

PACIENTES EN LA UNIÓN EUROPEA: LIBERTAD RESTRINGIDA Y VIGILADA

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 28.07.2011 / Aceptado: 05.08.2011

Resumen: El 9 de marzo de 2011 se aprobaba la Directiva sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, finalizando así un proceso no exento de problemas y discusiones entre los Estados y las instituciones europeas. Los pacientes europeos ven ahora garantizado su derecho, en la línea de lo defendido por el Tribunal de Justicia desde hace años, a recibir tratamiento sanitario en otro Estado miembro, pero los Estados también se han blindado contra los riesgos financieros que una aceptación amplia de esta prerrogativa pudiera haberles supuesto. La Directiva aprobada también supone un avance considerable en otras cuestiones que facilitarán la prestación sanitaria de los ciudadanos cuando se desplacen a otros Estados de la UE.

Palabras clave: asistencia transfronteriza, libre circulación de pacientes, pacientes en la UE, turismo sanitario, Directiva 2001/24/UE.

Abstract: On March 9, 2011, the Directive about patient's rights on cross-border health care was approved, concluding a process not exempted of problems and discussions between the States and the European institutions. The European patients' right to receive health treatments in other Member State has been therefore recognized, as the European Court of Justice had defended for years, but the States have also armoured against the financial risks that a wide acceptance of this prerogative could have supposed them. The approved text is also a considerable advance in other questions that will facilitate the health care of the citizens when they move to other Member States.

Key words: cross-border health care, free movement of patients, patients in the European Unión, health tourism, Directive 2001/24/EU.

Sumario: I. Introducción. II. Se abre la veda: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. III. Se intenta poner orden: el Proyecto de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza de 2008. 1. De la iniciativa que no convenció a los Estados... 2. A la que terminaron por imponer. IV. A la segunda va la vencida: la Directiva de 9 de marzo de 2011. V. ¿Victoria para los Estados o para los pacientes? VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. El reconocimiento de la libre circulación de personas y trabajadores en la Unión Europea permitió que sus ciudadanos viajaran, estudiaran o trabajaran con gran facilidad en los Estados miembros, pero conforme estos derechos se iban asentando se abrió también la puerta a problemas que *a priori* nunca se pensó que podrían originarse. Cuando los ciudadanos europeos fueron conscientes de los derechos

que su nueva condición les ofrecía, se abrió un universo de posibilidades inexploradas, entre ellas, la de buscar asistencia sanitaria más allá de las fronteras del Estado de su nacionalidad.

Cuando un enfermo necesita ser atendido, lo usual es que acuda al lugar más cercano posible a su domicilio habitual, pero en un mundo globalizado y bien comunicado es cada vez más frecuente apartarse de este planteamiento tradicional, sobre todo por dos razones: una, muchos ciudadanos se han dado cuenta de lo ventajoso de recibir en otro lugar tratamientos que no existen en su país o que se prestan de manera más satisfactoria y dos, algunos deciden trasladar su residencia a otro Estado y deben por tanto cambiar el sistema de salud que en origen les pertenecía. En la Unión Europea este tipo de cambios de conducta de los pacientes ha originado problemas concretos que son los que este artículo pretende abordar.

Si los supuestos de prestación sanitaria por desplazamientos turísticos, laborales o estudiantiles fueron el paradigma en los primeros momentos, los europeos se aventuraron a barajar la posibilidad de recibir asistencia en otro país no sólo porque se encontraran allí ocasionalmente, sino porque se desplazaran con el fin exclusivo de buscar un tratamiento determinado o incluso para eludir las listas de espera interminables existentes en su propio país. Los conflictos con los sistemas sanitarios a los que estaban afiliados y de los que pretendían obtener la compensación por los gastos del tratamiento recibido en otro país comunitario no tardaron en surgir.

2. El acceso a la asistencia sanitaria en otros Estados miembros se basó durante muchos años en el Reglamento CEE nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad y el Reglamento de aplicación nº 574/729¹. Claramente insuficientes, al reglamento CE 883/2004 (29 de abril de 2004) sobre coordinación de los sistemas de seguridad social le correspondería derogar años más tarde esa normativa y clarificar sus disposiciones².

3. Antes de la aprobación de este Reglamento, el marco jurídico se limitaba, por tanto, al de 1971, que no contemplaba muchas cuestiones que en aquellos años empezaban a surgir. Los ciudadanos que se aventuraron a buscar asistencia sanitaria en otros Estados miembros y exigir luego que sus Estados (en los que estaban afiliados) les reembolsaran los gastos ocasionados se encontraron con no pocos problemas y hubo de ser el TJ quien comenzara a rellenar las lagunas jurídicas existentes en la materia.

En 1998 se enfrentó a los primeros casos, los asuntos Kholll y Decker³, interpuestos por dos ciudadanos luxemburgueses que, tras recibir diferentes prestaciones sanitarias en otros Estados miembros no obtuvieron el reembolso posterior de los gastos originados, y que fueron los que abrieron una lista que en pocos años aumentó considerablemente.

4. Si bien buscar asistencia en otros Estados de la Unión Europea no es algo que se planteen habitualmente los ciudadanos, las cifras indican que es una realidad que se ha ido incrementando. En mayo de 2007, el Eurobarómetro sobre servicios sanitarios transfronterizos reflejó que aunque más de un 30% de europeos desconocen que tienen derecho a asistencia sanitaria fuera de sus países de origen, más de la mitad (un 54%) se declararon abiertos a la posibilidad de hacerlo y un 4% la había recibido en los doce meses anteriores a la publicación del documento⁴. Algunos Estados comenzaron a ser conscientes

¹ DO L 149, de 5 de julio de 1971, p. 2 y DO L 74 de 27 de marzo de 1972, p. 1, respectivamente. El Reglamento ha sido modificado en numerosas ocasiones.

² En realidad, la derogación comenzó a tener efectos desde la entrada en vigor del Reglamento de aplicación (Reglamento 987/2009 de 16 de septiembre de 2009, DO L 284/1, 30 de octubre de 2009), lo que ocurrió el 1 de mayo de 2010. El Reglamento 998/2009 del PE y el Consejo de 16 de septiembre de 2009 modificó a su vez el anterior reglamento (DO L 284, 30 de octubre de 2009). El Reglamento 883/2004 es la normativa que se aplica en el caso de los jubilados europeos que residen en otro Estado miembro, estableciendo su artículo 17 que, en lo que se refiere a prestaciones de enfermedad, el asegurado que reside en otro Estado disfrutará de las prestaciones que preste la institución el lugar de residencia.

³ STJC 28 de abril de 1998, asuntos C 120/95 y C 158/96.

⁴ Con Luxemburgo a la cabeza (*Flash Eurobarometer*, nº 210, Cross-border health services in the EU, The Gallup Organization, Hungría, June 2007 p. 5). No hay datos oficiales de origen europeo más recientes sobre esta cuestión.

de que, de incrementarse estas cifras, el trasiego sanitario complicaría aún más tanto los costes que soportaban sus sistemas nacionales de salud como la planificación y gestión eficaz de hospitales y centros sanitarios. La cuestión era, además, de indudable interés para España, uno de los destinos prioritarios del denominado turismo sanitario, no tanto por el número de quienes buscan en él un tratamiento específico (que pese a existir no son tantos como a veces se ha proclamado) cuanto por el de europeos que la eligen como lugar de residencia tras su jubilación⁵.

5. Después de que el TJ favoreciera, como veremos, en varias de sus sentencias la libre circulación de pacientes, en algunos casos entendida además de manera notablemente amplia, la Comisión se decidía a regular la cuestión y aprobaba el 2 de julio de 2008 una propuesta de Directiva sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en materia de asistencia sanitaria transfronteriza⁶. Los recelos de los Estados, el rechazo a algunos de sus contenidos, la complejidad de la cuestión y las implicaciones económicas han dado sobrada cuenta de la dificultad de conciliar la libre circulación de los pacientes y los intereses de los Estados Miembros en la Unión Europea, pero finalmente el 9 de marzo de 2011 se aprobaba la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza⁷.

II. Se abre la veda: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

6. En 1998 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se enfrentó, como apuntaba, a los dos primeros casos relacionados con la asistencia sanitaria prestada a ciudadanos de la Unión en un país diferente al de su nacionalidad. Hasta esa fecha, el marco de la prestación sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea se ajustaba al principio de libre circulación de personas en el seno de la misma. Además, de acuerdo con el Reglamento CEE n° 1408/71 (y el Reglamento de aplicación n° 574/729⁸) entonces vigente, eran dos las circunstancias bajo las que un ciudadano de la Unión podía solicitar asistencia sanitaria en otro Estado miembro. La primera de ellas tenía lugar cuando el desplazamiento obedecía a razones laborales, de estudio o de turismo, en cuyo caso el europeo tenía derecho a las mismas prestaciones que los pacientes asegurados en el Estado al que se hubiera desplazado, siendo el único requisito formal la presentación del formulario E-111 (hoy tarjeta sanitaria europea)⁹, y debiendo reembolsar los pagos efectuados en el país del asegurado según las tarifas vigentes en el Estado miembro en el que se prestó la asistencia. La segunda de ellas contemplaba la posibilidad de que un ciudadano de un Estado miembro se trasladara a otro Estado con el fin único y exclusivo de buscar un tratamiento concreto (por no prestarse en su país de origen, por existir listas de espera excesivas, por buscar un especialista de renombre,...), en cuyo caso los costes tenían también garantizada su cobertura, pero se exige una autorización previa del Estado del asegurado (tramitada a través del denominado formulario E-112, hoy sustituido por el S2).

7. Cuando los Sres. Kroll y Decker demandaron a su país (Luxemburgo) ante el TJ no se limitaron a invocar la normativa anteriormente citada, sino que acudieron también, y como argumento principal, a la libre circulación de bienes y servicios que el TCE garantizaba, pretendiendo encontrar en ellas argumentos que las lagunas existentes en la legislación específica respecto de la cuestión les impedía esgrimir.

⁵ Según ABC (19 de enero de 2011), 2,5 millones de extranjeros han fijado su residencia en España, de los cuales más de 500.000 son mayores de 55 años.

