando se trate de supuestos que exijan una atención inmediata por existir peligro para la vida o la integridad física del beneficiario de conformidad con el entonces aplicable artículo 18 del Decreto 2766/1967».

Obsérvese, en todo caso, que este tipo de situaciones —que no son en rigor de circulación de pacientes, sino de personas, según hemos notado— las hemos dejado fuera del objeto de nuestra atención en el presente trabajo —epígrafe I.B)—. Por lo demás, son supuestos que en principio no deben plantearse en relación con un país de la Unión Europea, habida cuenta de que, como ha quedado apuntado, el Reglamento comunitario 1408/71 otorga a los ciudadanos europeos el derecho a ser atendidos sanitariamente en el país de estancia —cuando su estado lo requiera de modo inmediato— sin necesidad de abonar el coste de la asistencia prestada.

(19) Vid. SSTs de 31 de octubre de 1988, Ar. 9103 (paciente aquejado de grave dolencia cardíaca que, tras ser atendido por la Seguridad Social española sin obtener el resultado esperado, acude a un centro privado de los Estados Unidos, donde es intervenido con éxito); de 16 de noviembre de 1989, Ar. 8069 (enferma cardíaca que necesitaba ser sometida a una intervención quirúrgica de mucho riesgo y que decidió realizarla en los Estados Unidos ante las mayores probabilidades de supervivencia, el triple, que presentaba la operación en dicho país respecto a los centros españoles), y de 13 de octubre de 1994, Ar. 8050 (enfermedad ocular denominada «retinosis pigmentaria», de carácter progresivo e irreversible hasta la ceguera total, para la que no existía en España tratamiento médico y quirúrgico alguno, razón por la cual el paciente se trasladó a Moscú para ser tratado en un hospital de dicha ciudad).

(20) Véase la STS de 7 de octubre de 1996, Ar. 7496, relativa a una enferma de riñón que venía recibiendo asistencia sanitaria del INSALUD —hemodiálisis— y que, estando incluida en lista de espera para recibir un trasplante en España, decide trasladarse a los Estados Unidos para que le sea realizado el trasplante en un hospital de Houston.

(21) La lectura de las Sentencias que hemos citado en la nota 19, y en particular la consideración de los datos de los respectivos supuestos de hecho que constan en las mismas (datos que no son ciertamente exhaustivos, pero que acreditan en los tres casos la entidad del problema médico y la justificación que tuvo en los mismos el recurso a centros especializados en el extranjero), me conducen a juzgar como excesivamente inflexible la posición negativa que la jurisprudencia ha mantenido en este punto.

(22) Así lo entiende la Sentencia de 7 de octubre de 1996, citada en la nota 20, al afirmar (Fundamento segundo, 2) que reconocer el derecho al reintegro de gastos en estos casos supondría «privilegiar a la hoy recurrida [la paciente que recibió el trasplante en los Estados Unidos] con respecto a otros beneficiarios que aquejan igual mal y que carecen de medios económicos para actuar como lo hizo aquella».

otro lado, se razona también desde la óptica de las ideas de limitación de los medios disponibles y de sostenibilidad financiera que impregnan dicho sistema, ideas que se esgrimen también para afirmar que nuestro sistema de salud no está obligado a prestar la asistencia sanitaria con «aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo técnico superior y que por ello, y sólo por ello, no son disponibles en España». Y esto es así, se continúa diciendo, «por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social» (23).

A la vista de todo ello, puede concluirse que son extremadamente reducidas las posibilidades que ofrece nuestro Derecho positivo de conseguir el reembolso de gastos por asistencia sanitaria prestada en el extranjero —tanto en países extracomunitarios como en los Estados miembros de la Unión Europea— como consecuencia de una opción de preferencia libremente ejercitada por el paciente (24). Lo cual significa, dicho en otras palabras, que el Derecho español excluye casi por completo la financiación pública de la libre circulación de pacientes entendida como opción personal de desplazarse al extranjero (25), ya sea fuera de la Unión Europea o

(23) Así se declara en la ya citada STS de 31 de octubre de 1988, Sentencia cuya argumentación se reitera en las posteriores Sentencias del mismo Tribunal de 16 de noviembre de 1989 y de 13 de octubre de 1994, y que combina los principios de igualdad y de limitación de medios disponibles para fijar unos límites al derecho a la asistencia sanitaria pública y, por tanto, al derecho a la protección de la salud. En la misma puede leerse que la Seguridad Social «tiene que garantizar tanto la eficacia y la *igualdad* en los servicios prestados, como la necesaria *estabilidad financiera* del sistema. Ello supone el reconocimiento de *unos límites inherentes a la asistencia debida* por la Seguridad Social, aunque por su especial naturaleza éstos no se precisan por la norma como ocurre en materia referente a prestaciones dinerarias». A ello se añade que «el obtener por decisión propia una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de *un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal*» (cursivas mías). Lo cual se completa con otros desarrollos, entre los que se encuentra el énfasis en el dato de que el derecho constitucional a la protección de la salud se refiera a «todos» (apartados 1 y 2 del art. 43 CE), circunstancia que implicaría la exclusión de aquellos medios «que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos».

(24) Dejo aquí al margen las posibilidades que emanan directamente del Derecho Comunitario derivado, concretamente de lo previsto en el Reglamento (CEE) 1408/71, de 14 de junio de 1971, en cuyo artículo 22.1.c) se contempla que las Administraciones autoricen a los residentes en los Estados correspondientes a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria. Esta autorización no podrá ser denegada, según se dispone en el apartado 2 de dicho artículo 22, cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y la misma «no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata». El Derecho Comunitario obliga, por tanto, a autorizar el desplazamiento, y a financiarlo, cuando uno de los Estados miembros carezca de los medios para atender, en el plazo «normalmente necesario», una prestación sanitaria legalmente reconocida. Véase sobre ello lo que se indica más adelante, en el epígrafe III.B).b).

(25) Utilizo la expresión *extranjero* en su sentido tradicional y convencional, pero resulta obvio que en relación con los Estados de la Unión Europea cada vez se reducen más las características propias de la extranjería (especialmente a raíz de la introducción de una ciudadanía común europea por el Tratado de Maastricht), lo que afecta tanto al estatus de los españoles en los territorios de los demás Estados miembros —en los cuales los ciudada-

bien dentro de ella, para recibir una asistencia de más calidad o más rápida.

Por último, debemos subrayar que no corresponde, obviamente, al Derecho español regular la situación inversa a la que hemos considerado aquí, es decir, la posibilidad de que personas no residentes que sean atendidas en España obtengan el reintegro de los gastos que hayan asumido en el Estado en que residen. Tal situación se producirá cuando las personas aludidas sean atendidas por profesionales o establecimientos sanitarios privados y, también, cuando los servicios sanitarios públicos atiendan a los no residentes como «pacientes privados», esto es, como pacientes sin derecho a la asistencia sanitaria que deben abonar el coste de los correspondientes servicios (26). Hipótesis esta última que sólo podrá plantearse en relación con la asistencia sanitaria no urgente, habida cuenta de la amplitud con la que nuestro ordenamiento reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia a quienes se encuentran en el territorio nacional (27).

III. LOS REFERENTES NORMATIVOS DEL DERECHO COMUNITARIO EN TORNO A LA MATERIA

Antes de considerar las Sentencias del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación de pacientes más atrás aludidas, conviene dejar constancia de los referentes normativos que enmarcan la materia en el Derecho Comunitario, tanto a nivel de Derecho originario como de Derecho derivado.

A) Por lo que se refiere en primer lugar al Derecho originario, los datos fundamentales a subrayar son, a mi juicio, los siguientes.

nos de los demás países comunitarios somos extranjeros cualificados por un estatus propio— como también a los derechos de los ciudadanos comunitarios en España, que tienen también un estatus cualificado respecto a los demás extranjeros.

(26) El artículo 16 de la Ley General de Sanidad se refiere expresamente a estos «pacientes privados» de los servicios sanitarios públicos, esto es, a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria pública que sean atendidos por los establecimientos sanitarios públicos del Sistema Nacional de Salud, los cuales deben abonar la factura correspondiente calculada sobre la base de los costes efectivos de los servicios recibidos. Esta situación puede afectar tanto a personas que sean residentes en España, pero que carezcan del derecho a la asistencia sanitaria pública, como también a personas no residentes.

(27) Téngase en cuenta al respecto que el artículo 12.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone que «los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta su situación de alta médica». Por otro lado, respecto a los ciudadanos comunitarios opera la ya citada regla incorporada al artículo 22.1.a) del Reglamento 1408/71, que reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia a todas las personas que realicen una estancia en un Estado miembro distinto del Estado de afiliación. Esta última cuestión se ha abordado recientemente entre nosotros desde la perspectiva de la financiación de los servicios sanitarios, a través de la regulación del Fondo de Cohesión Sanitaria realizada por RD 1247/2002, de 3 de diciembre, que contempla una compensación económica a las Comunidades Autónomas por la asistencia sanitaria dispensada a los ciudadanos desplazados a España en estancia temporal de acuerdo con el Reglamento comunitario 1408/71 o en virtud de convenios suscritos por España en materia de Seguridad Social.

El TCE incluye, a partir de la reforma operada en el mismo por el Tratado de Maastricht de 1992, la *protección de la salud humana* entre los objetivos de la Comunidad y la *política en materia de salud pública* entre las políticas sectoriales o específicas previstas en el mismo, pero excluye expresamente la posibilidad de que las instituciones comunitarias puedan regular o condicionar lo relativo a las formas de organización y provisión de servicios sanitarios y atención médica a la población, aspecto éste que considera como responsabilidad exclusiva de los Estados miembros.

En efecto, frente a la ausencia inicial en los Tratados de referencias genéricas a la salud o la sanidad entre los objetivos y competencias de las Comunidades Europeas (28), el Tratado de Maastricht incluyó la referencia a «una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud humana» entre los ámbitos de actuación de la Comunidad (hasta entonces Comunidad Económica Europea y a partir precisamente de Maastricht, simplemente, Comunidad Europea) a los que se refiere el TCE —art. 3, letra o)—. Y abordó de modo específico la «salud pública» en el Título X de su Parte Tercera, integrado por un solo artículo, el 129, en el que se establecieron las coordenadas generales de la acción comunitaria en la materia. Lo cual hizo que la política comunitaria en el ámbito de la salud pública adquiriera carta de naturaleza y posibilitó el diseño de una estrategia global y sistemática de la Comunidad sobre la materia, aglutinando campos concretos hasta entonces dispersos (29).

(28) En la redacción inicial de los Tratados tan sólo se contemplaban algunos aspectos específicos sobre los que las Comunidades disponían de una habilitación para intervenir; así, la protección sanitaria frente a las radiaciones ionizantes (arts. 30 y ss. del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica), el ejercicio de las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas (art. 57.3 del TCE, 47.3 de la versión consolidada, en el que se alude a la coordinación de las condiciones exigidas para el ejercicio de estas profesiones en los diferentes Estados miembros) y la higiene y seguridad en el trabajo (dentro del Título relativo a la «política social», el antiguo art. 118 TCE contemplaba la protección contra accidentes laborales y enfermedades profesionales y la higiene en el trabajo).

Pese a lo limitado de este marco inicial, las acciones de la Comunidad en el ámbito sanitario fueron experimentando un paulatino desarrollo, especialmente intenso a raíz de la entrada en vigor del Acta Única Europea de 1986, que abrió algunas nuevas posibilidades de acción comunitaria en la materia (en particular, debe mencionarse el nuevo art. 118A TCE, que contempló la aprobación de Directivas en materia de protección de la salud y seguridad de los trabajadores, y el art. 130R, que incluyó la protección de la salud de las personas entre los objetivos de la política comunitaria del medio ambiente). Este paulatino desarrollo de las acciones comunitarias en el ámbito de la salud, que se manifestaría en particular en campos específicos como la lucha contra el cáncer, las toxicomanías o el SIDA, prepararía el terreno para el Tratado de Maastricht, en virtud del cual la política de salud pública se convierte en una de las políticas sectoriales de la Comunidad con un tratamiento unitario en el TCE.

(29) Sobre la génesis y evolución de la política comunitaria en el ámbito de la salud pública, véase el trabajo de J. M. SOBRINO HEREDIA, «La política de salud pública en la Unión Europea», en el vol. col., coordinado por J. M. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE y otros, *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidad de La Coruña, La Coruña, 1999, págs. 59 y ss. También, L. PAREJO ALFONSO, «La política comunitario-europea en materia de salud pública: el artículo 129 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en la versión dada al mismo por el de Amsterdam», en el vol. col. *Derecho de la Sanidad y los medicamentos: seis estudios*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Universidad Carlos III, Madrid, 1999, págs. 185 y ss.

La redacción de este precepto resultante del Tratado de Amsterdam (art. 152 de la versión consolidada) amplía y completa las posibilidades de acción comunitaria en este ámbito (30), pero deja fuera claramente lo relativo a la prestación de la asistencia sanitaria por los Estados miembros a

(30) Las competencias que se atribuyen por este precepto a la Comunidad son amplias en cuanto a su ámbito material y sus objetivos, pero limitadas todavía en su alcance o intensidad en cuanto a su virtualidad condicionante de la autonomía de los Estados miembros.