⁶ Doc. COM (2008), 414 final, 2 de julio de 2008, 2008/0142 (COD).

⁷ DOUE L 88 de 4 de abril de 2011, p. 45.

⁸ DO L 49, de 5 de julio de 1971 y DO L 74 de 27 de marzo de 1972, respectivamente. Sufrió varias modificaciones hasta que fue derogado por el Reglamento CEE 883/2003 del PE y del Consejo de 29 de abril de 2004 (DO L 166, 30 de abril de 2004), aunque sigue vigente para determinados (y muy contados) actos.

⁹ La tarjeta sustituyó al formulario E-111 en 2004, con el fin de simplificar el proceso de asistencia sanitaria.

Los demandantes se habían trasladado a otros Estados (Alemania y Bélgica, respectivamente) para (en el caso del hijo del primero) obtener un tratamiento de ortodoncia y (en el caso del segundo) unas gafas previamente recetadas por su médico en Luxemburgo. Ninguno de los dos logró que se le reembolsaran las cantidades pertinentes: al Sr. Kholz se le denegó con la excusa de que el tratamiento dental no era urgente y que podía prestársele en su país y al Sr. Decker con el argumento de que no había solicitado la autorización previa¹⁰. El primero basó su pretensión en que la autorización previa restringía la libre prestación de servicios (artículos 49 y 50 del TCE, hoy artículos 56 y 57 del TFUE) y el segundo en que era contrario a la libre circulación de bienes (arts. 28 y 29 del TCE, hoy artículos 34 y 35 del TFUE). El Tribunal, ante la sorpresa de más de un Estado, sobre todo del luxemburgués, que había alegado la no pertinencia de esas disposiciones por tratarse de normas económicas no aplicables a cuestiones de seguridad social, dio la razón a los demandantes aceptando sin mayores problemas el nuevo marco jurídico que estos proponían.

El Tribunal abría así nuevas vías que sin duda otros se animarían a experimentar y los Estados comenzaron a temerse lo peor. Luxemburgo¹¹ había empleado entre otros argumentos para fundamentar su negativa al reembolso la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, de proteger la salud pública de la población (sin autorización previa no habría manera de asegurar la cualidad de los bienes y servicios sanitarios prestados en otros países) y de permitir que un servicio médico y hospitalario estable a todos los asegurados, que se pondría en peligro si los ciudadanos buscaran de manera masiva tratamiento en el extranjero. Ninguno convenció al TJ, que entendió que en cuanto los demandantes sólo querían el reembolso hasta el límite que se les hubiera concedido en el territorio en el que estaban afiliados, ningún problema financiero acechaba al sistema, y que la exigencia de autorización previa que marcaba el Estado luxemburgués era, por tanto, contraria al libre movimiento de bienes y servicios. Aunque el Gobierno luxemburgués no había hecho más que incorporar a su legislación el Reglamento 1408/71, el Tribunal consideró que el TCE debía primar sobre aquel, con lo que parecía abrir un sistema doble: por un lado, se apoyaba el procedimiento E-112 que imponía el Reglamento 1408/71, según el cual los pacientes que hubieran recibido autorización previa de su sistema de seguridad social podían buscar prestaciones en otro sistema ajustándose a lo establecido en éste (costes, límites...), pero por otro se creaba un procedimiento alternativo, basado en el TCE, según el cual los pacientes podían elegir de manera libre una prestación en el extranjero sin pedir autorización previa solicitando el reembolso hasta el límite que su propio sistema de salud (el de su país de afiliación) hubiera previsto.

Varias dudas y problemas planteaba el razonamiento del tribunal, sobre todo si sus conclusiones se entendían aplicables también a tratamientos hospitalarios (recordemos que no fueron esos los servicios prestados a los Sres. Kholz y Decker) y a cualquier tipo de sistema sanitario (no sólo a los de reembolso). Y aunque no era *a priori* lógico que así ocurriera (de lo contrario desaparecería, de un lado, el argumento del TJ de que no había peligro para la planificación y gestión sanitaria ni para las finanzas de los sistemas de seguridad social y, de otro, porque por su diseño parecía una solución a medida sólo para sistemas basados en el reembolso), había que estar preparado y contemplar todas las posibilidades.

8. La sentencia precipitó, a la vista de las demandas planteadas en los años posteriores, que los ciudadanos europeos se atrevieran a recibir tratamientos en otros Estados sin obtener autorización previa y que, cuando no recibieran el reembolso de los gastos, acudieran al TJ.

El 12 de julio de 2001 el Tribunal dictaba dos sentencias sobre la misma cuestión, en los asuntos Smits y Peerbooms y Vanbraekel¹². En la primera, la Sra. Smits, enferma de Parkinson, decidió acudir a una clínica experimental alemana en busca de un tratamiento. Hizo frente ella misma a los costes y luego solicitó a la Caja de Enfermedad holandesa el reintegro de los gastos, que fue rechazado alegando

¹⁰ Al respecto puede consultarse M^a. M. GRAU PINEDA, «La incidencia de las sentencias Decker y Kholz sobre el reembolso de los gastos médicos producidos en otro estado miembro en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1999, 4, pp. 151-173.

¹¹ Sobre esta sentencia y otras sobre la misma cuestión, E. MOSSIALOS Y W. PALM, «The European Court of Justice and the free movement of patients in the European Union», *International Social Security Review*, vol. 56, 2, 2003, pp. 3-29.

¹² STJCE, 12 de Julio de 2001 (B.S.M. Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekering), asunto C-157/99.

que el tratamiento holandés para la enfermedad era adecuado y que el alemán no había demostrado tener ventajas adicionales. Por su parte, el Sr. Peerbooms, en coma por accidente de tráfico, fue trasladado por su familia a una clínica austríaca para una terapia que en Holanda era sólo experimental y no se aceptaba para mayores de 25 años, negándosele el reembolso alegando que se le podría haber dado un tratamiento adecuado en Holanda.

Los temores a que la jurisprudencia Kroll y Decker se terminara aplicando a la asistencia hospitalaria se hacían así realidad. El Tribunal declaró que aunque los Estados son libres de organizar sus sistemas de seguridad social debían tener presente la necesidad de cumplir el Derecho Comunitario. Para el Tribunal, la asistencia prestada por los servicios médicos era en general parte del ámbito de la libre prestación de servicios y no era posible por tanto distinguir entre asistencia hospitalaria o no hospitalaria¹³. El tratamiento hospitalario había sido remunerado por ambos demandantes, con lo que debía considerarse un servicio en el sentido del TCE y, por tanto, la autorización previa supondría poner un obstáculo a la libre prestación de servicios. Ahora bien, se admitía que los Estados pudieran restringir esta aunque sólo por razones de política, seguridad y salud públicas; en concreto, cuando se pusiera en peligro el equilibrio del sistema de seguridad social o cuando peligrara la gestión y prevención sanitaria¹⁴.

9. El mismo día, 12 de julio de 2001, otra sentencia (asunto Vanbraekel y otros)¹⁵ volvía a ocuparse de la cuestión de la prestación sanitaria en otros países. En este caso, la Sra. Deschamps, de nacionalidad belga, había solicitado una autorización para ser intervenida en Francia. Pese a denegársela, fue operada y solicitó posteriormente el reembolso. En sede belga, los tribunales de ese país entendieron que la autorización fue indebidamente rechazada, puesto que el tratamiento, de acuerdo con lo que establecía la ley belga, sí iba a prestarse mejor en Francia, pero plantearon una cuestión prejudicial al TJ porque no supieron determinar si el reembolso debía ajustarse a la tarifa francesa (según el sistema E-112) o belga (según sentencias Kroll y Decker). El Tribunal entendió que si a una persona se le niega de manera indebida el tratamiento hospitalario en otro Estado miembro, deberá ser reembolsada con la cantidad que determinen las normas del Estado en el que se le dio el tratamiento, según establecía el art. 22.1.c del Reglamento 1408/71¹⁶. Una vez más surgían diferencias entre el tratamiento hospitalario y no hospitalario: para aquél era posible exigir autorización y si luego se determinara que la autorización fue indebidamente rechazada, los costes que habría que abonar serían los del Estado del tratamiento. Para la asistencia no hospitalaria no es exigible autorización previa y los costes en este caso sólo cubrirían la cantidad que para tratamiento igual o similar hubiera previsto el Estado de afiliación.

10. Nuevos casos seguirían matizando la cuestión: el turno para los Estados que no pertenecían al sistema de reembolso llegó de la mano de los asuntos Müller-Faure y Van Riet¹⁷, que fueron los primeros en implicar a Estados en sistemas de concertación. Los Estados pertenecientes a este sistema intervinieron en masa en el proceso para defender el sistema de autorización previa, pero el Tribunal no se dejó amedrentar y sus conclusiones siguieron la línea de las anteriores. Es más, aportó matices que inquietaron aún más a los Estados, pues en el asunto Van Riet, el TJ daba entrada a la posibilidad de solicitar asistencia en otro Estado cuando las listas de espera del Estado de afiliación del paciente pusieran en peligro su salud o le exigieran esfuerzos o sufrimientos excesivos.

¹³ Párr. 53 del asunto.

¹⁴ *Vid.* párr. 76. También, párr. 81.

¹⁵ STJCE, 12 de julio de 2001, Abdón Vanbraekel y otros contra Alliance Nationale des mutualités chrétiennes, asunto C-368/98

¹⁶ Párr. 33 de la sentencia. El Tribunal especifica que «si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia. (*vid. párr. 1 in fine* de la sentencia).

¹⁷ STJCE 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99.

11. Conforme a estas resoluciones y otras posteriores¹⁸, el derecho a la asistencia sanitaria en la Unión Europea quedaría así conformado:

- Cualquier nacional de un Estado miembro puede buscar asistencia no hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, con la garantía de que le serán reembolsados los gastos en el nivel previsto en su propio régimen. De hecho, si media la autorización previa, el paciente podrá exigir el pago de la factura más elevada y si no es así sólo se cubrirá lo que el Estado de afiliación hubiera previsto, sin derecho a reembolsos adicionales (que sí existen cuando media la autorización previa).
- Cualquier ciudadano europeo puede buscar en otro Estado toda asistencia hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, siendo exigible la autorización previa sólo si compromete la viabilidad financiera y organizativa del sistema receptor. Si su régimen no le ofrece la asistencia en un plazo aceptable, está obligado a conceder esa autorización.