La amplitud de su ámbito material deriva de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 152, según el cual la acción de la Comunidad en la materia «se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud humana» (fórmula introducida en Amsterdam, de mayor amplitud que la incluida en su momento en Maastricht), mencionándose en particular ámbitos específicos como son la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas o la reducción de los daños a la salud producidos por las drogas. Con independencia de ello, se consagra la horizontalidad o transversalidad de la protección sanitaria al garantizarse un «alto nivel de protección de la salud humana» en la definición y ejecución de «todas las políticas y acciones de la Comunidad» (fórmula que es también más exigente que la plasmada en su momento por el Tratado de Maastricht, a cuyo tenor se declaraba que las exigencias en materia de protección de la salud constituían «un componente de las demás políticas de la Comunidad»).

La aludida limitación en el alcance de las competencias comunitarias sobre salud pública deriva tanto del hecho de que la acción de la Comunidad en la materia se califique como «complementaria» de la de los Estados miembros (apartado 1 del art. 152) como de la circunstancia de que el Tratado habilite sólo (véanse al respecto los apartados 2, 3 y 4) a la adopción de *medidas de fomento* (medidas de fomento de la protección y mejora de la salud humana, fomento de la cooperación entre los Estados miembros y de la coordinación entre los mismos, fomento de la cooperación con terceros países y con organizaciones internacionales), con exclusión de «cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» (ello es así salvo en algún aspecto específico, como es el relativo a la calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano y de la sangre y sus derivados, en el que se contempla la fijación comunitaria de criterios mínimos de armonización). Además, se autoriza al Consejo a adoptar *recomendaciones* sobre la materia a propuesta de la Comisión (apartado 4).

Tanto la habilitación para adoptar medidas de fomento como la relativa a la aprobación de recomendaciones encajan dentro de lo que puede denominarse «competencias no regulativas», de acuerdo con la tipología competencial que proponen A. VON BOGDANDY y J. BAST («El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en el vol. col., dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas-Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2002, págs. 19 y ss., 44-46); competencias no regulativas que, según subrayan estos autores, posibilitan la acción de los órganos de la Unión «en aquellos ámbitos en los que los Estados miembros aún no están preparados para una mayor comunitarización» y requieren también, como las regulativas, una atribución positiva por parte de los Tratados. Por lo que se refiere específicamente a las competencias de fomento, VON BOGDANDY y BAST subrayan que los actos jurídicos derivados de las mismas adoptan la forma de *decisiones* sin destinatario, por lo que no pueden imponer obligaciones ni a los Estados miembros ni a los ciudadanos. Sin embargo, las competencias de fomento no carecen de «capacidad directriz», en la medida en que crean estímulos positivos a los comportamientos de los Estados y de los actores privados y, resultando a la vez favorables a la autonomía y muy eficaces, tienen «un significado nada despreciable para la integración».

En la *Comunicación de la Comisión de 16 de mayo de 2000 sobre la estrategia sanitaria de la Comunidad Europea* [COM (2000) 285 final] se describe así la responsabilidad comunitaria en el ámbito de la salud pública:

«la posición de la Comunidad no es idéntica a la de los Estados miembros; a diferencia de éstos, no gestiona servicios sanitarios o de asistencia médica, tarea que, con arreglo al Tratado, compete claramente a los Esta-

su población respectiva, puesto que señala expresamente (apartado 5) que «la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica».

B) De este marco «constitucional» establecido por el Tratado resulta, por tanto, que entra dentro de la exclusiva competencia de los Estados miembros la regulación de la asistencia sanitaria pública en sus diversos aspectos. Así, la determinación de los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria y el contenido de la prestaciones que se reconocen, las modalidades de organización y provisión de la asistencia, las formas de financiación de la misma; cuestiones que las legislaciones nacionales abordan, en efecto, con soluciones muy distintas sobre la base de sus propias tradiciones y opciones políticas. Lo cual explica la inexistencia de una normativa comunitaria —Reglamentos o Directivas— cuyo objeto específico sea la regulación de la asistencia sanitaria —o la armonización de las legislaciones nacionales sobre la materia— en la que pudiera encajar una consideración de las cuestiones vinculadas con la movilidad de los pacientes.

Ahora bien, esta ausencia de disposiciones de Derecho derivado que se refieran a la materia desde la óptica de la política sectorial de salud pública no significa un silencio total de la normativa comunitaria derivada de los Tratados sobre las cuestiones vinculadas a la asistencia sanitaria transfronteriza. Como ha quedado apuntado, hay alguna norma que se refiere específicamente al tema en el marco de la regulación comunitaria de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes contenida en el muy importante Reglamento (CEE) 1408/71, de 14 de junio de 1971.

El Reglamento 1408/71 se elaboró en su momento en el marco de lo dispuesto en el artículo 51 del Tratado de Roma (art. 42 de la versión consolidada), en el que se contempló la adopción por el Consejo de medidas en materia de Seguridad Social para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, previéndose en particular un sistema que permitiera a los trabajadores migrantes la acumulación de los períodos de cotización realizados en diferentes Estados a efectos de reconocimiento del derecho a las prestaciones, así como el pago efectivo de las mismas con independencia del país de residencia (31).

dos miembros. Su papel en el ámbito de la salud pública consiste en complementar la labor de los países de la Unión, añadir valor a sus acciones y, en particular, ocuparse de las cuestiones que éstos no pueden abordar independientemente. Las enfermedades contagiosas, por ejemplo, no respetan las fronteras nacionales, y lo mismo cabe decir de la contaminación atmosférica o de las aguas».

(31) Sobre la regulación contenida en el Reglamento 1408/71, que fue complementada con lo dispuesto en el posterior Reglamento (CEE) 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, sobre modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71, véase el completo estudio de R. CORNELISSEN, *The principle of territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)*, «Common Market Law Review», 33 (1996), págs. 439 y ss. Algunas consideraciones sobre la materia pueden encontrarse también en el trabajo de A. BOSSCHER, «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la perspec-

Su objetivo venía dado, por tanto, por la eliminación de los obstáculos para la libre circulación de trabajadores derivados de la existencia de una pluralidad de legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social cuya aplicación pudiera determinar una pérdida de derechos para los trabajadores que se desplazan a otro Estado comunitario para desarrollar en él una actividad laboral, a cuyo efecto incorporó una serie de previsiones tanto de carácter general como en relación específicamente con las distintas prestaciones de Seguridad Social (pensiones, prestaciones en caso de desempleo, asistencia sanitaria por enfermedad o maternidad, etc.) (32).

Pero el alcance de las disposiciones de este Reglamento, modificado en muy numerosas ocasiones (33), ha desbordado con mucho lo que era su planteamiento inicial, reducido a incidir sobre los trabajadores migrantes, esto es, sobre quienes se trasladan a otro país comunitario para ejercer en él su actividad laboral —un colectivo que es en realidad numéricamente reducido (34)—, puesto que se han incorporado al mismo normas que tienen un ámbito de aplicación generalizada (a *todos* los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y sus familias, a los pensionistas, e incluso a todos los residentes en alguno de los Estados miembros de la Comunidad) (35).

Esta amplitud en el campo de aplicación de determinados preceptos del Reglamento 1408/71 es palpable en particular en las disposiciones que éste dedica a regular la prestación de asistencia sanitaria en casos de enfermedad y maternidad (Capítulo 1 del Título III del Reglamento). En dichas disposiciones se incluye un prolijo e importante artículo 22 que con-

tativa del establecimiento del mercado interior», en el libro colectivo *Los sistemas de Seguridad Social y el mercado único europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, págs. 23 y ss., así como en el estudio de J. LÓPEZ LÓPEZ, «La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros», en J. LÓPEZ LÓPEZ (coord.), *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 35 y ss. Como prueba de la importancia que para la realización de los objetivos del Mercado Común tuvo la regulación de esta materia cabe indicar que la misma fue objeto de dos Reglamentos adoptados por el Consejo ya en el año 1958 (los Reglamentos números 3 y 4 del Consejo, de 25 de septiembre y 3 de diciembre de 1958), a los cuales vinieron a sustituir los citados Reglamentos 1408/71 y 574/72.

(32) Se trata, por tanto, de evitar las eventuales consecuencias penalizadoras que pueden derivar de la existencia de una pluralidad de legislaciones nacionales para los trabajadores que ejercitan la libre circulación amparada por el Derecho Comunitario. En todo caso, debe notarse que las disposiciones dictadas en base al artículo 42 del TCE no pretenden una *armonización* en sentido propio de las legislaciones nacionales de Seguridad Social, sino únicamente una *coordinación* de las mismas, según subraya expresamente el Preámbulo del Reglamento 1408/71 al decir que «es conveniente respetar las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social y elaborar únicamente un sistema de coordinación».

(33) Entre dichas modificaciones cabe destacar la inclusión en su ámbito de aplicación de los trabajadores por cuenta propia (Reglamentos 1390/81, de 12 de mayo de 1981, y 3795/81, de 8 de diciembre de 1981), frente a su inicial limitación a los trabajadores por cuenta ajena.

(34) Según los datos aportados por R. CORNELISSEN, *The principle of territoriality* (1996), págs. 444-445, el número de trabajadores migrantes comunitarios se situaba entonces en torno a los dos millones, una cifra muy inferior a la de los trabajadores provenientes de terceros Estados.

(35) Así lo destaca CORNELISSEN, *The principle of territoriality*, pág. 444, al subrayar que no es necesario haber hecho uso de la libre circulación de trabajadores para invocar el Reglamento 1408/71 y que el mismo tiene relevancia para la inmensa mayoría de los ciudadanos de la Comunidad Europea.

tiene, en efecto, normas cuyo alcance va más allá de lo que constituye el objeto primario del Reglamento, esto es, la regulación de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes. En particular, dos disposiciones interesa considerar, por su interés a nuestros fines, entre las incluidas en dicho artículo.

a) El artículo 22 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia a cualquier persona que se desplace por el territorio de la Comunidad y que realice una estancia en un país distinto del Estado en que reside, cualquiera que sea el motivo del desplazamiento, con el único requisito de tener derecho a la asistencia sanitaria en el Estado de origen (36). La asistencia sanitaria la proporciona «la institución competente» del Estado en el que se realiza la estancia —de acuerdo con la normativa que ésta aplique y «como si [el interesado] estuviera afiliado a la misma»—, aunque por cuenta de la institución competente del Estado en el que la persona afectada tiene derecho a la asistencia sanitaria, la cual deberá abonar el coste íntegro de la asistencia a la institución que la ha prestado (37).

No estamos, por tanto, ante una norma que incida sobre los trabajadores migrantes, esto es, sobre quienes han cambiado de lugar de trabajo haciendo uso de la libre circulación de trabajadores que reconoce el Derecho Comunitario, sino ante una norma que afecta a todos los ciudadanos de los Estados comunitarios que tengan derecho a la asistencia sanitaria pública conforme a su respectiva legislación nacional. Su objetivo es, obviamente, facilitar la movilidad de las personas en el interior de la Comunidad, esto es, la *libre circulación de personas*, conectando por tanto con el principio que en tal sentido establece hoy el artículo 18.1 TCE, en el marco de la ciudadanía europea consagrada por el Tratado de Maastricht (38).

(36) Véase lo dispuesto al respecto en el artículo 22.1, letras a) e i), donde se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria («prestaciones en especie») a las personas «cuyo estado requiera de modo inmediato prestaciones». El artículo 22 está referido únicamente a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y a sus familias, pero otros preceptos extienden la aplicación de este derecho a otras personas; en particular, el artículo 22 bis —introducido por el Reglamento (CE) 3095/95 del Consejo, de 22 de diciembre de 1995— extiende este derecho a todos los nacionales de algún Estado miembro que estén asegurados en virtud de la legislación de dicho Estado y a los miembros de sus familias que residen con ellos. Véase también lo dispuesto por el artículo 31 (en relación con los pensionistas) y por el artículo 34 ter (en relación con los estudiantes).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento 574/72, la acreditación de que se tiene derecho a la asistencia sanitaria en el Estado de origen se realiza a través de una certificación (el impreso E-111) expedida por «la institución competente» en el Estado de afiliación, a ser posible antes de que el interesado deje el territorio del Estado miembro en que reside, y que éste debe presentar a la institución competente en el lugar de estancia para recibir asistencia sanitaria de urgencia. No obstante, se establece que si el interesado no presenta dicha certificación, «la institución del lugar de estancia se dirigirá a la institución competente para obtenerla».

(37) Véase lo dispuesto en el artículo 22.1.i), que debe completarse con lo establecido en el artículo 36 sobre «reembolsos entre instituciones». El reembolso del coste íntegro de la asistencia sanitaria prestada es la regla general (art. 36.1), pero cabe la posibilidad (art. 36.3) de que dos o más Estados miembros acuerden otras formas de reembolso entre ellos o renuncien a todo reembolso.

(38) Recuérdese que el artículo 18.1 TCE dispone que «todo ciudadano de la Unión

b) Junto a ello, el artículo 22 reconoce también la posibilidad de que se realicen desplazamientos a otro país comunitario con el objetivo específico de recibir en él asistencia sanitaria por cuenta del Estado de residencia. No obstante, los términos en que se contempla esta posibilidad son diferentes —en un sentido más restrictivo— puesto que su efectiva aplicación se hace depender del otorgamiento de una autorización administrativa previa por parte de la institución competente del Estado de origen, la cual queda configurada con pautas de una amplia, aunque no total, discrecionalidad en su otorgamiento. Se dice, concretamente, que la denegación de la autorización no procederá «cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y *cuando*, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de su enfermedad, *esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata* en el Estado miembro en que reside», lo cual implica, obviamente, que en cualquier otra situación (si el tratamiento no está entre las prestaciones reconocidas por el Estado de residencia, o bien si se le puede dispensar en dicho Estado en el plazo normalmente necesario) la autorización puede ser denegada (39).