12. La sentencia *Watts* (2006) supuso una nueva vuelta de tuerca¹⁹, al confirmar que entre las razones válidas para solicitar el reembolso de gastos por una intervención en otro Estado miembro se incluye la existencia de listas de espera en el país de origen y que existe la obligación de reembolsar los costes de tratamientos hospitalarios prestados en otro país miembro incluso aunque el país del asegurado tenga un sistema que preste el servicio gratuitamente (algunos Estados entendían que la gratuidad de la prestación impedía hablar de prestación de servicios)²⁰. Es más, ante la insistencia de varios Estados contrarios a esta posibilidad en argumentar que el entonces artículo 152.5 del TCE exigía respetar «plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitario y asistencia médica», el Tribunal precisó que esta disposición no excluía la posibilidad de que, en virtud de otras previstas por el Tratado (sobre libre prestación de servicios, por ejemplo) los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de seguridad social.

13. La línea jurisprudencial iniciada en 1998 por el TJ no fue, como cabía esperar, muy bien recibida por los Estados, pero el Tribunal, impertérrito ante las reticencias, continuó consolidándola. En 2007, la sentencia *Stamatelaki*²¹, que se enfrentó a la cuestión de la asistencia hospitalaria recibida en una clínica privada de otro Estado miembro, consideró contraria a la libre prestación de servicios la legislación griega que excluye el reembolso de los gastos de tratamiento de sus asegurados en clínicas privadas extranjeras, sobre todo porque sí permite, incongruentemente, dentro de su territorio a los asegurados recibir tal asistencia en clínicas privadas sin abonar gasto alguno, en caso de existir el acuerdo correspondiente²².

¹⁸ Asunto *Inizan*, 23 de octubre de 2003 (C-56/01), que complementa al *Müller Fauré*; *Leichtle*, 18 de marzo de 2004 (asunto C-8/02) y *Keller*, 12 de abril de 2005, asunto C-145/03 (que, por primera vez trató de la asistencia prestada en otro Estado miembro que a su vez reenvía al paciente a un Estado tercer no miembro de la UE). Al respecto, M. I. ROFES Y PUJOL, «Los regímenes nacionales de la Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos *Decker*, *Kholl*, *Vanbraeckel* y *Smits* y *Peerbooms*. El asunto *Müller-Fauré*», *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, pp. 65-75. Véase también E. MOSSIALOS Y W. PALM, «The European...», *óp. cit.*,

¹⁹ Sentencia de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04. La Sra. *Watts* pidió en 2002 autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro por su osteoartritis, pues en el Estado donde estaba asegurada, Reino Unido, la lista de espera era casi un año. Se le denegó, pese a lo cual en 2003 se operó en Francia y al recurso que ya había interpuesto por la primera denegación añadió un reembolso de los costes. La *High Court* británica volvió a rechazar su pretensión en octubre 2003 pero el TJ le dio finalmente la razón.

²⁰ En el caso concreto, referido como sabemos a listas de espera, se afirmó que si un paciente solicita al *National Health Service* del Reino Unido autorización para recibir tratamiento hospitalario en el extranjero en razón del tiempo de espera existente para dicho tratamiento en el país donde está asegurado, no se le puede denegar salvo que se demuestre que el tiempo de espera es médicamente aceptable teniendo en cuenta el estado del paciente y las necesidades clínicas.

²¹ De 19 de abril de 2007, asunto C-444/05.

²² Según la normativa griega, si un paciente afiliado en Grecia a un organismo asegurador recibe tratamiento en una clínica estatal o en una clínica privada concertada situada en dicho Estado miembro, no debe realizar ningún desembolso cuando la mencionada clínica está concertada con las autoridades nacionales. No ocurre lo mismo cuando el paciente es ingresado en una clínica privada situada en otro Estado miembro, ya que el interesado debe correr con los gastos de hospitalización sin gozar de

No fueron las últimas sentencias en la materia, pero sí las que catalizaron la redacción de la propuesta de directiva que centra el apartado siguiente.

14. El 15 de junio de 2010, también en plena vorágine de replanteamiento de la cuestión, el TJ resolvía un problema relacionado con la asistencia transfronteriza pero esta vez en el marco de un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra España²³. La demanda, interpuesta en mayo de 2008 seguramente inspiró la enconada lucha de nuestro Gobierno por conseguir un texto de la Directiva que le fuera más favorable.

La Comisión interponía el 20 de mayo de 2008 un recurso (asunto C-211/08) con el fin de declarar el incumplimiento por parte de nuestro país de las obligaciones que le incumben en virtud del entonces artículo 49 del TCE, «al denegar a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud español el reembolso de los gastos médicos incurridos por ellos en otro Estado miembro en caso de tratamiento hospitalario recibido conforme al artículo 22, apartado 1, letra a), inciso i), del Reglamento (CEE) n° 1408/71, de 14 de junio de 1971 (...) en la medida en que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro en que se dispensa dicho tratamiento es inferior al previsto en la legislación española». El recurso alegaba que la legislación española en materia de seguridad social sólo admite el reembolso de gastos originados por asistencia hospitalaria en otro Estado miembro cuando se trata de una «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital». Es más, cuando el nivel de cobertura de los gastos hospitalarios aplicable según la normativa de otro Estado miembro es menos favorable que el previsto en la legislación española, las autoridades españolas suelen negarse a rembolsar la diferencia, lo que según la Comisión podía ser un freno para viajar a otros Estados y una restricción a la libre prestación de servicios de manera no justificada con arreglo al Derecho Comunitaria. Las referidas restricciones, afirmaba la Comisión en su demanda, a la libre prestación de servicios no están justificadas con arreglo al Tratado²⁴.

El asunto recogía una denunciada planteada ante la Comisión por un ciudadano francés residente en España y afiliado al sistema de Seguridad Social español. Tras ser hospitalizado durante una estancia en Francia, bajo el formulario E-111, España le denegó el reembolso de determinados gastos hospitalarios que Francia le había obligado a pagar conforme a su legislación. Tras solicitar la Comisión a España información, por escrito de 13 de febrero de 2005, respondió que su normativa «no contemplaba la posibilidad de que un afiliado al sistema nacional de salud obtuviera de la institución competente el reembolso de gastos médicos generados fuera de dicho sistema, salvo circunstancias excepcionales entonces previstas en el artículo 5 del Real Decreto n° 63/1995». Por un nuevo escrito (18 de octubre de 2006), la Comisión remitió al Reino de España un requerimiento sobre la incompatibilidad de la normativa con el artículo 49 TCE, ya que la misma excluye, salvo excepciones, el reembolso al afiliado al sistema español de salud de gastos hospitalarios en otro Estado miembro si hay una diferencia positiva entre los niveles de cobertura aplicables respectivamente en España y en ese otro Estado miembro. España no se mostró conforme con la ilegalidad que la Comisión defendía y, además, proclamaba que de otra manera se pondría en peligro el equilibrio financiero de su sistema nacional de salud. No logró sin embargo convencer a la Comisión que la instó a poner fin a la infracción, pues consideró en sus alegaciones sobre el fondo (párrs. 41 y 42) que el artículo 22.1, a) del Reglamento 1408/71 se aplica a la asistencia necesaria durante una estancia temporal de otro Estado (*vid.* párr. 41 de la resolución) como consecuencia de la degradación de la salud del asegurado. Para la institución europea, la normativa española podría incentivar a los afiliados al sistema español en esa situación optar por adelantar el regreso a España y recibir el tratamiento en ese país cuando el nivel de cobertura aplicable en el Estado en el que se encuentra (Francia, en este caso) sea menos favorable que el aplicado en España. Así, (párr. 42) los asegurados de edad avanzada o con enfermedades crónicas pueden animarse menos a desplazarse a

la posibilidad de reembolso. La única excepción la constituyen los niños menores de 14 años. El TJ estimó (párr. 28) que «una normativa de ese carácter desincentiva, incluso impide, que los afiliados acudan a los prestadores de servicios hospitalarios establecidos en Estados miembros distintos del Estado miembro de afiliación y constituye una restricción a la libre prestación de servicios tanto para los asegurados como para los prestadores».

²³ Asunto Comisión c. España, C-211/2008. A España la apoyaron Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Reino Unido.

²⁴ En concreto, se afirmaba que las autoridades españolas no habían acreditado que dichas restricciones fueran necesarias para evitar un perjuicio grave al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud español.

un Estado miembro en el que las condiciones de cobertura sean menos ventajosas que en España. Este obstáculo, según la Comisión, no tenía justificación alguna, sobre todo porque no pensaba que pudiera afectar al equilibrio financiero del sistema nacional de salud «habida cuenta de que el coste para dicho sistema de un tratamiento hospitalario prestado en otro Estado miembro a uno de sus afiliados no podría en ningún caso superar el coste que habría supuesto un tratamiento equivalente en España» (párr. 43).

15. En la sentencia destacan fundamentalmente las reflexiones sobre el Reglamento 1408/71 y lo que se denomina asistencia hospitalaria planificada y no planificada (párrs. 58 y ss.):

- Respecto de la asistencia hospitalaria planificada en otro Estado miembro, es necesario evaluar la falta de disponibilidad en el Estado de afiliación del tratamiento o de un tratamiento con un grado de eficacia similar en un plazo aceptable desde el punto de vista médico (lo que se afirmó, como sabemos, en la sentencia *Watts*²⁵). El Estado de afiliación debe garantizar al asegurado un nivel de cobertura tan ventajoso como el que habría concedido al interesado si él mismo hubiera prestado esa asistencia (lo que se dijo en el asunto *Vanbraekel*, por ejemplo). Lo usual, afirma el TJ, es que el asegurado pueda obtener una estimación del coste del tratamiento (un presupuesto) para comparar los niveles de cobertura aplicables. Si el Estado de afiliación no garantiza el reembolso de la posible diferencia positiva entre el nivel de cobertura aplicable entre los dos Estados, es posible que el asegurado decida renunciar al tratamiento, lo que supondría un obstáculo a la libre prestación de servicios.
- La asistencia no planificada (con motivo de un visita turística o un viaje de estudios) es distinta, pues incluye razones (de urgencia, por ejemplo) que prácticamente obligan a prestar la asistencia en el otro Estado. Por eso el interesado tiene derecho (párr. 67) a obtener tratamiento en condiciones tan favorables como las que tienen los ciudadanos del Estado que presta esa asistencia. Es cierto que el número de casos de este tipo, por la creciente movilidad de los ciudadanos en el interior de la Unión, por motivos turísticos o educativos, puede multiplicarse y que haya casos en que la carga económica de sustentar la asistencia prestada en otro Estado sea grande (por ser esa prestación más cara en el país de asistencia que en el de afiliación), pero entiende el TJ que esto se compensa (párr. 78) globalmente con los casos en los que sucede lo contrario (cuando el tratamiento es más barato en el Estado de prestación de asistencia que en el de afiliación).

16. Para sorpresa de muchos²⁶, el TJ desestimó el recurso de la Comisión al considerar que cada Estado tiene el derecho a organizar su sistema de salud pública y de seguridad social y, por tanto, puede dictar medidas «con el fin de reducir el número de autorizaciones que ha de expedir» para tratamientos planificados en otro Estado miembro, Pero si, como en el caso, se produce una asistencia hospitalaria no planificada (lo que es cada vez más frecuente por la movilidad de los europeos), el Estado de afiliación debe

«asumir una carga económica más elevada que la que habría soportado si dicha asistencia se hubiera prestado en uno de sus establecimientos se compensan globalmente con los casos en los que, por el contrario, la aplicación de la normativa del Estado miembro de estancia tiene como resultado una carga financiera sobre el Estado miembro de afiliación menos elevada que la que habría derivado de la aplicación de su propia normativa por el tratamiento hospitalario de que se trata»

Considera por tanto el Tribunal (párr. 79) que

«el hecho de imponer a un Estado miembro la obligación de garantizar a sus propios afiliados un reembolso adicional por parte de la institución competente cada vez que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro de estancia de los gastos hospitalarios imprevistos de que se trate sea inferior al aplicable en virtud de su propia norma-

²⁵ Párrs. 57 y 59.

²⁶ La mía propia, he de confesar, pues yo misma había afirmado, en un artículo elaborado cuando sólo había constancia de la interposición del recurso, que la condena para España estaba cantada (véase CERVELL HORTAL, M^a. J., «Libre circulación de pacientes en la Unión Europea: ¿desideratum o realidad?», *Revista General de Derecho Europeo*, n^o 18, 2009, pp. 1-12).

tiva supondría quebrantar la estructura del sistema introducido por el Reglamento nº 1408/71. En efecto, en cualquier supuesto relacionado con tratamientos de ese tipo, la institución competente del Estado miembro de afiliación se vería sistemáticamente expuesta a la carga financiera más elevada, ya sea —conforme al artículo 22, apartado 1, letra a), del citado Reglamento— con arreglo a la normativa del Estado miembro de estancia que establece un nivel de cobertura superior al previsto por la normativa del Estado miembro de afiliación o, en caso contrario, como consecuencia de la aplicación de esta última normativa»

No fue esta la última cuestión relacionada con el tema a la que el TJ se ha tenido que enfrentar, pero reservo su análisis para un apartado posterior, ya que las fechas, más cercanas a los diferentes trámites procedimentales y, por tanto, a las modificaciones que sufrió la Directiva, así lo aconsejan.

III. Se intenta imponer orden: el proyecto de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza de 2008

17. El 2 de julio de 2008 la Comisión salía al paso de la cuestión y aprobaba una propuesta de Directiva sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en materia de asistencia sanitaria transfronteriza²⁷ con el objetivo de otorgar un mínimo de seguridad jurídica en un asunto que, sobre todo desde que se abordara por el TJ, había demostrado ser de gran complejidad.

En realidad, los primeros pasos se habían dado unos años antes. Ante la falta de un criterio único aplicable a la cuestión y la inseguridad que supone apoyar una serie de derechos *únicamente* en la jurisprudencia comunitaria, las instituciones empezaron a mover la cuestión. En diciembre de 2001, bajo la presidencia belga del Consejo, se organizó una conferencia acerca del impacto del Derecho de la Unión sobre las cuestiones sanitarias²⁸. El debate, que continuó bajo la presidencia española en el primer semestre de 2002, culminó con la petición del Consejo de Ministros en junio de ese mismo año de la creación de un proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de pacientes y los desarrollos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea y con un acuerdo sobre la necesidad de reforzar la cooperación en movilidad de pacientes, pero intentando salvaguardar, tal y como los Estados defendían, el equilibrio financiero de los sistemas nacionales de salud²⁹. La Comisión, ante la invitación del Consejo, adoptó en 2003 un *Proceso de Alto Nivel sobre reflexión acerca de la movilidad de los pacientes y los progresos en asistencia sanitaria en la Unión Europea* y estableció un Grupo de alto nivel sobre servicios de salud y atención médica, que inició sus trabajos en 2004³⁰. También el Parlamento, en su informe de 2005 sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea, instó a la Comisión a abordar la cuestión y promover una mayor cooperación entre los sistemas sanitarios³¹. Por su parte, en la reunión del Consejo de 1 de junio de 2006, los Ministros de Sanidad adoptaron una declaración sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de Europa en la que se subraya la importancia de «proteger los valores y principios en los que se basan los sistemas sanitarios de la UE» y se promueven las iniciativas «destinadas a ofrecer información clara sobre los derechos de los ciudadanos europeos cuando se desplacen entre Estados miembros y que consagren los citados valores y principios en un marco jurídico con el fin de garantizar la seguridad jurídica»³².

²⁷ Doc. COM (2008) 414 final. 2008/0142 (COD), 2 de julio de 2008.

²⁸ Al respecto, R. BAETEN, M. MCKEE y E. MOSSIALOS, e. (ed), *The impact of EU Law on health care systems, Work and society Series*, vol. 39, Peter Lang, Brussels, 2002.

²⁹ Doc. 10090/02 (Presse 182), 2449 Council Meeting, Health, Luxemburgo, 26 de junio de 2002.

³⁰ El conjunto de recomendaciones que se aprobó en diciembre de 2003 (doc. HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003) es la base de las que a su vez la Comisión hacía públicas en abril del año siguiente (Seguimiento de proceso de reflexión de alto nivel sobre movilidad de los pacientes y progresos de prestación sanitaria en la Unión Europea, doc. COM [2004] 301 final). El Informe final del Grupo se publicó en octubre de 2006, doc. HLG/2006/8 FINAL. Sobre la cuestión en general puede consultarse M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «La protección de la salud pública en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11, 2, 2006, pp. 95-116.

³¹ La Comisión se comprometió, en su estrategia política anual para 2007, a ofrecer información clara y exacta sobre la aplicación del Derecho comunitario a los servicios de salud y de atención sanitaria. Véase Comunicación de la Comisión. Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud, 26 de septiembre de 2006, doc. SEC (2006) 1195/4.

³² Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la UE, sesión nº 2733 del Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, Luxemburgo, 1 y 2 de junio de 2006

18. Aunque durante mucho tiempo se abogó porque la asistencia sanitaria, en tanto en cuanto era considerada por el TJ como un servicio, se incluyera en la Directiva de servicios generales aprobada en 2006³³, el rechazo de varios Estados a esa posibilidad³⁴ y la petición de Consejo y Parlamento de abordar estas cuestiones en instrumento aparte³⁵ forzó su salida del texto.

1. De la iniciativa que no convenció a los Estados...

19. La Directiva nacía para proporcionar un «marco claro y transparente para la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza en Europa», en el cual «no debe haber obstáculos injustificados»³⁶. No pretendía, por otro lado, aparcarse el marco existente en aquel momento del Reglamento 1480/71, sino crear un mecanismo alternativo, basado en el principio de libre circulación y que reflejara la jurisprudencia del TJ³⁷. En líneas generales, la propuesta clarificaba lo que el Tribunal venía defendiendo desde 1998: la libre prestación de servicios incluye el tratamiento médico, aun cuando el paciente se haya desplazado expresamente a otro Estado miembro para que se le dispense³⁸, pues sería considerada una restricción del antiguo artículo 49 del TCE toda legislación del Estado de afiliación que no garantice al paciente un nivel de reembolso equivalente al que hubiera tenido derecho si hubiera recibido atención sanitaria en su Estado de origen³⁹. El reembolso de los costes de asistencia no hospitalaria no podía supeditarse a una autorización previa si esa asistencia, en caso de dispensarse en su territorio, hubiera sido sufragada por su sistema de seguridad social. La propuesta normativa resolvería también el concepto de asistencia hospitalaria, al definirla como aquella que se aplicaba a tratamientos que precisen al menos de una noche de estancia en un hospital o clínica o, en el caso de exigir menos de una noche de estancia, cuando debieran emplearse infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos o que entrañaran riesgo particular para el paciente o la población. La primera parte de la definición ponía parcialmente fin a las interpretaciones divergentes de los Estados miembros al respecto y que no pocas dudas y polémicas había suscitado, pero lo cierto es que la segunda dejaba bastantes dudas en el aire (qué es sumamente especializado o costoso, qué es riesgo particular...), pues corría el riesgo de que se convirtiera en la vía perfecta para que los más reacios escapasen finalmente a la aplicación efectiva de la Directiva. La distinción entre ambos tipos de asistencia no se llevó, sin embargo, al proyecto final con esa claridad⁴⁰.

20. La primera propuesta establecía (art. 6.1) la obligación del Estado de afiliación de velar porque las personas desplazadas a otro Estado miembro para recibir allí asistencia pudieran hacerlo «cuando el tratamiento en cuestión se encuentre entre las prestaciones contempladas por la legislación del Estado miembro de afiliación a las que tenga derecho la persona asegurada». El Estado de afiliación estaría obligado a reembolsar a la persona asegurada los costes que se hubieran abonado por la prestación de la misma o similar asistencia en su territorio. El reembolso sería, como indicaba el apartado 2 del citado artículo, «hasta

³³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006, más conocida como Directiva Bolkestein).