Caben, por tanto, las derivaciones o remisiones de pacientes entre Estados por cuenta del respectivo sistema sanitario público como fórmula para hacer frente a posibles carencias o insuficiencias de los servicios y medios asistenciales disponibles en un determinado país, si bien la posición jurídica del ciudadano de cara a esta posibilidad es notoriamente menos sólida que la establecida en relación con la asistencia sanitaria urgente.

Aunque, como queda dicho, la posibilidad que ahora consideramos se contempla en unos términos escasamente comprometedores para los Estados miembros —lo cual se ha traducido en una praxis muy restrictiva por parte de los mismos que ha relegado la aplicación de esta norma a un terreno muy marginal (40)—, lo cierto es que incide sobre una cuestión claramente alejada de lo que constituye el objeto primario del Reglamento

tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

(39) Vid. artículo 22.1, letras c) e i), y artículo 22.2, 2.º párrafo. También lo dispuesto en el artículo 22.3 y en los artículos 22 bis y 36. La autorización prevista a estos efectos se refleja en la entrega al interesado del impreso E-112.

(40) Véase al respecto lo indicado por P. MAVRIDIS, *Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'État de son choix?*, «Droit social», 12, diciembre de 1996, págs. 1086 y ss., 1094, quien señalaba que en la práctica la denegación de las autorizaciones previas era cuasi-automática y que los organismos nacionales de Seguridad Social venían rechazando prácticamente la totalidad de las solicitudes para recibir asistencia en el extranjero que se les presentaban. Subrayaba también este autor cómo la redacción del Reglamento 1408/71 fue modificada en este punto en 1981 (a través del Reglamento 2793/81) precisamente con el objetivo de ampliar el poder de apreciación otorgado a los Estados para otorgar o no la autorización previa. Anteriormente, y con base en la redacción originaria del Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia había sentado una doctrina sobre la materia (en las dos Sentencias *Pierik*, de 16 de marzo de 1978 y 31 de mayo de 1979, respectivamente) de sentido favorable al derecho de los ciudadanos europeos a obtener la autorización para tratamientos en el extranjero.

1408/71 (no se pretende, por supuesto, facilitar la libre circulación de trabajadores a través de una medida que incida sobre los trabajadores migrantes) y distante también de los objetivos facilitadores de la libre circulación de personas que latan en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria urgente a quienes se mueven por el territorio de distintos Estados de la Comunidad. A través de la previsión reseñada se viene a dar un cierto alcance extraterritorial al derecho a la asistencia sanitaria pública reconocido en los diversos Estados miembros, al contemplar lo que en el fondo no es sino una fórmula de colaboración entre los sistemas sanitarios nacionales que, en algunos supuestos, puede ser exigida por los ciudadanos europeos a través del ejercicio del derecho que les reconoce una disposición comunitaria —los apartados 1.c) y 2.2.º del art. 22 del Reglamento 1408/71— dotada de efecto normativo directo (41).

* * *

Una vez que han quedado expuestas las reglas del Derecho Comunitario que inciden sobre la materia —y, en particular, el tratamiento de la asistencia sanitaria transfronteriza por la normativa comunitaria sobre Seguridad Social—, estamos en condiciones de considerar la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre asistencia sanitaria y libre prestación de servicios. Nos referiremos en primer lugar a las Sentencias dictadas en los casos *Decker* y *Kohll*, que constituyen el antecedente inmediato de la Sentencia *Smits y Peerbooms*.

IV. LOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA *SMITS Y PEERBOOMS* EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA. LA DOCTRINA SENTADA EN LOS CASOS *DECKER* Y *KOHL*

La línea jurisprudencial favorable a la aplicación de las reglas comunitarias sobre libre prestación de servicios a las regulaciones nacionales de la asistencia sanitaria tiene su origen en la Sentencia *Kohll*, de 28 de abril de 1998, dictada el mismo día que otra Sentencia relativa a un caso muy próximo, el asunto *Decker*. Aquí nos va a interesar sobre todo la primera de ellas, dado que la Sentencia *Decker* no se refiere a un supuesto encuadrable dentro de la libre prestación de servicios, sino en la libre circulación de mercancías (en el asunto *Decker* se trataba de la adquisición de unas gafas en otro país comunitario), pero debe notarse que la doctrina sentada en las

(41) Con ello se está incidiendo, aunque con un alcance ciertamente limitado, sobre la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como derecho social o de prestaciones en los Estados europeos, dándole una cierta proyección extraterritorial o transfronteriza que puede propiciar en algunos casos el desplazamiento a otro Estado de la Unión para recibir la atención sanitaria que determinados pacientes requieren y que no pueden obtener en el Estado en que residen.

Un supuesto concreto de aplicación del artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71 se planteó ante el Tribunal de Justicia en el asunto C-368/98 (*Vanbraekel*), resuelto por dicho Tribunal mediante la Sentencia de 12 de julio de 2001 más atrás citada (nota 13).

dos Sentencias es, por supuesto, la misma e incluso coinciden literalmente los textos de ambas, salvo pequeñas variantes que corresponden a las particularidades de los respectivos litigios principales y a su diferente encuadramiento en el Derecho Comunitario (libre prestación de servicios en la Sentencia *Kohll* y libre circulación de mercancías en la Sentencia *Decker*).

En la Sentencia *Kohll*, el Tribunal se adentra, en efecto, en la materia al abordar un supuesto de asistencia sanitaria en el extranjero en el que un ciudadano luxemburgués pretendía obtener el reembolso de los gastos correspondientes, esto es, la financiación de la asistencia por la entidad gestora de la Seguridad Social de su país. Con anterioridad, el Tribunal de Justicia ya había declarado que los ciudadanos que se desplazan a otro país comunitario para recibir asistencia médica se benefician de la libre prestación de servicios amparada por el Derecho Comunitario, pero se trataba de una afirmación hecha en relación con situaciones producidas al margen del aseguramiento sanitario público, en las que el paciente asume por tanto el gasto correspondiente (42).

Tanto el caso *Kohll* como el caso *Decker* se plantearon en relación con la legislación de Luxemburgo reguladora de la asistencia sanitaria a los beneficiarios de su sistema de Seguridad Social. Dicha legislación se basa en un sistema de provisión de atención médica fundamentalmente privada, con pago a cargo del paciente y posterior reembolso por la Caja de Enfermedad correspondiente (43). Pero este sistema de provisión de la atención médica, en el que juega un espacio muy amplio por tanto la libertad de elección del paciente, se limita en principio a los centros y profesionales establecidos en Luxemburgo, puesto que los asegurados sólo pueden recibir tratamiento en un centro del extranjero si cuentan con la previa autorización del organismo competente de Seguridad Social, salvo en supuestos de asistencia urgente por accidente o enfermedad sobrevenida. Así lo venía estableciendo la legislación de Luxemburgo sobre la materia, en la que se exigía para el otorgamiento de la autorización, por un lado, que se tratara de prestaciones no excluidas del reembolso según la normativa nacional y, por otro lado, que se presentara una solicitud firmada por un médico establecido en Luxemburgo en la que se indicara el concreto médico o el centro sanitario aconsejado al asegurado y se expusieran las circunstancias en virtud de las cuales resultaba imposible dispensar el tratamiento en Luxemburgo (44).

(42) Véanse en este sentido las Sentencias de 31 de enero de 1984, en los asuntos *Luisi y Carbone*, más atrás citada, y de 4 de octubre de 1991 (asunto C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, «Recopilación de Jurisprudencia», 1991, I-4685).

(43) En determinados supuestos (asistencia hospitalaria) la entidad de Seguridad Social paga directamente al centro sanitario. Pero, en todo caso, el paciente debe abonar, como «copago», una parte del coste de las prestaciones; no sólo en la adquisición de medicamentos y productos sanitarios, sino también en las consultas y asistencia hospitalaria (como promedio, en torno al 10% del coste de las prestaciones). Sobre el sistema de asistencia sanitaria de Luxemburgo pueden encontrarse algunas indicaciones en el libro, preparado por la OCDE, *La reforma de los sistemas de asistencia sanitaria. Estudio de diecisiete países de la OCDE*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, págs. 247 y ss.

(44) Ello derivaba de lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Seguros Sociales de

Ésta es la normativa nacional cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario se va a examinar tanto en el caso *Decker* (asunto C-120/95) como en el caso *Kohll* (asunto C-158/96) (45). En este segundo caso, el Sr. Kohll había solicitado a la *Union des caisses de maladie* autorización previa para que su hija recibiera un tratamiento aplicado por un ortodoncista establecido en Tréveris (Alemania), pero dicha autorización fue denegada en razón de que dicho tratamiento no era urgente y podía dispensarse en Luxemburgo. Esta denegación fue objeto de recurso en sucesivas instancias, llegando finalmente a la *Cour de Cassation* luxemburguesa, la cual decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que éste se pronunciase sobre la compatibilidad con el Tratado (libre prestación de servicios de los arts. 49 y 50) (46) de una normativa nacional que supedita la asunción de prestaciones reembolsables a una autorización previa del organismo de Seguridad Social si las prestaciones se realizan en un Estado miembro distinto del Estado de residencia del asegurado (47).

Una vez seguido el procedimiento correspondiente, en el que presentaron alegaciones, además de las partes en el litigio principal, los Gobiernos de Luxemburgo, Alemania, Grecia, Francia, Austria y Reino Unido, así como la Comisión de las Comunidades Europeas, el Tribunal dicta una Sentencia en la que se abordan sucesivamente las tres cuestiones siguientes:

- si las disposiciones comunitarias sobre libre prestación de servicios son aplicables a la normativa controvertida, habida cuenta de que la misma se integra dentro de la materia de Seguridad Social;

Luxemburgo de 1992 y en los artículos 25 a 27 de los Estatutos de la *Union des caisses de maladie*, según las referencias que incluyen las Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tesouro, de modo conjunto para los asuntos *Decker* y *Kohll*, el 16 de septiembre de 1997 («Recopilación», I-1835, apartado 4).

(45) Acaso no sea impropio remarcar que Luxemburgo —sede del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— es un país pequeño situado en el corazón de Europa, abierto y permeable en sus fronteras desde hace ya años, y que forma parte, junto con los países vecinos inmediatos, del núcleo fundacional de la Europa comunitaria (fue firmante del Tratado de París de 1951 constitutivo de la CECA, así como de los Tratados de Roma de 1957 constitutivos de la CEE y de la CEEA), así como del grupo de países firmantes del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (junto con Francia, Alemania, Bélgica y Holanda). También me parece oportuno resaltar un dato fáctico del caso *Kohll*: en relación con el tratamiento concreto sobre el que versaba —una ortodoncia— había *un único profesional* en Luxemburgo capaz de proporcionarlo.

(46) El párrafo 1.º del artículo 49 (antiguo art. 59) establece que «en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación». La noción comunitaria de *servicio* a estos efectos queda perfilada en el artículo 50 (antiguo art. 60), en cuyo párrafo 1.º puede leerse que «se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas».

(47) El texto preciso de las preguntas que la *Cour de Cassation* dirige al Tribunal puede encontrarse en el apartado 10 de la Sentencia.

- si la normativa controvertida introduce una restricción a la libre prestación de servicios al exigir la autorización previa para los tratamientos sanitarios en el extranjero;
- si existen razones que puedan justificar el efecto restrictivo que la exigencia de autorización previa introduce sobre la libre prestación de servicios (48).

A) Por lo que se refiere al primer aspecto, esto es, a la aplicación del principio fundamental de libre circulación a la materia de Seguridad Social, el Tribunal recuerda su propia doctrina según la cual «el Derecho Comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social», lo que implica que «a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado determinar, por una parte, los requisitos del derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social y, por otra parte, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones» (49). Pero entiende que ello no obsta a la exigencia de que los Estados al ejercer dicha competencia respeten el Derecho Comunitario, concluyendo que el hecho de que la normativa nacional controvertida esté comprendida dentro del ámbito de la Seguridad Social «no puede bastar para excluir la aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado» (50).

(48) Dejo al margen la consideración de la alegación realizada en defensa de la disposición nacional controvertida de que la misma resulta conforme a lo previsto en el artículo 22 del Reglamento 1408/71. Al respecto señala el Tribunal (apartado 25) que «el hecho de que una medida nacional pueda, en su caso, ser conforme a una disposición de Derecho derivado, en el presente supuesto, el artículo 22 del Reglamento núm. 1408/71, no hace que dicha medida escape a las disposiciones del Tratado».

(49) Véanse los apartados 17 a 19 de la Sentencia, donde se incluyen las correspondientes referencias a anteriores pronunciamientos del Tribunal.

(50) El Tribunal hace suyas las consideraciones expuestas al respecto por el Abogado General Sr. Tesauro en sus Conclusiones, quien se expresaba en los siguientes términos (apartado 22):

«la afirmación según la cual el Derecho comunitario no menoscaba la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social implica, lisa y llanamente, que el Derecho comunitario no regula directamente dicha materia, y que tampoco interfiere en ella si su aplicación puede poner en peligro la supervivencia de los regímenes de Seguridad Social [...] No obstante, al margen de dicho supuesto, los Estados miembros están obligados a la observancia del Derecho comunitario también en el ejercicio de la competencia que les corresponde en materia de Seguridad Social».