³⁴ España, sin ir más lejos, había defendido que la atención sanitaria en nuestro sistema de salud es universal y se financia con los presupuestos generales vía impuestos, con lo que es un servicio público (Movilidad de pacientes y asistencia sanitaria en la UE, Informes estratégicos, La UE y el SSPA, nº 3, 2005, Consejería de Salud, Escuela Andaluza de Salud Pública, disponible en <http://www.easp.es/web/documentos/InformesOSE/00009952documento.pdf>. La sentencia Watts, como sabemos, confirmaría precisamente lo contrario.

³⁵ Press Release IP/08/1080, 2 de julio de 2008.

³⁶ Así rezaba la exposición de motivos del texto propuesto en 2008 por la Comisión (doc. COM [2008], 414 final, *óp. cit.*).

³⁷ Un análisis de la situación existente previa a la Directiva, basada en la consulta que la Comisión inició en otoño de 2006 sobre los servicios de salud en la Unión, puede encontrarse en SENN, A.: «Healthcare services in Europe in 2007: what is at stake?», *European Issues*, Fondation Robert Schuman, nº 72, September 2007.

³⁸ Es decir, lo que se afirmaba en el asunto Kroll, párrs. 35-36.

³⁹ Arts. 6 y ss. (doc. doc. COM [2008], 414 final, *óp. cit.*). Se plasmaba así lo recogido por el asunto Vanbraekel, párr. 45.

⁴⁰ El artículo 7 de la iniciativa originaria se dedicaba expresamente a la asistencia no hospitalaria y el artículo 8 a la hospitalaria y especializada. Aunque el espíritu de la distinción persiste en el texto finalmente adoptado, no existe un artículo expresamente para cada una de ellas.

el nivel que se habría asumido de haberse prestado la misma asistencia sanitaria u otra similar en el propio Estado miembro de afiliación». De esta manera, la propuesta de Directiva restringía lo previsto por el TJ, que en el caso de sistemas de reembolso abría la puerta a que el paciente exigiera el pago de la factura más elevada (que podía ser la del Estado donde recibió el tratamiento) si había obtenido la autorización previa del Estado de afiliación. Los Estados ganaban así la primera partida, pues esta previsión les favorecía más que lo establecido por la jurisprudencia y, de hecho, la previsión se respetó en el texto final (en concreto, en su artículo 7.4). Pero de esta manera podrían tener fundamento los temores que siempre han guiado a la Comisión en su diseño de la cuestión: el paciente, consciente de que sólo se le reembolsará el coste de un tratamiento igual o similar en su país puede optar por no arriesgarse a un desembolso monetario extra y elegir la asistencia que se le brinda en su propio país y esto, obviamente, tiene una doble cara. La negativa, que impediría que quienes busquen un tratamiento que les interese más en otro Estado lo hagan por temor a que a ellos corresponde abonar la diferencia. La positiva, que ha sido la que ha pesado, que se evite la picaresca de aquel que sin una justificación real acude a otro Estado para recibir tratamiento médico. La Comisión compensó aún más a los Estados e intentó calmar sus peores temores.

21. En el caso de asistencia hospitalaria el Estado de afiliación podía establecer un sistema de autorización previa (art. 8.3) para reembolsar los gastos que se efectúen en otro Estado miembro cuando la asistencia prestada habría sido asumida por el sistema de seguridad social del Estado miembro en cuestión, teniendo en cuenta que este sistema debe tener en cuenta, para establecer las restricciones a la autorización, el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, la planificación y racionalización en el sector hospitalario para evitar el exceso de la capacidad hospitalaria, el desequilibrio en la prestación de asistencia hospitalaria y el derroche financiero y logístico, así como el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario universal equilibrio o el mantenimiento e la capacidad de tratamiento o la competencia médica en el territorio del Estado miembro de que se trate.

Se busca así basar la negativa a conceder la autorización previa en unas razones justas y que no se convierta en una discriminación arbitraria, razón por la cual es necesario hacer pública toda la información pertinente (art. 8.4).

22. La Directiva acogía en gran medida lo que el TJ llevaba algunos años defendiendo, pero restringía ciertos aspectos y era menos osada que las primeras versiones, en las que se eliminaba en cualquier circunstancia la autorización previa tanto en asistencia no hospitalaria como hospitalaria, y que la propia jurisprudencia del Tribunal en las cuestiones del reembolso de gastos. La Comisión, sabedora de que una propuesta en tal sentido, tan temida por los Estados miembros, no conseguiría el apoyo suficiente del Parlamento o del Consejo, dio finalmente marcha atrás y suavizó de manera considerable el sistema

2. A la que terminaron por imponer

23. Pese a haber hecho algunas concesiones a los Estados, la propuesta de Directiva se enfrentó bien pronto a los primeros recelos: la reunión de Ministros de Sanidad de la UE que se celebró el 16 de diciembre de 2008 reflejó la complejidad del tema y la desconfianza que inspiraba, sobre todo ante la posible pérdida de competencias en este sector a favor de la Unión y por los peligros financieros⁴¹ que podría acarrear a los sistemas de salud. Especialmente criticados fueron los tres primeros capítulos de la propuesta, entre los que se encontraba, claro está, el espinoso tema de la autorización previa para recibir tratamiento y el reembolso de los gastos

El Comité Económico y Social emitió su dictamen el 4 de diciembre de 2008⁴² con algunas propuestas de interés por su sensatez y espíritu práctico, aunque no todos han sido finalmente atendidas:

⁴¹ [Http://www.euractiv.com/en/health/ministers-divided-eu-patient-rights/article-178149](http://www.euractiv.com/en/health/ministers-divided-eu-patient-rights/article-178149). En general, los Estados siguen siendo reacios a conceder la autorización previa (véase A. RAMÍREZ DE ARELLANO, «La movilidad de pacientes en el contexto internacional, europeo y español», *Economía de la Salud*, vol. 5, 1, 2006, pp. 32-36 (p. 34).

⁴² Doc. SOC/322 - CESE 1927/2008.

implantación de una cartilla de salud personal desde el nacimiento, creación del expediente médico europeo, formulación común de protocolos de atención, prácticas coordinadas en materia de emisión de recetas y generalización del uso del nombre de la molécula en lugar de su denominación comercial, sistema de acreditación de los equipos hospitalarios⁴³... El Comité de las Regiones hacía lo propio el 12 de febrero de 2009⁴⁴.

24. Los avatares que desde esa fecha sufrió la iniciativa hasta que fue finalmente aprobada por el Parlamento Europeo en segunda lectura el 19 de enero de 2011, fueron numerosos⁴⁵. La propuesta se empezó a renegociar bajo la Presidencia francesa (segundo semestre de 2008) y checa (primero de 2009), presentándose en marzo de 2009 un texto que en principio no contaba con tanta oposición, pero para el que se anunciaban enmiendas inevitables. La Presidencia presentó una segunda versión el 14 de mayo de 2009, pero tampoco la Comisión se mostró muy conforme⁴⁶: el régimen de autorización previa no respetaba la jurisprudencia, sobre todo porque se había ampliado y se había reducido la cooperación entre Estados.

25. Mientras tanto, el 23 de abril de 2009, el Parlamento Europeo continuaba en paralelo con la maquinaria puesta en marcha y aprobaba en primera lectura pero con enmiendas (y nada menos que 122) la propuesta de Directiva⁴⁷. El PE ajustaba el ámbito de aplicación de la propuesta inicial, que era acaso demasiado abierto (art. 2: «la presente Directiva se aplicará a la prestación de asistencia sanitaria con independencia de la manera en que esta se organice, se suministre y se financie o de que sea pública o privada»), precisando que la directiva se aplicaría a la prestación de asistencia sanitaria «transfronteriza» y que quedarían excluidos los servicios de salud «cuyo principal objetivo es la asistencia a largo plazo, incluidos aquellos servicios que se prestan durante un largo período de tiempo y cuya finalidad es ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias», así como los trasplantes de órganos.

Entre las puntualizaciones del PE destacaban las siguientes por su novedad y por la consideración de los intereses de los pacientes:

- Se incluye el derecho de acceso a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro y al reembolso de los gastos a los pacientes aquejados de enfermedades raras incluso si el tratamiento no está previsto por el Estado de afiliación. En la asistencia hospitalaria se eximía de la autorización previa a los pacientes con enfermedades raras⁴⁸. La solución final para estas enfermedades se ha situado en un punto intermedio, como veremos (*infra* apartado IV).
- Se incrementaba, en general, la información que debe prestarse al ciudadano respecto de los derechos a recibir la asistencia transfronteriza. De esta manera, un ciudadano podría saber antes de recibir el servicio cuánto habría de desembolsar y si el coste total se cubriría⁴⁹.
- Se creaba la figura del Defensor del Paciente Europeo, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de la Directiva, para examinar las reclamaciones relativas a la autorización previa y reembolso de gastos, aunque sólo es posible acudir a él una vez que se han agotado las vías de reclamación internas previstas en cada Estado⁵⁰. La propuesta ha desaparecido del texto aprobado en marzo de 2011.

⁴³ El Consejo mostraba también su preocupación por la distinción que se hacía de asistencia hospitalaria y no hospitalaria, basada a su entender más en aspectos financieros que en la realidad y organización de los Estados. La Directiva no contemplaba de manera adecuada el carácter complejo de los sistemas de seguridad social de los distintos Estados, y el sistema de reembolso previsto podía originar desigualdades.

⁴⁴ Doc. CdR 348/2008 fin - DEVE-IV-032

⁴⁵ Un resumen puede verse en el documento 2008/0142 (COD), de 3 e junio de 2009

⁴⁶ *Vid.* información al respecto en doc. 2008/0142 (COD), párr. 9

⁴⁷ Doc. 8903/09. DO C 184 5/368, 8 de julio de 2010.

⁴⁸ Véase el párrafo que se añade al artículo 6 y el artículo 9, respectivamente

⁴⁹ Véase párr. 15 del documento y el artículo 10 (notificación previa) que se propone.

⁵⁰ En lo que sería el nuevo artículo 11.