Idea sobre la que vuelve a continuación al afirmar que «salvo en el caso de una normativa íntimamente relacionada con el funcionamiento y la supervivencia del régimen de Seguridad Social de que se trate, la materia de la Seguridad Social no se sustrae al ámbito de aplicación del Derecho comunitario». Lo que implica que «no se permiten las restricciones injustificadas a la libre circulación de personas (establecimiento y prestación de servicios) y de mercancías por el solo hecho de que la ventaja concedida a los particulares por las normas comunitarias pertinentes tropiece con una medida nacional referida de algún modo a la materia de la Seguridad Social».

B) En relación con la segunda de las cuestiones apuntadas, esto es, el carácter restrictivo que la medida controvertida tiene para la libre prestación de servicios, la respuesta del Tribunal es claramente afirmativa. Esta posición descansa, por un lado, en la consideración de que el tratamiento prestado por un ortodoncista debe considerarse un servicio de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Tratado (51) y, por otro lado, en el efecto disuasorio que la medida tiene para que los beneficiarios de la Seguridad Social se dirijan a prestatarios de servicios establecidos en otros Estados miembros.

Respecto de este último aspecto, el Tribunal recuerda su doctrina según la cual «el artículo 59 del Tratado 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 Estado miembro», y señala que si bien la normativa nacional controvertida no priva a los asegurados de la posibilidad de acudir a un prestatario de servicios establecido en otro Estado miembro, no es menos cierto que supedita el reembolso de los gastos correspondientes a una autorización previa —autorización a la que no están sujetos los gastos efectuados en el Estado de afiliación—. En consecuencia, concluye, dicha normativa «disuade a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituye, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios» (52).

C) Por lo que se refiere, finalmente, a la tercera de las cuestiones planteadas, el Tribunal viene a rechazar la entidad de las razones esgrimidas en defensa de la medida controvertida:

a) Se había aducido así que la exigencia de una autorización previa constituía un medio necesario para controlar los gastos sanitarios y para mantener el equilibrio presupuestario del sistema de Seguridad Social. Respecto a ello, el Tribunal señala que «no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social constituya una razón imperiosa de interés general» que pueda justificar un obstáculo al principio de libre prestación de servicios (53), pero

(51) Vid. el apartado 29 de la Sentencia y, en términos más explícitos, el apartado 41 de las Conclusiones del Abogado General.

(52) Vid. apartados 31 a 34 de la Sentencia, en los que se asume el planteamiento realizado por el Abogado General en sus Conclusiones. En el apartado 42 de las mismas se indica que la medida controvertida «implica, aunque sea de manera indirecta, una diferencia de trato entre los asegurados basada en el origen de la prestación», puesto que sólo hay que estar en posesión de la autorización previa para acudir a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro. Por otro lado, se añade, esta situación «acaba inevitablemente repercutiendo de modo negativo sobre los prestadores de servicios que no están establecidos en el Estado de que se trata. En efecto, estos últimos sólo podrán ofrecer, salvo en los contados casos en que se haya concedido la autorización, prestaciones no reembolsables».

(53) Sobre las «razones imperiosas de interés general» que, conforme a la doctrina del Tribunal, pueden justificar un obstáculo a la libertad de circulación, y en general sobre

entiende que en el supuesto en cuestión tal riesgo no existía, habida cuenta de que el Sr. Kohll solicitaba el reembolso de los gastos conforme a las tarifas aplicables en Luxemburgo —de modo que la carga financiera para la Seguridad Social era la misma que la resultante de acudir a un ortodoncista establecido en Luxemburgo— (54).

b) También se habían alegado motivos de protección de la salud pública como justificación de la normativa controvertida (55), al afirmarse por el Gobierno luxemburgués que la autorización previa resultaba necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones médicas. Pero dicho argumento no es aceptado por el Tribunal: tras recordar que los requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades de médico y dentista han sido objeto de diversas Directivas de coordinación o de armonización, señala que «deben reconocerse a los médicos y dentistas establecidos en otros Estados miembros todas las garantías equivalentes a las concedidas a los médicos y dentistas establecidos en el territorio nacional» (apartado 48).

c) Aún se aducía una tercera justificación de la medida consistente en el objetivo de mantener «un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos», objetivo que se había invocado como justificación de la restricción a la libre prestación de servicios (56).

Respecto de dicho objetivo, el Tribunal considera que conecta con la cuestión de la financiación de la Seguridad Social (57), pero también con las razones de salud pública contempladas en el artículo 46 del Tratado en la medida en que un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos «contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de

las excepciones a la libre prestación de servicios, véase una síntesis en P. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA y otros, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1999, págs. 648-649, y en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La libertad de prestación de servicios», cit., págs. 131-133. También pueden verse los estudios de I. BORRAJO INIESTA, «Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma», en el vol. col., coordinado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, II, págs. 149 y ss., y V. ABELLÁN HONRUBIA, «La contribución de la jurisprudencia del TJCE a la realización del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios», en el vol. col., dirigido por G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. L. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 771 y ss.

(54) Esta observación le permite concluir que «el reembolso de los cuidados dentales dispensados en otros Estados miembros con arreglo a las tarifas del Estado de afiliación no tiene una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de Seguridad Social» (apartado 42).

(55) Las razones de protección de la salud pública se encuentran entre las que pueden justificar las restricciones a la libre prestación de servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 TCE, al que remite el artículo 55.

(56) De hecho, la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* de Luxemburgo contenía dos preguntas, la segunda de las cuales se refería expresamente al objetivo de mantener «un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos en una determinada región» como posible justificación de la autorización previa.

(57) La explicación de esta conexión aflora con claridad en las Conclusiones del Abogado General, en cuyo apartado 53 se afirma que la salvaguardia del equilibrio financiero de la Seguridad Social no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar a los asegurados prestaciones cuantitativas y cualitativas de un cierto nivel, dado que «la quiebra del equilibrio financiero del sistema podría provocar una reducción de la protección sanitaria, con evidentes e inevitables consecuencias negativas, sobre todo, para los asegurados pertenecientes a las clases más débiles».

la salud» (apartado 50). En este sentido reconoce que el artículo 46 del Tratado, que incluye a las excepciones por razones de salud pública, permite a los Estados miembros 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». Pero observa que ni el organismo luxemburgués de Seguridad Social ni los Gobiernos que habían presentado observaciones habían demostrado que la normativa controvertida fuera necesaria para garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos.

En virtud de todo ello, concluye que los artículos 49 y 50 del Tratado se oponen a una normativa nacional como la aplicada en el litigio principal, que supedita a una autorización previa el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de los cuidados dentales dispensados por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro.

Esta declaración, reforzada con la que en el mismo sentido se contenía en la Sentencia correspondiente al asunto *Decker* —dictada el mismo día (58)—, desautorizaba la normativa luxemburguesa controvertida e implicaba, sin duda, un paso adelante en el reconocimiento del derecho de los ciudadanos europeos a recibir asistencia sanitaria en el extranjero y a obtener posteriormente el reembolso de los gastos conforme a las tarifas vigentes en el Estado de afiliación.

No puede sorprender por ello que la Sentencia suscitase en su momento reacciones de temor, e incluso de alarma, entre los Estados miembros ante los posibles efectos que la misma podía tener como estímulo de un «turismo de pacientes» o de un «*shopping* medicinal» de consecuencias negativas para los sistemas sanitarios nacionales (59). Pero lo cierto es que la Sentencia no cerraba definitivamente el tema —por el contrario, dejaba diversos interrogantes abiertos— y no afirmaba, ni mucho menos, que de los Tratados se deduzca un derecho incondicionado de los beneficiarios de los sistemas de Seguridad Social a obtener la asistencia sanitaria en el país europeo de su elección.

En particular, debe subrayarse que el Tribunal admite expresamente la posibilidad de que las medidas nacionales restrictivas de los tratamientos

(58) La conclusión de la Sentencia *Kohll* es del todo análoga a la de la Sentencia *Decker*. En el litigio principal que dio lugar a la cuestión prejudicial del caso *Decker*, el organismo de Seguridad Social luxemburgués había denegado el reembolso de los gastos consecuencia de la adquisición de un par de gafas en una óptica de Bélgica. Con apoyo en una argumentación sustancialmente coincidente con la de la Sentencia *Kohll* que ha quedado expuesta, concluirá que el principio comunitario de libre circulación de mercancías se opone a «una normativa nacional con arreglo a la cual un organismo de Seguridad Social de un Estado miembro deniega a un asegurado el reembolso a tanto alzado de un par de gafas con lentes correctoras comprado a un óptico establecido en otro Estado miembro, basándose en que la compra de cualquier producto en el extranjero debe ser autorizada previamente».

(59) Así lo apuntaba L. GONZÁLEZ VAQUÉ en su trabajo *Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la Sentencia «Decker»*, en «Revista de Derecho Comunitario Europeo», 5 (1999), págs. 129 y ss., 130 y 136.

en el extranjero encuentren justificación en el objetivo del mantenimiento del equilibrio financiero de los sistemas sanitarios nacionales (60) o, también, en el objetivo de garantizar un servicio sanitario equilibrado y accesible a todos (61), si bien entendió que en el concreto supuesto controvertido no concurrían tales razones justificativas.

Por otro lado, deben también tenerse en cuenta las concretas circunstancias del supuesto planteado en la Sentencia *Kohll*, referido a un tratamiento —la ortodoncia— dispensable en consulta sin necesidad de hospitalización, y planteado en un país cuyo sistema de atención sanitaria se basa en el reembolso de los gastos pagados por el paciente a cualquier profesional de su elección —un sistema que resulta en sí mismo propicio para la movilidad o desplazamiento de los pacientes (62)—. Quedaba, por tanto, abierta la cuestión de si el Tribunal sería de la misma opinión en circunstancias distintas, esto es, si entendería justificables con base en los motivos aludidos las restricciones a los tratamientos en el extranjero en supuestos de asistencia hospitalaria (63) y en relación con sistemas sanitarios basados en la provisión directa de la atención médica a través de una red de establecimientos propios del sistema sanitario público o concertados con él.

Precisamente ésta es la hipótesis que se va a plantear en el asunto *Smits y Peerbooms*, que tuvo su origen en una cuestión prejudicial promovida por un órgano judicial holandés el 28 de abril de 1999 —por tanto, justamente al cumplirse un año desde que se dictó la Sentencia *Kohll*—, asunto que el Tribunal resolverá en su Sentencia de 12 de julio de 2001.

(60) Vid. apartado 41 de la Sentencia.

(61) Apartados 50 a 52.

(62) De hecho, Luxemburgo era ya con anterioridad a las Sentencias *Decker* y *Kohll* un país en el que resultaban frecuentes los tratamientos en el extranjero, que se venían autorizando por el organismo de Seguridad Social conforme a la normativa a la que hemos aludido y con derecho a reembolso. Frecuencia de tratamientos en el extranjero que, sin duda, tiene que ver con las reducidas dimensiones del país. Véanse al respecto los datos numéricos que constan en el libro más atrás citado de la OCDE, *La reforma de los sistemas de asistencia sanitaria*, págs. 250-251 (más de 10.000 autorizaciones para tratamientos en el extranjero en 1990).

(63) En las Conclusiones presentadas por el Abogado General Tesauro conjuntamente para los asuntos *Decker* y *Kohll* se contenía una razonada respuesta afirmativa a este interrogante, esto es, se afirmaba la admisibilidad de las restricciones a la libre circulación establecidas por los Estados en relación con la asistencia hospitalaria, pero el Tribunal evitó abordar la cuestión en las Sentencias, centrándose exclusivamente en los concretos problemas planteados en los asuntos respectivos.

En efecto, en los apartados 59 y 69 de sus Conclusiones, el Abogado General había separado nítidamente a estos efectos la asistencia prestada en consultas por profesionales liberales y la prestada en establecimientos hospitalarios, y había subrayado el riesgo de una infrautilización de los hospitales nacionales en el supuesto de que muchos asegurados decidieran hacer uso de los hospitales existentes en otros Estados miembros; situación que generaría, a su juicio, una carga adicional para el sistema habida cuenta de que buena parte de los costes de personal y mantenimiento de los hospitales son fijos. Por ello, el Abogado General proponía al Tribunal una respuesta a las cuestiones planteadas en la que expresamente se señalaba que el Tratado no se oponía a la normativa controvertida cuando se trate de prestaciones hospitalarias «en la medida en que pretenda garantizar el equilibrio financiero y, con él, el mantenimiento de un servicio hospitalario accesible a todos». Ello no obstante, el Tribunal silenció el tema, como ha quedado apuntado, y eludió pronunciarse sobre el mismo.

Exponemos a continuación el objeto de la cuestión planteada y la respuesta dada a la misma por el Tribunal de Justicia.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO
SMITS Y PEERBOOMS: ASISTENCIA HOSPITALARIA PÚBLICA Y LIBRE PRESTACIÓN
DE SERVICIOS

1. *Las situaciones de los litigios principales y la normativa nacional controvertida*

Los casos planteados ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Smits y Peerbooms* (C-157/99) de nuevo tienen que ver con la asistencia sanitaria prestada en el extranjero, pero esta vez se trataba de supuestos de asistencia *hospitalaria* dispensada en otro país comunitario, y concretamente a ciudadanos de los *Países Bajos*.

A) En el primero de los litigios principales que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, la Sra. Smits, que padecía la enfermedad de Parkinson, se había sometido a una terapia en una clínica especializada en el tratamiento de dicha enfermedad en Kassel (Alemania) y solicitó el reembolso de los gastos correspondientes a su Caja de Enfermedad. Contra la denegación de dicho reembolso —basada en la afirmación de que en los Países Bajos existía un tratamiento suficiente y adecuado de la enfermedad en cuestión— recurrió la Sra. Smits en vía judicial, alegando que el tratamiento aplicado en la clínica alemana era más eficaz que el que se venía aplicando en los Países Bajos.

B) Ante el mismo órgano judicial y en un momento muy próximo en el tiempo presentó recurso el Sr. Peerbooms, demandante en el otro litigio principal. El Sr. Peerbooms había entrado en estado de coma a consecuencia de un accidente de tráfico ocurrido a finales de 1996. Tras ser hospitalizado en los Países Bajos, fue trasladado en febrero de 1997 a la Clínica Universitaria de Innsbruck para ser sometido a una terapia especial que en Holanda sólo se aplicaba con carácter experimental a pacientes menores de 25 años (el Sr. Peerbooms había cumplido los 35 años).

De forma paralela a este traslado, el neurólogo del Sr. Peerbooms solicitó a la correspondiente Caja de Enfermedad que se hiciera cargo de los gastos del tratamiento en la Clínica Universitaria de Innsbruck, solicitud que fue denegada por la Caja de Enfermedad aduciendo que era posible obtener una asistencia adecuada en los Países Bajos, en establecimientos sanitarios concertados con la Caja de Enfermedad. El citado neurólogo presentó una segunda solicitud, más detallada, pero la Caja de Enfermedad mantuvo el criterio de que el tratamiento en Innsbruck de los pacientes en coma no era más eficaz que los servicios prestados en los Países Bajos y, en consecuencia, volvió a denegar la solicitud.

Mientras tanto, el Sr. Peerbooms fue sometido a tratamiento en la clí-

nica de Innsbruck y salió del coma en el que se encontraba, recuperando la plena conciencia, y fue dado de alta en junio de 1997. Lo que le permitió retornar a los Países Bajos para continuar su rehabilitación y presentar recurso en vía judicial contra la denegación de la solicitud de autorización para su traslado a Innsbruck.

El órgano judicial competente para conocer los recursos interpuestos por la Sra. Smits y por el Sr. Peerbooms (el *Arrondissementsrechtbank Roermond*) decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 TCE en relación con la legislación nacional que debía aplicar y sometió a dicho Tribunal, mediante resolución de 28 de abril de 1999, sus dudas sobre la compatibilidad de la normativa aludida con los artículos 49 y 50 del Tratado. Merece la pena subrayar, en aras de una cabal comprensión del pronunciamiento dictado por el Tribunal de Luxemburgo, los datos esenciales que incorpora la legislación nacional controvertida, a la que se alude de forma detallada en los apartados 3 a 24 de la Sentencia.

La normativa holandesa aplicada a los litigios principales estaba contenida en la Ley de Cajas de Enfermedad, de 15 de octubre de 1964, y en el Reglamento sobre prestaciones en especie del Seguro de Enfermedad (Decreto de 4 de enero de 1966).

Interesa en particular retener que el citado Reglamento utiliza, para determinar el contenido de las prestaciones a que tienen derecho los asegurados, un sistema de cláusula general y abierta que remite a los estándares habituales en el ejercicio de la Medicina: la asistencia médica y quirúrgica comprende, según dispone su artículo 3, los servicios de atención primaria y de especialista «con la amplitud establecida de acuerdo con lo que es habitual en el medio profesional de que se trate» (64). Por otro lado, debe subrayarse que la provisión de la asistencia sanitaria se organiza sobre la base de un sistema de concertación con profesionales y establecimientos sanitarios, los cuales atienden a los asegurados en el marco del correspondiente concierto firmado con las Cajas de Enfermedad (65). Como consecuencia de ello, se contempla que los asegurados que requieran asistencia sanitaria se dirijan a un profesional o establecimiento que

(64) La legislación neerlandesa se separa claramente en este punto del sistema de determinación del contenido de la asistencia sanitaria vigente en España, que gira en torno a la existencia de una lista o catálogo de prestaciones reconocidas (Anexo I del Real Decreto 63/1995, de 15 de enero), si bien no faltan entre las prestaciones que se incluyen algunas que se formulan en términos de cláusula general. Por ejemplo, en materia de trasplantes se alude a los trasplantes de órganos y tejidos «*siempre que presenten una eficacia terapéutica comprobada*» —apartado 3.5.j)—. Fórmula introducida en el citado Anexo por el RD 2070/1999, de 30 de diciembre, frente a la más detallada redacción inicial del mismo, que incluía una relación de órganos trasplantables. Mayores indicaciones al respecto pueden encontrarse en mi trabajo, ya citado, *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas*, en particular págs. 98-101.

(65) El sistema holandés de provisión de la asistencia sanitaria no se configura, por tanto, en torno a la provisión directa de la misma (como sucede de forma mayoritaria en España), pero difiere también del sistema de Luxemburgo, basado —como hemos tenido ocasión de exponer— en el reembolso de los gastos sanitarios pagados por los asegurados.

esté concertado con la Caja de Enfermedad a la que se encuentra afiliado (art. 9.1 de la Ley citada). No obstante, se prevé la posibilidad de que la Caja de Enfermedad autorice al asegurado a dirigirse a una persona o institución no concertada de los Países Bajos, si resulta necesario para su asistencia médica (art. 9.4). Asimismo, se contempla la posibilidad de que la Caja de Enfermedad autorice a los asegurados a dirigirse a personas o instituciones en el extranjero cuando «se haya comprobado que es necesario para el tratamiento médico del asegurado» (66).

Sobre la base de este marco legal, la jurisprudencia neerlandesa había venido sosteniendo, según se exponía en la resolución del Tribunal que planteó la cuestión prejudicial, que el otorgamiento de autorizaciones para tratamientos médicos en el extranjero cubiertos por el Seguro quedaba subordinado al cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, debía comprobarse que el tratamiento en cuestión era una prestación cubierta por el Seguro, aplicando el criterio general antes aludido del carácter «habitual en el medio profesional» del tratamiento que se pretendía realizar; lo que en la práctica se interpretaba con referencia a la opinión que prevalece en los medios profesionales neerlandeses sobre lo que debe ser considerado habitual y no experimental. En segundo lugar, se debía determinar si dicho tratamiento era necesario para el tratamiento médico del asegurado —de acuerdo con lo exigido por la normativa sobre tratamientos en el extranjero—, lo que exigía tener en cuenta los tratamientos disponibles en los Países Bajos y comprobar que no se podía dispensar a tiempo un tratamiento adecuado en los Países Bajos (67).

Ésta era, en síntesis, la normativa cuya compatibilidad con las reglas sobre libre prestación de servicios del Tratado de Roma se cuestionaba. Concretamente, el Tribunal remitente planteaba ante el Tribunal de Justicia sus dudas sobre: *a*) la exigencia de autorización previa de las Cajas de Enfermedad para que los asegurados puedan dirigirse a establecimientos sanitarios en el extranjero; *b*) la subordinación de dicha autorización al requisito de que el tratamiento tenga carácter habitual en el medio profesional, si se toman en consideración al efecto tan sólo las opiniones de los profesionales neerlandeses; y *c*) la subordinación de la autorización al hecho de que el tratamiento sea necesario para la asistencia médica del asegurado y, en consecuencia, no pueda prestarse asistencia adecuada y a tiempo por una entidad concertada en los Países Bajos (68).

(66) Artículo 1 del Reglamento sobre la asistencia médica en el extranjero cubierta por el Seguro de Enfermedad, de 30 de junio de 1988, al que remite el artículo 9.4 de la Ley sobre Cajas de Enfermedad.

(67) Véase respecto de esta jurisprudencia lo que se indica en el apartado 8 del escrito de Conclusiones del Abogado General y en los apartados 22 a 24 de la Sentencia.

(68) Véase el texto de las cuestiones en el apartado 40 de la Sentencia.

2. *El procedimiento seguido ante el Tribunal y las Conclusiones del Abogado General*

En el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia (69) presentaron alegaciones escritas y orales, además de las dos Cajas de Enfermedad demandadas en los litigios principales y de la Comisión, nada menos que trece Estados europeos: once de los quince que forman parte de la Unión —entre los que no se encontraba España— y otros dos más —Islandia y Noruega— que forman parte del Espacio Económico Europeo. Esta nutrida comparecencia de los Estados —todos ellos con una posición favorable a la existencia de justificación de la exigencia de autorización previa para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro (70)— constituía, sin duda, un claro exponente del interés suscitado en torno a esta cuestión prejudicial y de los temores de los Estados ante la posición que adoptaría el Tribunal de Justicia al respecto después de las Sentencias *Decker* y *Kohll* (71).

Por su parte, el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentaría sus Conclusiones el 18 de mayo de 2000, Conclusiones que están contenidas en un documentado y matizado texto en el que se viene a sostener la compatibilidad con el Tratado de la normativa nacional controvertida y se formula una propuesta al Tribunal en este sentido.

La posición sostenida por el Abogado General —de la que, como veremos, se apartará el Tribunal en su Sentencia— se decanta por negar que las prestaciones a las que tienen derecho los asegurados en virtud de la Ley holandesa de Cajas de Enfermedad sean servicios en el sentido de los artículos 49 y 50 del Tratado —en línea con lo que habían sostenido diversos Estados en sus alegaciones (72)— y, por tanto, por excluir que estén sometidas a las reglas comunitarias sobre libre prestación de servicios. Para llegar a esta conclusión subraya las diferencias existentes entre el sistema luxemburgués de provisión de la asistencia sanitaria —basado en el reembolso de los gastos pagados por los pacientes— y el sistema propio

(69) Regulado, como se sabe, en el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1991.

(70) A la posición expresada por los Estados en sus alegaciones se refiere de manera sintética el Abogado General en el apartado 32 de sus Conclusiones.

(71) Tanto los organismos demandados como los diversos Estados que intervinieron en el procedimiento adujeron diversas «razones imperiosas de interés general» como justificación de la normativa controvertida, razones que se resumen en el apartado 68 de las Conclusiones del Abogado General. Así, la necesidad de mantener el equilibrio financiero del sistema de conciertos y de controlar el gasto sanitario; el objetivo de garantizar una oferta de servicios médicos y hospitalarios equilibrada que evite tanto las listas de espera como el despilfarro de recursos económicos; la necesidad de limitar el número de enfermos que se desplazan al extranjero y evitar una afluencia elevada de pacientes foráneos, por las distorsiones que ello puede ocasionar en el uso de las instalaciones hospitalarias; el respeto a la potestad de los Estados para establecer las prioridades sanitarias en función de los medios de que disponen y de las necesidades de la población, o el respeto al principio de igualdad entre los asegurados, que quebraría en perjuicio de los menos pudientes, que no podrían trasladarse a otros Estados sin preocuparse del gasto que ello supone.

(72) Véase una referencia a esta posición en los apartados 47 a 51 de la Sentencia.

de un Estado como los Países Bajos, en el que la Seguridad Social ofrece prestaciones en especie de carácter gratuito a los asegurados y en el que no se contempla el reintegro de los gastos pagados por los beneficiarios de la asistencia (73). Y entiende que en este segundo sistema falta el elemento de la *retribución*, que resulta determinante —según el tenor literal del art. 50 TCE (74)— para la existencia de servicios sujetos a las exigencias comunitarias de libre circulación (75). Lo cual le lleva a proponer al Tribunal una respuesta a la cuestión en el sentido de que el Tratado no se opone a que las Cajas de Enfermedad obliguen a sus asegurados a solicitar autorización para poder recibir prestaciones sanitarias de personas o instituciones con las que no han celebrado concierto.

Pero el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo consideraba también la hipótesis de que el Tribunal no compartiera su posición en este punto y entendiera que las prestaciones de asistencia sanitaria controvertidas son servicios, abordando también —para dicha hipótesis— el efecto restrictivo para la libre prestación de servicios derivable de la exigencia de autorización para los tratamientos sanitarios en el extranjero, así como la posible justificación de tal efecto restrictivo.

Pues bien, situándose en esta segunda perspectiva, entendía que la aludida exigencia de autorización previa constituye una restricción a la libre prestación de servicios —en la medida en que dificulta y hace menos atractivo el traslado de los asegurados a otro Estado miembro con el fin de recibir prestaciones sanitarias—, pero estimaba que dicha restricción resulta justificada de acuerdo con la propia jurisprudencia del Tribunal.

En efecto, tras examinar los requisitos a los que se somete el otorgamiento de la autorización —que el tratamiento sea «habitual en el medio profesional» (76) y que resulte necesario para el asegura-

(73) Esta diferencia se enfatiza en los apartados 37 a 41 de las Conclusiones.

(74) En el párrafo primero de este artículo se establece que «con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». En el párrafo siguiente se añade que «los servicios comprenderán en particular: [...] d) actividades propias de las profesiones liberales».

(75) Véase la fundamentación de esta tesis en los apartados 42 a 49 de las Conclusiones. El Abogado General no ignora que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, no hace falta para que existan servicios en el sentido del Tratado que sea precisamente el beneficiario quien pague la prestación. Pero, tras examinar el sistema a través del cual las Cajas de Enfermedad financian a los establecimientos concertados, subraya que el mismo se aproxima mucho al existente en los Estados que proporcionan asistencia sanitaria a través de medios y personal propio, y entiende que no existe retribución en el sentido del artículo 50. Y compara esta situación con la que se produce en materia de enseñanza pública, en los cursos impartidos en el marco de los sistemas educativos nacionales y financiados mayoritariamente con fondos públicos, en relación con los cuales las Sentencias *Humbel* y *Wirth* del Tribunal de Justicia (de 1988 y 1993, respectivamente) excluyeron la aplicación del principio de libre prestación de servicios.