26. Sin embargo, el proyecto inicial de directiva fracasaba definitivamente⁵¹ al no alcanzarse acuerdo político al respecto en el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores (EPS-CO), Bruselas celebrado el 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009. La propuesta fue bloqueada por España, Portugal, Polonia, Grecia y Rumanía, que se negaron a aceptar el reembolso de gastos hasta que no se dieran límites estrictos y definidos y a que (como había propuesto la Presidencia sueca) se incluyeran a los proveedores de asistencia privada sin contrato con la asistencia sanitaria del país receptor.

27. A la Presidencia española pasaba (primer semestre de 2010) el testigo de la asistencia transfronteriza con el reto añadido de que, tras la entrada en vigor del Reglamento de aplicación del Reglamento 883/2004 a finales de 2009, el marco jurídico de partida variaba en cierta medida. España pretendía también acometer dos temas que también originado alguna discusión: el fundamento de la Directiva y la sanidad electrónica.

El 28 de mayo de 2010 se hacía pública la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza⁵² que, como ella misma señalaba, incluía salidas para los dos aspectos culpables de haber retrasado su viabilidad: el reembolso y autorización previa respecto de prestadores de asistencia sanitaria no contractuales y cuál era la situación del Estado miembro de afiliación en el caso de los jubilados que optaran por residir en el extranjero.

IV. A la segunda va la vencida: la Directiva de 9 de marzo de 2011

28. El 8 de junio de 2010 el Consejo, no sin complicaciones de última hora y ajenas a su voluntad, llegaba a un acuerdo político sobre la cuestión⁵³. El Diario Oficial de la Unión Europea publicaba el 12 de octubre la Posición nº 14/2010 del Consejo en primera lectura que había sido finalmente adoptada por el Consejo el 13 de septiembre de 2010⁵⁴. La propuesta respetaba la esencia de la jurisprudencia del TJ pero introducía novedades significativas que finalmente ha pasado a ser parte de la Directiva 2011/24/UE sobre asistencia sanitaria transfronteriza.

29. La Posición del Consejo en primera lectura fue aprobada el 13 de septiembre de 2010. De acuerdo con la Comisión contenía algunos elementos que se alejaban bastante de su propuesta y creaban cierta inseguridad jurídica, pero la Comisión aceptó no oponerse para no obstaculizar el proceso⁵⁵. Si estuvo la Comisión de acuerdo con otros de los cambios sufridos:

- No aplicar la directiva a la dependencia o cuidados de larga duración, como ya proponía el PE. Se mostraba además de acuerdo con la exclusión de las enfermedades raras (que el PE sí quería incluir), pero se compromete a buscar soluciones alternativas (como, de hecho, se hizo finalmente).
- En cuanto a trasplantes de órganos, la Posición del Consejo excluía el acceso y atribución de los mismos, mientras que el PE defendía una exclusión general, con la que la Comisión no

⁵¹ Véase el Comunicado de Prensa de la sesión nº 2980 del Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, Bruselas, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009, doc. 16611/1/09 REV 1 (presse 348). También, Europa al día, mayo de 2010, nº 321, disponible en la web del Consejo general de Colegios Médicos www.cgcom.es.

⁵² Doc 9948/10, 2008/0142 (COD), 28 de mayo de 2010.

⁵³ En realidad, la propuesta había sido presentada en abril por España y debería haberse discutido en esas fechas, en el Consejo previsto a tal efecto, por la erupción del volcán islandés sólo permitió la presencia en Bruselas de los representantes de España, Francia, Portugal y Países Bajos (información de Europapress, 22 de abril de 2010).

⁵⁴ Doc. 2010/C 275 E/01.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294.6 del Tratado e Funcionamiento de la UE acerca de la Posición del Consejo en primera lectura (doc. 2008/0142 [COD]), párr. 3.1. Ahora bien, como la propia Comisión dejó claro, se reserva el derecho de apoyar las enmiendas del PE en segunda lectura si mejoraban la Posición del Consejo en primera lectura.

- está de acuerdo pues los trasplantes son en sí mismo un servicio médico amparado por tanto por la libre prestación de servicios.
- La Comisión se muestra de acuerdo con las normas previstas sobre calidad y seguridad de la prestación sanitaria (información sobre seguridad y claridad de la misma, posibilidad de que un Estado deniegue la autorización previa si la asistencia que se presta suscita dudas de calidad y seguridad, cooperación e intercambio de información entre Estados miembros)
 - El Consejo aceptó el concepto de puntos nacional de contacto y la cooperación entre ellos, pero no la competencia para ayudar a los pacientes en caso de sufrir daños por la asistencia sanitaria y suprimió la potestad de la Comisión de adoptar medidas relacionadas con el funcionamiento de esos puntos.
 - El PE y el Consejo dan competencia para facilitar información sobre la calidad y la seguridad de la asistencia al punto de contacto del Estado miembro del tratamiento, pero la Comisión cree que sería más oportuno que fuera el Estado de afiliación, pues así se facilitan las cosas al paciente.
 - Respecto de la propuesta del PE del sistema de notificación previa que proponía, según el cual el paciente debía recibir confirmación por escrito indicando el importe máximo que se le reembolsaría, la Comisión lo acepta, pero siempre y cuando se distinga claramente del sistema de autorización previa ya previsto. Sin embargo, el Consejo no incluyó esta cuestión en su Posición en primera lectura.
 - Respecto del Defensor del Paciente Europeo propuesto por el PE, cuestión que el Consejo no incluyó en primera lectura, la Comisión tampoco se muestra de acuerdo, entendiendo que las competencias de la Unión en el campo de la protección de la salud son limitadas y que sería más oportuno crear una red entre los defensores del pueblo nacionales⁵⁶.

30. El texto aprobado en primera lectura perdió parte de su contenido en la segunda, pero esta logró a cambio el acuerdo de todos los implicados en algunas de las cuestiones clave⁵⁷:

- a) Base jurídica. El Consejo había logrado resolver la controversia sobre cuál debía la base jurídica de la cuestión y que en realidad existía desde que el TJ había respaldado la posibilidad de que se fundamentara en los artículos que versaban sobre la libre prestación de servicios. En realidad, cuando la Directiva relativa a esta cuestión (Directiva 2006/123/CE del PE y del Consejo de 12 de diciembre de 2006) se redactó los Estados se negaron en rotundo a aceptar que fuera incluida en ella la libre circulación de pacientes, convencidos de que merecía una regulación aparte por su especificidad. La directiva finalmente aprobada optaba por una base doble: el artículo 114 del TFUE, sobre medidas de armonización en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores y el artículo 168, sobre salud pública. Se consolidaba así la desvinculación, al menos formal, con la libre circulación de servicios que recogen los artículos 56 y ss. del TFUE. Y sin embargo, en los considerandos (en concreto, en el segundo), se deja clara que con la Directiva se mejora el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías. Es decir, estos conceptos continúan en el fondo de la cuestión, pero se han preferido otros más directamente relacionados con la salud para basar el proyecto. De esta manera se cumple un doble objetivo: no apartarse del todo de la jurisprudencia del TJ pero buscar un apoyo más lógico para la protección de la salud que aquel que ofrecía la libre prestación de servicios. La Directiva, en realidad, pretende mucho más que la mera búsqueda de un «servicio» sanitario en otro Estado, lo que queda claramente patente en el esfuerzo desarrollado en el capítulo IV (cooperación en materia de asistencia sanitaria).

⁵⁶ Doc. 2008/0142, *óp. cit.*, p. 5.

⁵⁷ Para una explicación del contenido principal de la misma, véase BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P., «Asistencia sanitaria transfronteriza: algunas pinceladas a la luz de la Directiva comunitaria», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, vol. 24, 2001, pp. 1-17.

b) Autorización previa. Se confirma formalmente, y como no podía ser menos, el derecho de los europeos a solicitar asistencia sanitaria en un Estado miembro distinto al Estado de afiliación y el derecho a recuperar los importes que hubieran desembolsado hasta el nivel de reembolso aplicable en sus sistemas nacionales en tratamientos iguales o similares si a ellos tenían derecho en sus países de afiliación. Aunque aparentemente se acoge el principio de la no necesidad de autorización previa para poder solicitar el reembolso (art. 7), la Directiva admite en el artículo 8 un conjunto tan amplio y abstracto de excepciones a este principio general que en realidad el contenido real puede llegar a desvirtuarse en gran medida, y es que aunque la redacción puede hacernos pensar que la autorización previa es lo excepcional («la asistencia sanitaria que puede requerir autorización previa se limitará a aquella que...»), art. 8.2), en realidad son no pocos los casos en los que un Estado puede terminar exigiéndola:

- Cuando la asistencia sanitaria requiera necesidades de planificación con el fin de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar despilfarros de los recursos financieros, técnicos y humanos y suponga que el paciente deba pernoctar en el hospital al menos una noche o exija el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos.
- Cuando la asistencia entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población o pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados.
- Cuando la asistencia la proporcione un prestador que pueda suscitar motivos graves de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados.

Los matices ya los recogía el proyecto inicial pero el añadido final (el de la letra c del artículo) no hace sino ampliar la potestad de los Estados a la hora de conceder la autorización, aunque con la excusa de la protección del paciente. Con todo, es cierto que la segunda lectura del Parlamento intentó, como señalé, limitar arbitrariedades en la denegación de la autorización (art. 8.1 *in fine*, inexistente en su última frase en la versión anterior). Es más, en el caso de autorización contemplada en la letra a), se pide al Estado la notificación de las categorías que entiende incluidas en la misma, con lo que parece que la lista de casos estará cerrada, entiendo, de antemano, aunque tampoco se deja suficientemente claro (art. 8.2 *in fine*). Quizás por si sucumbían a las tentaciones de ampliar el abanico de la autorización previa, el artículo 4.3 precisa que este sistema deberá limitarse «a lo que sea necesario y proporcionado y no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria». Sólo la práctica permitirá en su caso fijar conceptos tan abstractamente formulados, con lo que parece que ni con la entrada en vigor de la Directiva el TJ descansará en lo que a libre circulación de pacientes se refiere.

La directiva establece también cuándo no podrá denegarse la autorización previa en una lista (art. 8.5): cuando el paciente tenga derecho a ella según el artículo 7 y cuando esa asistencia no pueda prestarse en su territorio en un plazo médicamente justificado teniendo en cuenta el estado de salud del interesado y la posible evolución de la enfermedad, su dolor o la naturaleza de la discapacidad. El apartado 6 establece, por su parte, que la denegación será posible en cuatro casos: cuando exista un grado razonable de certeza de que el paciente vaya a exponerse a un riesgo que no pueda considerarse aceptable; cuando exista un grado razonable de certeza de que la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial, cuando la asistencia se proporcione por un prestador que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto de las normas y directrices relativas a la calidad y seguridad del paciente y cuando la atención pueda prestarse en su territorio en un plazo médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada paciente y la evolución de su enfermedad. Estos criterios pueden crear, sin embargo, cierta inseguridad jurídica, pues no queda claro cómo determinar su existencia (por ejemplo, qué es «grado razonable de certeza»; «riesgo sustancial» para la población, «plazo médicamente justificable»...).

c) Reembolso. Se reembolsarán todos los gastos por las prestaciones a las que el asegurado hubiera tenido derecho en su propio sistema de afiliación y sólo hasta la cuantía que habría

asumido ese Estado si él mismo hubiera prestado la asistencia, sin exceder del coste real de la misma (art. 7.1 y 7.4). La balanza se inclinó también aquí del lado de los Estados, puesto que (art. 7.9) un Estado miembro de afiliación podrá limitar las normas de reembolso «por razones imperiosas de interés general, como el riesgo de suponer un grave perjuicio para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o el objetivo de mantener un servicio hospitalario equilibrado y abierto a todos y a los prestadores que hayan suscrito un seguro de responsabilidad profesional, una garantía o un sistema similar establecido por el Estado de tratamiento»⁵⁸. La versión final ha resultado sin embargo más beneficiosa para el paciente, puesto que contempla (art. 7.4) que los Estados de afiliación pueden decidir reembolsar el coste total de la asistencia prestada, incluso si excediera la cuantía de lo que hubiera supuesto el prestarla en su territorio y permite también que el Estado de afiliación reembolse, si así lo desea, los gastos de alojamiento y viaje u otros. Se ha abierto así una opción nueva, pero queda por ver si los Estados harán uso de ella.

En el caso de los jubilados que residan en otro Estado miembro se produce una pequeña novedad. En principio, y según el Reglamento CE 883/2004, es el Estado de residencia quien reembolsa el coste de la asistencia que se les presta⁵⁹, pero la Directiva establece (art. 7.2.a) que en el supuesto de que regresen a su país de origen para obtener algún tratamiento, será este quien correrá con los gastos. La modificación, por la que España abogaba, ha servido para acallar los temores de los Estados europeos que más jubilados eligen para pasar sus *días dorados* y que provocaban ciertos desajustes y desequilibrios por los costes sanitarios que generaban.

Se excluyen además de la directiva a las personas que necesitan cuidados de larga duración⁶⁰ y al acceso a órganos y su asignación para realizar trasplantes (considerando 15 y art. 1.3 b) y programas de vacunación pública, así como el derecho de reembolso de gastos de pacientes con enfermedades raras que recogió en su día el Parlamento Europeo⁶¹. Se excluyen también del ámbito de aplicación de la directiva los medicamentos o aparatos médicos a través de Internet (considerando 17).

d) El sistema de cooperación entre Estados miembros en cuestiones de salud ha mejorado notablemente, así como la información en manos del paciente, algo que ya contemplaba la Directiva originaria, pero que ahora termina de consolidarse:

- Intercambio de información de normas en materia de calidad y seguridad y sobre clarificación de facturas (art. 10).
- Reconocimiento de recetas extendidas en otro Estado miembro (art. 11). Así, si un Estado autoriza la comercialización de un producto en su territorio, debe garantizar que las recetas para dicho producto en otro Estado puedan dispensarse de acuerdo con la legislación nacional. De hecho, el reembolso incluye la asistencia sanitaria pero también la receta y los productos médicos si estos se han originado a consecuencia de un servicio sanitario.
- Apoyo al desarrollo de redes europeas de referencia entre los prestadores de asistencia sanitaria y los centros de referencia de los Estados miembros (art. 12). La participación

⁵⁸ En realidad, eran cuestiones que ya contempló la propuesta primera (*vid.* art. 8.3 de la redacción inicial).

⁵⁹ El reembolso supone la cantidad total del tratamiento que esté cubierta según la legislación del Estado que lo presta. Sobre el Reglamento, véase A. GARCÍA CORTÁZAR Y NEBREA, «El campo de aplicación del Reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 64, noviembre 2006, pp. 51-62 y J. GARCÍA VIÑA, Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 64, noviembre de 2006, pp. 63-74.

⁶⁰ Art. 1.2. a).

⁶¹ Aunque sí se prevé la creación de redes europeas de referencia (art. 12) entre prestadores de asistencia y centros especializados. Esta cuestión se contempla por tanto en la Directiva, pero dándole un enfoque específico que se aparta por tanto del régimen general, sobre todo porque el Reglamento CE 883/2004 para la remisión del paciente con enfermedades raras a otros Estados miembros la contempla de manera expresa. La Directiva contempla, además, de la creación de esas redes, la implicación directa de la Comisión en esta cuestión que, según el artículo 13, apoyará a los Estados miembros en el desarrollo de las capacidades de diagnóstico y tratamiento.

será voluntaria y se pretende con ella cooperar en el uso de tecnologías avanzadas, la mejora de diagnósticos, la investigación epidemiológica o la excelencia clínica.

- Sanidad electrónica: mejora en el historial compartido de los pacientes y medidas comunes de identificación (art. 15)
- Establecimiento de puntos de contacto nacionales (art. 6) en el Estado de afiliación. La Directiva inicial hacía recaer todo el peso en el Estado de afiliación, mientras que según la última propuesta se comparte entre esta y el Estado de tratamiento.

V. ¿Victoria para los Estados o para los pacientes?

31. Los Estados, como pudimos comprobar, lucharon enconadamente durante meses por un texto de directiva que les resultara más favorable y parecen haber logrado su propósito, al conseguir un incremento de los casos en los que se puede exigir autorización previa. En realidad, y como señalamos, una lectura precipitada pudiera hacernos pensar que no es tanto el cambio al respecto en la nueva versión, pero la introducción de elementos determinantes para la negación que se formulan de manera abstracta ofrecen, sin duda, un mayor margen de maniobra a los Estados, aunque también es cierto que la segunda lectura del Parlamento Europeo la ha limitado un tanto⁶².

32. No fue el único fantasma que lograron alejar: bajo la presidencia sueca se habían introducido los tratamientos prestados en consultas privadas sin concierto en otros Estados miembros, pero la nueva redacción exime al Estado de afiliación de pagar esos gastos, pudiendo exigir autorización previa en estos casos y denegarla por razones de que no está garantizada una calidad suficiente en la prestación del servicio.

España fue, de hecho, de los Estados más activos, y se opuso ferozmente a la directiva inicial, consciente como era de que el sistema español tenía problemas concretos que no existían en todos los demás. A nuestro Estado le preocupaba de manera especial la asistencia a pensionistas de otros Estados que han elegido nuestro país para pasar sus últimos años al sol. España, como Estado de residencia y según lo que establece el Reglamento 883/2004 es normalmente quien corre con los gastos de su asistencia sanitaria, con la paradoja de que, conforme al primer proyecto de la directiva, si regresaban a su país de origen para someterse a algún tratamiento debía reembolsar al ciudadano por la asistencia en ellos prestada. La entonces Ministra de Sanidad, Trinidad Jiménez, declaró en diciembre de 2009 (cuando se vetó la directiva original) que el coste de pagar esos gastos sería de 2.000 millones de euros anuales⁶³. A España le preocupaba también la obligación de reembolsar gastos sanitarios prestados en centros privados sin concierto de otro Estado miembro, pues entendía que de esta manera rompía el modelo sanitario de cohesión, justicia y solidaridad, puesto que se mantenía el sistema público gratuito y universal pero al mismo tiempo se obligaba al Estado a reembolsar los gastos de pacientes (con elevado nivel adquisitivo y que, por tanto, pudieran adelantar los costes) en centros privados en otros Estados miembros.

España puede apuntarse dos tantos, pues ha logrado imponer sus intereses en ambos aspectos. Con la nueva directiva se lograba, o eso defendía la Presidencia española, el equilibrio entre los derechos de los pacientes a buscar asistencia transfronteriza y los de los Estados a organizar sus sistemas de asistencia sanitaria. Pero, ¿ha sido realmente así? ¿Puede sentirse satisfecho el paciente con lo hasta ahora aprobado o los envites de los Estados a la propuesta de la Comisión han restringido su libertad como pacientes en la UE?

⁶² «El sistema de autorización previa, incluidos los criterios y la aplicación de los mismos, así como las decisiones individuales de denegación de la autorización previa, se restringirá a lo que sea necesario y proporcionado al objetivo que se pretende, y no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria ni un obstáculo injustificado a la libre circulación de los pacientes».

⁶³ Según recogía El País, 2 de diciembre de 2009. Por los residentes europeos que viven en España, el Gobierno ingresa unas cantidades por cada uno. La cantidad es distinta según se trate de un trabajador o pensionista. En 2008, la cifra alcanzó 438 millones de euros (www.rtve.es, 24 de septiembre de 2009). Pagó 6,4 por los españoles que viven en otros países de la UE. Sin embargo, las cuentas realmente no benefician a España, sobre todo si tenemos en cuenta que hay Comunidades cuyo gasto en asistencia sanitaria a europeos duplican y triplican a las de otras. Sindicatos y asociaciones médicas que en realidad nunca se recupera todo el dinero que nos cuesta.

33. En realidad, aunque se haya retrocedido respecto del planteamiento inicial, la directiva ha logrado un equilibrio bastante aceptable entre las necesidades de los Estados y las de los pacientes. Las apuestas iniciales de la Comisión eran claramente más favorecedoras a estos, pero de ser razonables hemos de reconocer que suponían serios sacrificios, sobre todo para algunos Estados (entre ellos el nuestro) que quizás no en este momento, pero sí quizás en un futuro, pudieran poner en compromiso el sistema de seguridad social.