(76) Véase lo que se indica en los apartados 59 y 60. El Abogado General no ve objetable que sólo se tomen en consideración al efecto las opiniones de los médicos nacionales. Subraya las considerables diferencias en el contenido de las prestaciones que se reconocen en los distintos Estados miembros, en cuanto a su amplitud y a las terapias aplicadas, y afirma que una determinada terapia que no está cubierta por alguno de los regímenes de

do (77)— y tras recordar las declaraciones del Tribunal sobre «razones imperiosas de interés general» que pueden justificar las medidas restrictivas de la libre prestación de servicios, especialmente las formuladas en la Sentencia *Kohll* a propósito de las restricciones a la libre prestación de servicios en materia de asistencia sanitaria (78), concluye que en el supuesto considerado concurren dichas razones imperiosas de interés general: «la exigencia de autorización constituye, a mi entender, no sólo un medio necesario y proporcionado para alcanzar el objetivo de mantener el equilibrio financiero del sistema, sino el único de que disponen las Cajas de Enfermedad para controlar los pagos a un prestador no concertado por la asistencia sanitaria, que ya habían abonado a los prestadores concertados, lo que implica una carga financiera adicional» (79).

3. *La Sentencia del Tribunal de Justicia*

La Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia, de fecha 12 de julio de 2001, se va a separar nítidamente —como hemos apuntado— de la posición sostenida por el Abogado General, y va a optar por un pronunciamiento de carácter interpretativo en el que se van a precisar los términos en que debe interpretarse la normativa nacional controvertida para que resulte compatible con las reglas del Tratado sobre libre prestación de servicios.

Seguro de Enfermedad no puede convertirse en prestación incluida por el hecho de que alguien consiga que se le aplique acudiendo a una entidad no concertada en el propio país o en el extranjero. Recuerda la jurisprudencia del Tribunal según la cual el Derecho Comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social, y afirma que el Derecho Comunitario en su desarrollo actual no puede obligar a un Estado miembro a incluir en la cobertura del Seguro Obligatorio de Enfermedad todas las prestaciones y terapias que estén cubiertas por los Seguros de Enfermedad de los demás Estados miembros.

(77) El Abogado General subraya que la autorización se exige para los tratamientos sanitarios en establecimientos no concertados, ya estén ubicados en los Países Bajos o en el extranjero. Por tanto, se diferencia entre prestadores concertados y no concertados con independencia de su ubicación dentro o fuera del país. Otra cosa es —añade el Abogado General— que, «por sentido común y para facilitar la asistencia a sus afiliados cuando estén enfermos», las Cajas firmen conciertos con quienes pueden prestar la asistencia con un desplazamiento mínimo. Pero no se excluye la posibilidad de celebrar conciertos con profesionales y entidades establecidos en otros Estados, como lo prueba la firma de algunos conciertos con profesionales y entidades ubicados en regiones de Bélgica y Alemania fronterizas con los Países Bajos (vid. apartados 61 a 63).

(78) Recuérdese que, como hemos expuesto *supra* —epígrafe IV.C)—, el Tribunal sostuvo en la Sentencia *Kohll* la posibilidad de que el riesgo de un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que justifique los obstáculos a la libre prestación de servicios. También admitió que las restricciones a la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios queden justificadas por el objetivo de mantener «un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos», el cual puede vincularse a las razones de salud pública previstas en el artículo 46 del Tratado, 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».

(79) Apartado 72 de las Conclusiones, en el que se añade lo siguiente: «Me parece evidente que en un régimen de Seguridad Social en el que los medios, los profesionales y las entidades sanitarias están preestablecidos, las Cajas de Enfermedad deben confiar en que, salvo contadas excepciones y con su consentimiento, la asistencia que necesiten los asegurados se dispensará, precisamente, por esos profesionales y entidades».

En el análisis de la cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial holandés, el Tribunal sigue un esquema análogo al utilizado en la Sentencia *Kohll*, de 1998, examinando sucesivamente los tres temas siguientes: A) La inclusión o no de las situaciones controvertidas en los litigios principales en el ámbito de la libre prestación de servicios. B) Los efectos restrictivos sobre la libre prestación de servicios de la normativa nacional controvertida en los litigios principales. C) La concurrencia de razones que puedan justificar las restricciones a la libre prestación de servicios en el ámbito de la asistencia hospitalaria; aspecto este último que se proyecta a su vez en tres aspectos: *a)* la exigencia de autorización previa; *b)* el requisito del carácter «habitual en el medio profesional» del tratamiento previsto para el otorgamiento de dicha autorización; y *c)* el requisito del carácter necesario del tratamiento previsto. Expongo a continuación lo más sustancial de la posición del Tribunal en relación con cada uno de estos temas.

A) Por lo que se refiere al primer tema, el Tribunal va a considerar, en contra de la posición sostenida por diversos Estados y por el Abogado General, que las prestaciones a las que se refieren los litigios principales son servicios —al concurrir el elemento de la remuneración al que se refiere el TCE— y, en consecuencia, quedan sometidas a las normas sobre libre prestación de servicios.

En efecto, algunos Gobiernos en sus alegaciones habían negado que los servicios hospitalarios, cuando se dispensen en especie y de forma gratuita en virtud de un régimen de Seguridad Social, constituyan actividad económica a los efectos del artículo 50 del Tratado (80). Y también lo había negado, como hemos visto, el Abogado General al entender que no concurría el elemento de la retribución.

Frente a ello, el Tribunal considera que el hecho de que un tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las Cajas de Enfermedad basándose en conciertos y en tarifas preestablecidas no lo excluye de la aplicación de las reglas del Tratado sobre libre prestación de servicios. Recuerda al efecto la afirmación contenida en la Sentencia *Humbel* de que «la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación controvertida», y entiende que «en los presentes asuntos, los pagos efectuados por las Cajas de Enfermedad en el marco del sistema de concertación organizado por la ZFW [Ley neerlandesa sobre Cajas de Enfermedad], aun siendo a tanto alzado, constituyen la contrapartida económica de las prestaciones hospitalarias y presentan indudablemente un carácter remuneratorio para el establecimiento hospitalario que se beneficia de ellos y que efectúa una actividad de tipo económico» (81).

(80) Véase lo indicado en los apartados 47 a 51 de la Sentencia.

(81) Apartado 58 de la Sentencia. La afirmación de que la asistencia hospitalaria constituye una actividad incluida en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios consagrada en el Derecho Comunitario se encuentra también en la Sentencia *Vanbraekel*, más atrás citada (nota 13), de 12 de julio de 2001 (apartados 38 a 43).

B) En relación con la segunda de las cuestiones enunciadas —los posibles efectos restrictivos de la normativa controvertida sobre la libre prestación de servicios—, no ofrece ninguna duda al Tribunal que la exigencia de autorización previa contenida en la normativa sujeta a examen posee dichos efectos restrictivos (82). El Tribunal entiende al efecto, expresándose en términos similares a los utilizados en la Sentencia *Kohll*, que la normativa controvertida «disuade, e incluso impide, a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en Estados miembros distintos del Estado miembro de afiliación y constituye, tanto para los asegurados como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios».

C) Aclarado el punto anterior, el Tribunal se concentra en el examen de la posible justificación de la normativa controvertida a la vista de las «razones imperiosas de interés general» a las que se refirió la Sentencia *Kohll* (83) y a la vista de las exigencias del principio de proporcionalidad (84). Cosa que se hace de forma separada en relación con cada uno de los tres aspectos antes enunciados.

a) Respecto a la exigencia de autorización previa, el Tribunal va a llegar a una conclusión diferente de la que había llegado en relación con la normativa controvertida en la Sentencia *Kohll*, en la que —como se recordará— había juzgado inadmisibles la exigencia de autorización previa.

La Sentencia reconoce las «particularidades indiscutibles» que presentan las prestaciones médicas dispensadas en establecimientos hospitalarios respecto a las efectuadas por los médicos en sus consultas o a domicilio, destacando en particular las necesidades de planificación en materia de asistencia hospitalaria: «es notorio que el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o incluso la clase de servicios médicos que pueden ofrecer,

(82) Frente a la afirmación del Gobierno neerlandés y de la Comisión de que las Cajas de Enfermedad tenían la posibilidad de celebrar conciertos con hospitales situados fuera de los Países Bajos y que en tal caso no se requería autorización previa alguna para que quedara cubierta la asistencia dispensada en los mismos, el Tribunal de Justicia observa que, con independencia de que dicha posibilidad no se desprenda con claridad de los textos normativos controvertidos, en la práctica se celebran conciertos esencialmente con centros hospitalarios situados en los Países Bajos y que parece ilusorio que un número importante de hospitales ubicados en otros Estados miembros llegue a concertarse alguna vez con las Cajas de Enfermedad neerlandesas. Por tanto, sigue diciendo el Tribunal, en la mayoría de los casos, el pago de la asistencia hospitalaria dispensada en hospitales situados en otros Estados miembros exige una autorización previa, que no se exige, en cambio, en relación con los establecimientos hospitalarios concertados ubicados en los Países Bajos (vid. apartados 65 a 68 de la Sentencia).

(83) Estas razones imperiosas reconocidas por la Sentencia *Kohll* —vid. *supra*, epígrafe IV.C— se recogen de modo expreso en los apartados 72 a 74.

(84) Debe comprobarse —leemos en el apartado 75— que la normativa nacional controvertida en los litigios principales «puede justificarse efectivamente a la vista de dichas razones imperiosas y que, en tal caso, de conformidad con una jurisprudencia reiterada, *no exceden de lo que sea objetivamente necesario a dichos efectos y que dicho resultado no pueda obtenerse mediante normas menos coercitivas*» (cursiva mía).

deben poder planificarse». En el marco de este objetivo planificador, en el que sitúa al sistema de concertación establecido en Holanda para la prestación de la asistencia sanitaria (85), el Tribunal entiende que la exigencia de autorización previa de la asistencia hospitalaria en el extranjero es una medida «a la vez necesaria y razonable». Dentro de ese sistema, señala, es claro que si los asegurados pudieran acudir libremente al hospital de su elección, tanto en los Países Bajos como en otros Estados miembros, «cualquier esfuerzo de planificación efectuado a través del sistema de concertación con el fin de contribuir a garantizar una oferta de asistencia hospitalaria racionalizada, estable, equilibrada y accesible, resultaría inmediatamente comprometido».

En base a todo ello, concluye que el Derecho Comunitario no se opone en principio a un sistema de autorización previa, si bien es preciso que los requisitos a los que se someta la misma se justifiquen a la vista de las aludidas razones imperiosas de interés general. Justificación que pasa a examinar a continuación.

b) En relación con el requisito de que el tratamiento sea «habitual en el medio profesional», el Tribunal de Justicia recuerda su propia jurisprudencia sobre libertad de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social, y se refiere también a lo declarado en la Sentencia *Duphar*, en la que se consideró compatible con el Derecho Comunitario que los Estados miembros, por razones de reducción de costes, establezcan listas limitativas que excluyan determinados medicamentos del sistema de reembolso de la Seguridad Social, entendiendo que se debe aplicar el mismo principio en relación con los tratamientos médicos y hospitalarios que están cubiertos por la Seguridad Social de los Estados miembros. De ello se deduce que «el Derecho Comunitario no puede en principio producir el efecto de obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas de las que se hace cargo su sistema de protección social» y que «el hecho de que un tratamiento médico esté cubierto o no por los regímenes del Seguro de Enfermedad de otros Estados miembros es indiferente a este respecto» (86).

Pero también recuerda la observación contenida en la Sentencia *Duphar* de que las listas limitativas de medicamentos deben elaborarse con criterios objetivos —con independencia del lugar de origen de los produc-

(85) El sistema de concertación controvertido persigue, por un lado, garantizar en el territorio del Estado miembro «un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad» y, por otro, lograr un control del gasto y evitar el derroche de medios en un sector —el de la asistencia hospitalaria— cuya problemática desde el punto de vista financiero se subraya por el Tribunal (dicho sector, se señala en el apartado 79, «genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los medios financieros destinados a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el modo de financiación»).

(86) Apartado 87. Obsérvese en todo caso la locución *en principio* que incluye la primera de las frases que hemos transcrito y que parece relativizar la negación que en ella se contiene. Esta relativización puede explicarse quizás a la vista de lo que indica más adelante la propia Sentencia (vid. sobre ello *infra*, nota 89).

tos—, así como las exigencias que la jurisprudencia del Tribunal ha venido imponiendo a las autorizaciones administrativas que introducen restricciones a las libertades fundamentales comunitarias (el otorgamiento de tales autorizaciones no debe realizarse de forma discrecional, sino que 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») (87). Lo cual implica que la concesión de las autorizaciones exigidas para someterse a tratamiento hospitalario en otro Estado miembro debe basarse en criterios de «carácter objetivo» y que sean «independientes del lugar de establecimiento de los prestadores de asistencia» (88). Éstas son las coordenadas que va a aplicar al requisito previsto en el sistema de Seguridad Social neerlandés de que el tratamiento cuya autorización se solicita sea habitual en el medio profesional, sistema del que subraya que no se basa en una lista de prestaciones preestablecida, sino que deja en manos de los organismos competentes y de los Tribunales la tarea de determinar los concretos tratamientos que quedan cubiertos por el Seguro de Enfermedad.

Pues bien, sentado todo lo anterior, el Tribunal se refiere a la diversidad de interpretaciones que pueden sostenerse de la expresión «habitual en el medio profesional» en función de que se tenga en cuenta lo que sea considerado habitual en los medios profesionales neerlandeses o, por el contrario, lo que sea considerado habitual en función del estado de la ciencia médica internacional y de la norma médica generalmente admitida a nivel internacional. Y entiende que el requisito del carácter habitual de un tratamiento no infringe el artículo 49 del Tratado si se entiende que cuando un tratamiento ha sido «suficientemente probado y validado por la ciencia médica internacional» no puede denegarse la autorización solicitada (89). En cambio, considera que tomar en consideración solamente los tratamientos que se practican en el territorio nacional y las opiniones científicas del ámbito médico nacional «conllevaría el riesgo de privilegiar, de hecho, a los prestadores de asistencia neerlandeses».

(87) Alude asimismo el Tribunal en este punto a los aspectos procedimentales de estas autorizaciones: las autorizaciones deben otorgarse a través de un sistema procedimental «suficientemente accesible», que garantice la tramitación en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, así como la posibilidad de recurrir judicialmente ante las eventuales denegaciones.

(88) Véanse los apartados 89, 90, 94 y 95 de la Sentencia.

(89) A ello añade (apartado 98) que *las autoridades nacionales* competentes para pronunciarse al efecto *«deben tomar en consideración todos los elementos pertinentes disponibles, entre ellos, en particular, la literatura y los estudios científicos existentes, las opiniones autorizadas de los especialistas y la circunstancia de que el tratamiento considerado esté o no cubierto por el sistema de Seguro de Enfermedad del Estado miembro en el que se dispensa»* (cursiva mía). Con ello viene a reconocerse que en un sistema de aseguramiento público como el holandés, en el que las prestaciones sanitarias vienen delimitadas en base a una cláusula general y abierta, puede resultar relevante a efectos de determinar el alcance de la misma el contenido que se atribuya al derecho a la asistencia sanitaria en los demás Estados miembros.

c) Por lo que se refiere, por último, al requisito del carácter necesario del tratamiento médico cuya autorización se solicita (recuérdese que, como quedó expuesto *supra*, V.1, se exige, para autorizar tratamientos en el extranjero, que se compruebe que no es posible dispensar a tiempo un tratamiento adecuado en los Países Bajos), el Tribunal va a realizar también un pronunciamiento interpretativo.

Tras aludir a diferentes interpretaciones en este punto (en concreto, a las dudas sobre si lo que se debe comprobar es que no puede dispensarse un tratamiento adecuado en tiempo oportuno en un centro concertado con la Caja de Enfermedad, o bien que un tratamiento tal no puede dispensarse en los Países Bajos —incluyendo también los centros no concertados—), el Tribunal se pronuncia sobre el sentido en que debe entenderse este requisito para que resulte compatible con el Tratado: el requisito del carácter necesario del tratamiento previsto debe interpretarse en el sentido de que la autorización para someterse a tratamiento en otro Estado miembro sólo puede ser denegada por este motivo cuando «un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente» pueda conseguirse en tiempo oportuno acudiendo a un *establecimiento concertado con la Caja de Enfermedad* (90).

Así interpretado, entiende el Tribunal que el requisito en cuestión queda justificado como medio para conseguir el objetivo de «mantener en el territorio nacional una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia hospitalaria de calidad», así como también para «garantizar la estabilidad financiera del sistema del Seguro de Enfermedad» (91). Pero deja claro, para terminar, que cuando conste que la asistencia cubierta por un Seguro de Enfermedad nacional no puede ser dispensada por un establecimiento concertado, no cabe admitir que se dé prioridad a los hospitales nacionales no concertados en perjuicio de los hospitales situados en otros Estados miembros (92).

* * *

(90) Apartado 104 de la Sentencia. El Tribunal se inclina, por tanto, por la primera de las interpretaciones apuntadas en el texto, que no era por cierto la que venían sosteniendo las Cajas de Enfermedad neerlandesas (véase apartado 102 de la Sentencia) ni tampoco la jurisprudencia social de los Países Bajos (vid. apartado 8 de las Conclusiones del Abogado General y apartado 24 de la Sentencia).

(91) Para fundamentar esta afirmación, el Tribunal señala (apartado 106) que si muchos asegurados decidieran recurrir a la asistencia en otros Estados miembros aun cuando los hospitales concertados con la Caja de Enfermedad ofrezcan tratamientos «adecuados, idénticos o equivalentes», ello daría lugar a un flujo de pacientes que «podría poner en peligro tanto el principio mismo de la concertación como, en consecuencia, todos los esfuerzos de planificación y de racionalización efectuados en dicho sector vital para evitar el fenómeno de la sobrecarga hospitalaria, del desequilibrio en la oferta de asistencia médica hospitalaria, de derroche y de desperdicio, tanto logísticos como financieros».

(92) Véase lo indicado en el apartado 107, en el que se añade al respecto que desde el momento en que los tratamientos se dispensan fuera del marco de planificación establecido por la Ley neerlandesa de Cajas de Enfermedad, dicha prioridad excedería de lo necesario para garantizar el respeto a las razones imperiosas a las que se refiere la Sentencia (oferta de asistencia hospitalaria equilibrada y estabilidad financiera del sistema).

Con la consideración de los requisitos a los que se somete la autorización previa, la Sentencia completa su exhaustivo análisis de la legislación neerlandesa sobre prestación de asistencia hospitalaria desde la óptica de su compatibilidad con el Derecho Comunitario. Un análisis en el que se contienen pronunciamientos sin duda relevantes tanto en relación con las concretas situaciones controvertidas en el asunto como desde la perspectiva general de la incidencia de las libertades fundamentales comunitarias sobre los sistemas nacionales de provisión de asistencia sanitaria pública.

Por lo que se refiere a las situaciones concretas objeto de controversia, es claro que la Sentencia no exige la modificación de las normas cuestionadas ante el Tribunal de Justicia y examinadas por éste, pero sí la adopción de unas pautas interpretativas diferentes de las que habían venido sosteniéndose por las entidades gestoras del Seguro de Enfermedad y por los Tribunales neerlandeses. Unas pautas interpretativas que, aplicadas a las situaciones de hecho planteadas en los dos litigios principales, propiciaban claramente, a mi juicio —a la vista de los datos sobre las mismas que constan en la Sentencia—, una respuesta favorable a la Sra. Smits y al Sr. Peerbooms en su pretensión de conseguir de las Cajas de Enfermedad el reconocimiento de su derecho a recibir asistencia sanitaria en otro país comunitario.

Desde la perspectiva general de la incidencia de la libre prestación de servicios sobre los sistemas nacionales de asistencia sanitaria, la Sentencia *Smits y Peerbooms* completa y matiza los pronunciamientos contenidos en la Sentencia *Kohll*. Ha quedado aclarada ya la posición del Tribunal favorable a incluir en el ámbito de la libre prestación de servicios la asistencia hospitalaria prestada en el marco de un sistema que no se basa en el reembolso de los gastos, sino en la concertación de la asistencia, sin que a estos efectos resulten determinantes las diferencias con la situación examinada en la Sentencia *Kohll* —plantada, como se recordará, en relación con un supuesto de asistencia médica dispensada en consulta en el marco de un sistema que contempla el reembolso de los gastos pagados por el paciente a cualquier profesional de su elección—. Sí que resultan, en cambio, relevantes las diferencias entre la asistencia hospitalaria —insertada necesariamente en un escenario de planificación— y la asistencia médica dispensada en consultas a efectos de valorar la admisibilidad de la exigencia de autorización administrativa previa para los tratamientos en el extranjero. Una exigencia que el Tribunal admite en relación con la asistencia hospitalaria como medida «necesaria y razonable», pero en el marco de los condicionamientos y matices que han quedado expuestos y que le llevan a formular los pronunciamientos interpretativos sobre la normativa controvertida que se contienen en la Sentencia.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A) Aunque los pronunciamientos contenidos en la Sentencia *Smits y Peerbooms* no cuestionan en modo alguno el mantenimiento de los siste-

mas nacionales de asistencia sanitaria tal como hoy están configurados en los diversos países de la Unión Europea y sus efectos inmediatos sobre los mismos son menos problemáticos de lo que podría dar a entender una primera lectura de la Sentencia (93), es lo cierto que la misma se inclina claramente por considerar la asistencia hospitalaria pública como un *servicio* a efectos del Derecho Comunitario, lo cual exige examinar a la luz de las exigencias de la libre prestación de servicios las regulaciones nacionales sobre la materia y, en particular, las reglas que regulan o inciden sobre la prestación de asistencia sanitaria en establecimientos sanitarios situados en el extranjero por cuenta de los sistemas nacionales de salud (94).

B) Personalmente, debo decir que no comparto la tesis del Tribunal de que las actividades objeto de controversia en los litigios principales constituyan servicios en el sentido del artículo 50 del Tratado y sintonizo, en cambio, con la posición contraria defendida por el Abogado General en sus Conclusiones, quien, como se recordará, había sostenido que tales actividades no estaban incluidas dentro del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios y había formulado una propuesta al Tribunal coherente con este planteamiento.

(93) Esa primera lectura ha dado lugar a exposiciones de esta Sentencia que extraen de ella conclusiones que resultan, a mi juicio, excesivas. Véase así J. M. ANTEQUERA VINA-GRE, *Libre circulación de pacientes entre Sistemas Sanitarios Públicos en la Unión Europea*, «Revista de Administración Sanitaria», 20, 2001, págs. 49 y ss. En el resumen inicial de este comentario a la Sentencia *Smits* y *Peerbooms* se afirma que «esta jurisprudencia es un serio problema para el balance financiero de la Seguridad Social, por lo que la pregunta es quién debe pagar el coste de los tratamientos hospitalarios ocasionados en otros Estados miembros». A juicio del autor de este trabajo, la doctrina plasmada en esta Sentencia sugiere el surgimiento de un derecho a la asistencia sanitaria en la Unión Europea como «derecho transportable», un «derecho fundamental de carácter individual y tutela social europea» que, de no ser atendido en tiempo adecuado, «genera automáticamente el derecho material a su satisfacción en cualquier proveedor sanitario con obligación de reintegro» (*ob. cit.*, págs. 60 y ss.).

Tampoco sintonizo con la visión de la Sentencia que deriva de las conclusiones que de la misma extrae F. J. JIMÉNEZ LECHUGA, *Avances jurisprudenciales en relación al principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a los servicios sanitarios y al llamado «turismo sanitario europeo»: la STJCE de 12 de julio de 2001*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», 19, 2001, págs. 329 y ss., en particular 347-348.

(94) Por lo que se refiere al caso español, no hay reglas en nuestro Derecho positivo que se refieran a la asistencia sanitaria en el extranjero por cuenta del Sistema Nacional de Salud, puesto que la cláusula general de reintegro de gastos contempla de modo genérico —como se indicó, en unos términos muy restrictivos— el reembolso de los gastos por asistencia prestada «fuera del Sistema Nacional de Salud» (art. 5.3 del RD 63/1995, de 20 de enero) o bien «en servicios sanitarios distintos» de aquellos que corresponden a los pacientes en virtud de la normativa organizativa sanitaria (art. 17 de la Ley General de Sanidad), por tanto sin mencionar a los establecimientos situados en el extranjero y sin distinguir al efecto entre los ubicados en el territorio español y fuera de él.

Tras la Sentencia *Kohll*, de 1998, y la Sentencia *Smits* y *Peerbooms*, queda claro que la praxis administrativa y judicial en materia de reintegro de gastos no puede adoptar unos criterios diferentes a estos efectos entre la asistencia prestada en España y la prestada en centros sanitarios situados en el extranjero si se trata de países comunitarios: el reintegro de los gastos pagados en estos últimos procederá en los mismos términos que si la asistencia se presta en centros sanitarios situados en el territorio español.

No faltaban, desde luego, en la propia jurisprudencia del Tribunal argumentos para que éste hubiera asumido la posición del Abogado General. Especialmente en la jurisprudencia negadora de que las actividades docentes desarrolladas en el marco de los sistemas educativos nacionales estén incluidas en la noción comunitaria de servicio (Sentencias *Humbel* y *Wirth*, de 1988 y 1993, respectivamente) —a propósito de lo cual el Tribunal había razonado sobre el concepto de remuneración a estos efectos (95)—, así como también en la jurisprudencia que había negado el carácter económico de la actividad desarrollada por los organismos que gestionan Seguros de Enfermedad en el marco de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Sentencia *Poucet y Pistre*, de 1993) (96).

Al optar ahora por una vía de razonamiento distinta a la derivable de esta jurisprudencia, el Tribunal se ve obligado a realizar un importante esfuerzo argumental —sin duda meritorio pero, a mi juicio, innecesario— con sutiles razonamientos para compatibilizar la salvaguarda de los sistemas nacionales de asistencia sanitaria con las exigencias que dimanaban de la libre prestación de servicios a nivel comunitario, desde la perspectiva de los pacientes interesados en desplazarse y de los prestadores de asistencia

(95) En la Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (asunto 263/86, *Humbel*, «Recopilación de Jurisprudencia», pág. 5365, apartados 14 a 20), el Tribunal declaró que la característica esencial de la remuneración reside en que «constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute, contrapartida que se define normalmente entre el prestatario y el destinatario del servicio» y que tal característica no concurre en el caso de los cursos impartidos en el marco del sistema de educación nacional. Para llegar a tal conclusión subrayó que a través de estos cursos el Estado no se propone realizar actividades remuneradas, sino cumplir su misión para con la población en los ámbitos social, cultural y educativo, y que tales cursos se financian por lo general mediante los presupuestos públicos y no por los alumnos o sus padres. Por otro lado, señaló que la naturaleza de esta actividad no resulta afectada por el hecho de que en ocasiones los alumnos o sus padres estén obligados a pagar tasas o cuotas de enseñanza para contribuir a la financiación de los gastos del sistema. Sobre la base de estos fundamentos, entendió que los cursos impartidos por un instituto de enseñanza secundaria en el marco del sistema de educación nacional no pueden calificarse como servicios a los efectos del artículo 49 del Tratado.

Esta doctrina se confirmaría cinco años más tarde en la Sentencia *Wirth* (Sentencia de 7 de diciembre de 1993, asunto C-109/92, «Recopilación de Jurisprudencia», pág. I-6447), en la que el Tribunal llegó a la misma conclusión en materia de enseñanza universitaria al declarar que los cursos impartidos en un centro de enseñanza superior cuya financiación se efectúa esencialmente con fondos públicos no constituyen servicios a los efectos del artículo 50 del Tratado (apartados 13 a 19).

(96) En la Sentencia de 17 de febrero de 1993 (*Poucet y Pistre*, asuntos C-159/91 y C-169/91, «Recopilación de Jurisprudencia», pág. I-637), el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la naturaleza de la actividad desarrollada por las Entidades Gestoras de los Seguros Sociales (de Enfermedad y de Vejez) de los trabajadores autónomos en Francia. En su análisis de la cuestión, el Tribunal recordó que en el Derecho Comunitario de la competencia el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación, pero señaló que «las Entidades Gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de la Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social». Tras subrayar que la actividad de estas entidades se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa, así como el hecho de que las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones, concluyó que la actividad desarrollada por las mismas no es actividad económica y que, por lo tanto, tales entidades no constituyen empresas a los efectos del Tratado (apartados 6 a 20).

hospitalaria establecidos en otros Estados miembros. De este modo se vienen a proyectar las pautas y criterios perfilados para garantizar las libertades económicas en relación con las normas que regulan la provisión de un servicio público; un servicio público que tiene un carácter no económico (97) y que tiene, sin duda, una gran importancia para toda la población, constituyendo una pieza muy relevante del sistema de protección social pública basado en una solidaridad nacional de carácter obligatorio (98).

El Tribunal no parece tener en cuenta suficientemente que la normativa holandesa sobre asistencia sanitaria en el extranjero, más que imponer restricciones a una libertad económica, lo que hace es dar una cierta proyección extraterritorial al derecho social a las prestaciones sanitarias públicas, al reconocer —dentro de unos límites— el derecho a recibir tratamientos con cargo al sistema público de asistencia sanitaria más allá de las fronteras nacionales. Obsérvese al respecto que los criterios utilizados por el Tribunal para examinar la admisibilidad de la autorización previa para los tratamientos hospitalarios en el extranjero con cargo a las Cajas de Enfermedad son los mismos que los que procedería aplicar si se tratara de una autorización administrativa para que los pacientes fueran atendidos en el extranjero con cargo a sus propios recursos (99), si bien es claro que en dicha hipótesis sería más difícil la justificación de la autorización con base en «razones imperiosas de interés general». Por otro lado, debe notarse que la Sentencia viene a reconocer la relevancia que para la determinación del contenido prestacional de los sistemas nacionales de asistencia sanitaria pueden tener los concretos tratamientos que se incluyen en el ámbito de cobertura de dichos sistemas por la legislación de los demás Estados miembros —aunque, ciertamente, sólo de manera indirecta y en relación con países que utilicen fórmulas de cláusula general para determi-

(97) Debe entenderse que los sistemas nacionales de asistencia sanitaria no constituyen «servicios de interés económico general», que, como es sabido, están sujetos en principio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 del Tratado, a las reglas comunitarias sobre libre competencia. Además de lo declarado al respecto por el Tribunal en la Sentencia *Poucet y Pistre*, a la que acaba de aludirse, cabe aducir lo que se señala en la Comunicación de la Comisión sobre servicios de interés general en Europa («DOCE», C 281, de 26 de septiembre de 1996), donde se afirma (apartado 18) que lo previsto en el artículo 86 del Tratado en relación con los servicios de interés económico general «no se aplica a las actividades no económicas (como los sistemas obligatorios de escolarización o de protección social)».

(98) Ello explica que los beneficiarios de la asistencia sanitaria pública carezcan por completo de la facultad de decidir el contenido de las prestaciones, así como su retribución, lo que había sido subrayado por cierto por el Gobierno alemán en sus alegaciones en el procedimiento seguido en el asunto *Smits y Peerbooms*. Según se extracta en el apartado 51 de la Sentencia dictada en este asunto, el Gobierno alemán alegaba que «los principios estructurales que regulan la prestación de asistencia médica forman parte de la organización de los sistemas de seguridad social y no del ámbito de las libertades económicas garantizadas por el Tratado CE», lo que se fundamenta en el hecho de que «los interesados carecen de la facultad para decidir por sí mismos el contenido, el tipo y la importancia de una prestación, así como su retribución».

(99) Véanse las pautas a las que se refiere el apartado 90 de la Sentencia *Smits y Peerbooms* más atrás aludidas en relación con las autorizaciones administrativas previas que introducen una excepción a una libertad fundamental, así como las Sentencias del propio Tribunal que se citan en dicho apartado.

nar el *quantum* de las prestaciones que otorgan— (100), lo cual parece colisionar con el reconocimiento pleno, del que parte el Derecho Comunitario, de la competencia de los Estados para determinar el contenido prestacional de su sistema de asistencia sanitaria a la población (101).

Puede sostenerse, ciertamente, que en la Europa del mercado único deberían facilitarse los supuestos de asistencia sanitaria transfronteriza, contemplándose de manera más generosa la movilidad de los pacientes entre los distintos sistemas nacionales de salud. Pero parece que el camino adecuado para avanzar en esta dirección se sitúa en la acción positiva de los Estados y las instituciones comunitarias, ya sea por la vía de la cooperación interestatal (por ejemplo, mediante acuerdos o convenios referidos a las regiones fronterizas, en línea con algunos ejemplos ya existentes que contemplan esta posibilidad), por la vía de la ampliación de los supuestos contemplados en la normativa comunitaria de aplicación directa (Reglamento 1408/71) o a través de la armonización comunitaria de las disposiciones nacionales que se refieren a la materia (102).

C) Pero, con independencia de la valoración que suscite la jurisprudencia analizada —expuestos han quedado mis reparos al respecto—, no cabe duda de que la misma viene a dar un paso muy significativo al proyectar los principios de libre circulación propios del mercado interior que establece el TCE sobre un ámbito que hasta ahora había quedado al margen de las exigencias que derivan de los mismos. Al hacerlo, el Tribunal ejerce una vez más su papel de impulsor de la integración europea con su firme labor de defensa de la plena virtualidad de los Tratados, y confirma también la *vis expansiva* que poseen las libertades económicas fundamentales en las que se ha asentado la Europa comunitaria. Libertades que están referidas, por supuesto, a la actividad económica de las personas, pero que han ido irradiando sus efectos sobre una esfera de materias y ámbitos

(100) Véase lo que se indica en el apartado 98 de la Sentencia, en el que se señala que las autoridades nacionales deben tener en cuenta, a efectos de pronunciar sobre la autorización administrativa, «todos los elementos pertinentes disponibles», entre los que incluye la circunstancia de que el tratamiento considerado esté cubierto por el sistema de Seguro de Enfermedad del Estado miembro en el que se dispensa.

(101) Recuérdese que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal, el Derecho Comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social, lo que se traduce en particular en la libertad de éstos para regular el derecho o la obligación de afiliación, así como para determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones. La propia Sentencia *Smits y Peerbooms* hace suyas estas afirmaciones (apartados 44 y 45), señalando además (apartado 87) que «el Derecho comunitario no puede en principio producir el efecto de obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas de las que se hace cargo su sistema de protección social» y que «el hecho de que un tratamiento médico esté cubierto o no por los regímenes del seguro de enfermedad de otros Estados miembros es indiferente a este respecto». Téngase en cuenta también que, como en su momento indicamos —epígrafe III.A)—, el artículo 152 TCE exige que la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respete *plenamente* «las responsabilidades de los Estados en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica».

(102) Esta armonización queda excluida en la actualidad, habida cuenta de lo dispuesto en el Tratado al respecto —art. 152, en particular apartados 4.c) y 5—, por lo que sería necesaria la previa modificación del mismo para proceder por esta vía.

de proyección cada vez más amplios; en el caso que nos ocupa, sobre las prestaciones públicas de asistencia sanitaria, que se sitúan sin duda en el centro mismo del modelo de Estado social que comparten también —junto a la apuesta por una «economía de mercado abierta» (103)— los diversos países de la Unión.

Aunque limitada en sus efectos inmediatos, la jurisprudencia expuesta constituye ciertamente un revulsivo más para la integración en materia de asistencia sanitaria pública y para el desarrollo del Derecho Comunitario en este ámbito. En concreto, dentro de un horizonte inmediato, para el impulso a las actuaciones de las instituciones comunitarias encaminadas a facilitar y coordinar las situaciones de asistencia sanitaria transfronteriza en una línea sobre la que se está trabajando en los momentos actuales, tanto en relación con lo que puede considerarse propiamente como movilidad de pacientes (envío o derivación de pacientes de unos países a otros para hacer frente a las insuficiencias en los medios disponibles o para propiciar una asistencia más rápida o más eficaz) (104) como en el ámbito de la asistencia a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad (turistas, personas con estancias prolongadas en países distintos al de su residencia, etc.) (105). Lo cual es previsible que acabe propiciando también

(103) Ésta es la fórmula que utiliza el artículo 4.1 TCE, introducido por el Tratado de Maastricht, en el que se alude al «principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia».

(104) El tema de la circulación o movilidad de los pacientes fue objeto de atención específica dentro del semestre de presidencia española del Consejo de la Unión (primer semestre de 2002). Dicho tema fue objeto, en efecto, de un Seminario Ministerial celebrado en Málaga en febrero de 2002 y mereció la atención de la reunión del Consejo de Ministros de Sanidad celebrada en Luxemburgo el 26 de junio de 2002, en la que se aprobó un documento de conclusiones al respecto.

Aunque dicho documento está formulado en un tono ambiguo y escasamente comprometedor —remite a un ulterior «proceso de reflexión de alto nivel»—, contiene algunas afirmaciones y tomas de posición de interés. Reconoce que los sistemas de atención sanitaria de los diversos Estados de la Unión «comparten, pese a su diversidad, principios comunes de solidaridad, equidad y universalidad», y reconoce asimismo «la interacción que viene surgiendo entre los sistemas sanitarios de la Unión Europea, motivada sobre todo por la libre circulación de personas y por el deseo de éstas de tener acceso a servicios sanitarios de alta calidad». Estima que el examen de ciertos problemas sanitarios desde una perspectiva que rebase las fronteras nacionales puede resultar ventajoso y expresa la satisfacción del Consejo de Ministros por las deliberaciones mantenidas durante el Seminario Ministerial celebrado en Málaga. Además, el Consejo expresa en este documento que toma nota de los trabajos acometidos para reformar y modernizar el Reglamento 1408/1971, «que deberían culminar con el establecimiento de un marco simplificado que facilite, entre otras cosas, la movilidad de los pacientes», y subraya la importancia de potenciar la cooperación en esta materia. En particular, reconoce la importancia de la cooperación en relación con los centros de referencia «a fin de proporcionar el tratamiento más eficaz para aquellas enfermedades que requieran la intervención de especialistas», y alude al establecimiento de regímenes bilaterales o regionales de cooperación transfronteriza en relación con la materia.

(105) Al supuesto de los turistas y de las personas que realizan estancias prolongadas en otro país se refiere de modo expreso el documento mencionado en la nota anterior, en el que se alude a los problemas particulares que se plantean «en cuanto a la necesidad de intercambiar información clínica o de otro tipo a fin de garantizar el adecuado seguimiento y la continuidad de la atención sanitaria».

Con un carácter más general, debe señalarse que la Comisión trabaja actualmente en el proyecto de tarjeta sanitaria individual europea, que facilitaría el acceso a la atención sani-

—a más largo plazo— el acercamiento y la convergencia de los sistemas sanitarios mismos —hoy por hoy muy dispares entre sí—, en cuanto al contenido prestacional que ofrecen y a las reglas de organización y provisión de los servicios en que se basan.

taria a los ciudadanos comunitarios en cualquiera de los países de la Unión, tarjeta cuya creación fue aprobada en su momento en el Consejo Europeo celebrado en Barcelona. Según se desprende de los datos que constan en la nota difundida por el Ministerio de Sanidad (www.msc.es/notas) el 16 de octubre de 2002, no se trata en realidad de una tarjeta nueva, sino que se pretende incluir el logotipo europeo en las tarjetas expedidas por los diferentes Estados, de modo que quede acreditado el derecho a la asistencia sanitaria en toda la Comunidad. Por otro lado, parece que esta actuación se inserta en el marco jurídico ya vigente —en particular, dentro de lo previsto en el Reglamento 1408/71, que reconoce a los ciudadanos comunitarios el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia en cualquiera de los Estados de la Unión—. No se trata, por tanto, de reconocer nuevos derechos, sino de facilitar el ejercicio de los ya reconocidos por la normativa comunitaria, sustituyendo los actuales impresos que los ciudadanos deben cumplimentar cuando se desplazan a otro país comunitario para poder ejercer en él su derecho a la asistencia sanitaria de urgencia.