34. Una de las últimas cuestiones prejudiciales del TJ sobre este tema, cuya resolución se dictó apenas tres semanas después de que el Consejo adoptara en primera lectura el proyecto de Directiva, demuestra que esas dos instituciones (TJ y Comisión) no están tan lejos respecto de la cuestión⁶⁴. La sentencia de 5 de octubre de 2010 se ocupaba del caso de un nacional búlgaro, el Sr. Elchinov, que solicitó a su sistema de salud, mediante el procedimiento E-112 la autorización para recibir en Alemania un tratamiento de última generación que no se prestaba en su país. Su precaria salud le obligó a seguirlo antes de obtener respuesta, pero la Administración búlgara se lo denegó al entender que no lo contemplaba la legislación estatal. El TJ confirmó una vez más su ya consolidada jurisprudencia: los Estados miembros deben respetar el derecho de libre prestación de servicios y, por tanto, no establecer restricciones injustificadas en el ámbito de la asistencia sanitaria (párr. 40), pero al mismo tiempo reconocía que, entre las razones que pueden justificar restringir la libre prestación de asistencia sanitaria puede figurar el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, la necesidad de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos y el mantener una capacidad de asistencia o de competencia médica en el territorio nacional⁶⁵, lo que es, ni más ni menos, lo que ya había afirmado en ocasiones anteriores y lo que se recoge también por el proyecto de Directiva.

35. Es necesario, afirmaba el TJ (párr. 44), que los requisitos para conceder la autorización se justifiquen «a la luz de las razones imperiosas antes referidas, que no vayan más allá de lo objetivamente necesario para conseguir su propósito y que no pueda conseguirse el mismo resultado mediante normas menos rigurosas. Asimismo, tal sistema debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano». Una lectura del artículo 8 de la Directiva nos dará buena cuenta de las proximidades que hay entre el razonamiento del TJ y su texto⁶⁶. Asimismo, el TJ aclaró cuándo no debería denegarse la autorización⁶⁷, en términos nuevamente muy similares a los de, en este caso, el artículo 8.5 del proyecto.

36. La tendencia a tener en cuenta no sólo las necesidades de los pacientes sino también de los Estados y la preservación de su equilibrio financiero ha seguido siendo una de las notas que han caracterizado las sentencias posteriores. Así, en el recurso emprendido por la Comisión contra Francia por el incumplimiento del artículo 49 del TCE, al entender aquella que esta había subordinado indebidamente a una autorización previa un tratamiento no hospitalario (para el que, en principio, entendía la Comisión, no era necesaria) pero que exigía un equipo particularmente costoso, el TJ dio la razón al Estado francés, pues entendió que de otra manera se pondrían en peligro la planificación de las autoridades nacionales

⁶⁴ En el considerando de la misma se observa un esfuerzo innegable y demostrado en las continuas referencias a la jurisprudencia del TJ por respetar lo que este ha declarado durante tantos años.

⁶⁵ Asunto C-173/09, 5 de octubre de 2010, párr. 43 y también sentencias Kohll, apartados 41, 50 y 51; Smits y Peerbooms, apartados 72 a 74; Müller-Fauré y van Riet, apartados 67 y 73, y Watts, apartados 103 a 105.

⁶⁶ En el caso concreto que comentamos, la normativa búlgara iba en contra de estas conclusiones, al restringir injustificadamente (párr. 47) la libre prestación de servicios. El TJ consideró que una normativa de un Estado (el búlgaro, en este caso) que se interpreta en el sentido de excluir en todo caso la cobertura de la asistencia hospitalaria sin autorización previa no es compatible con el Derecho de la Unión.

⁶⁷ En este caso, no debería existir tal negación si, cuando las prestaciones previstas por la legislación nacional son objeto de una lista que no menciona expresa y precisamente el método de tratamiento aplicado pero define los tipos de tratamiento cubiertos, se comprueba que el método corresponde a uno de los tipos de tratamiento incluidos en la lista y tampoco debería negarse si hay un tratamiento alternativo que tenga el mismo grado de eficacia pero que no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado de nacionalidad del individuo.

y el equilibrio financiero⁶⁸. En la sentencia de 27 de enero de 2011⁶⁹, en la Comisión cargaba esta vez contra Luxemburgo por ciertas trabas en el reembolso de determinados análisis y pruebas hechos en otro Estado Miembro, el Tribunal siguió manejando como argumento determinante la existencia de un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de la seguridad social, si bien en este caso declaró el incumplimiento del artículo 49 TCE al no haberse probado la existencia de esa circunstancia.

37. Un nuevo caso más sobre la cuestión, esta vez con Portugal como Estado demandado, se resolverá en fecha próxima, por la legislación restringida que en ese país existe para el reconocimiento de la asistencia en el extranjero y la falta de claridad en los criterios para denegar la autorización previa. No hay, en las fechas en las que estas líneas se escriben, aún sentencia del TJ, pero las conclusiones de la Abogada General⁷⁰ indican que habrá una condena para el país luso, que en este caso no ha podido justificar, como sí hiciera Francia en la cuestión anteriormente comentada, la inclusión de esas restricciones por razones de equilibrio financiero.

38. Y es que, en realidad, en líneas generales el Consejo y el Parlamento han hecho verdaderos esfuerzos por equilibrar sus intereses y la jurisprudencia del Tribunal. Es cierto que, como señalé, la redacción de la Directiva en cuanto a exigencia de autorización y posibilidad de denegarla puede dar nuevas alas a los Estados. Pero si así ocurre, y los Estados se extralimitaran, siempre podemos confiar en que animosos ciudadanos acudan al TJ que, confiemos en que así sea, puede perfilar en su jurisprudencia esos difusos conceptos. O eso esperamos, porque también es necesario hacer notar que los últimos asuntos y especialmente el que enfrentó a la Comisión y España, parecen indicar que el Tribunal, tan comprensivo antaño con los derechos de los ciudadanos, ha empezado también a comprender la postura de los Estados y velar por el equilibrio financiero y de planificación de sus sistemas de seguridad social.

Los pacientes han visto en cierto modo restringida su libertad de circulación, pero a cambio han ganado en seguridad jurídica. Las negativas de autorización seguirán existiendo, pero tendrá información previa sobre cómo tramitar todo el procedimiento y sobre qué gastos se le reembolsarán, podrá acudir a puntos de información en su país, podrá hacer uso de sus recetas en cualquier Estado europeo, se mejorará la coordinación entre Estados... Aunque también es cierto que, en la otra cara de la moneda, están las amplias posibilidades de negativa de autorización previa, la no fijación de un tiempo para crear un organismo de información en cada Estado o la ausencia en el texto de un plazo para que los Estados reembolsen tratamientos a veces muy costosos y quizás no al alcance de todos los bolsillos. Con todo, el balance de resultados, analizado con frialdad, no resulta finalmente ser tan malo para los ciudadanos europeos. Sólo queda esperar al 25 de octubre de 2013, fecha tope de transposición de la Directiva, para ver cómo se van solventando los problemas.

VI. Conclusiones

39. El Estado del bienestar tiene límites y si queremos conservarlo habrá de ser a costa de pequeños sacrificios y concesiones. La Directiva limita en cierta medida la perspectiva del TJ en cuanto a la libre circulación de pacientes pero en líneas generales se ajusta a su jurisprudencia. Y aún así puede que el paciente siga siendo ganador: aunque se le mermen en cierta medida sus derechos, lo cierto es que se potencia (y mucho) el conocimiento público de las posibilidades que tiene de buscar fuera asistencia sanitaria, con lo que a la larga el sacrificio puede compensarle.

La Directiva, es cierto, ha ampliado las posibilidades de los Estados de denegar la autorización previa y ha introducido criterios para hacerlo que pueden fomentar cierta arbitrariedad, pero ha sido el tributo a pagar por conseguir que saliera adelante. La asistencia sanitaria transfronteriza no escapa,

⁶⁸ STJUE (Gran Sala), de 5 de octubre de 2010, asunto C-512/08, párrs. 40 y ss.

⁶⁹ STJUE (Sala Segunda), asunto C-490/09.

⁷⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, 14 de abril de 2011, asunto C-255/09, Comisión contra República de Portugal.

pues, al principio de subsidiariedad y los Estados siguen siendo responsables de las prestaciones y la organización de sus sistemas.

40. Por otro lado, se pone freno acertadamente, creo, a la picaresca de quienes buscaban tratamiento mejor y más barato en otros Estados, en tanto en cuanto ha cerrado la puerta a opciones peligrosas que asomaban en el horizonte y que hubiera supuesto desmanes que tampoco hubiera sido lógico aceptar. Los esfuerzos de los Estados en restringir esta Directiva se entienden mejor cuando nos ponemos en el lugar de aquellos que son tradicionales receptores de turistas y, sobre todo de animosos aunque a veces enfermos jubilados europeos que residen en nuestros pueblos costeros⁷¹.

41. Pese a que la Comisión había puesto de relieve la improbabilidad de que «los costes del tratamiento derivados de estas propuestas comprometan la sostenibilidad o la planificación general de los sistemas sanitarios (...) porque los ciudadanos sólo pueden ser reembolsados por la asistencia sanitaria a la que tenían derecho en su país, de modo que los Estados miembros sólo han de pagar los costes sanitarios que hubieran tenido que abonar de cualquier manera»⁷², estos han logrado finalmente cubrirse las espaldas y es que los miedos a las quiebras del sistema en los que más pacientes reciben eran demasiados⁷³. Y la Comisión se ha resignado a aceptarlo, pues prefirió aceptar una Directiva que pudiera realmente materializarse que más cortinas de humo e inseguridades en la regulación jurídica de la cuestión en unos tiempos en los que los europeos, más que nunca, recorren la geografía de los Estados miembros.

42. La aplicación real de la Directiva, en 27 Estados con sistemas bien diferentes entre sí, será otro cantar. Y es que pese a las buenas intenciones aún hay muchos aspectos difusos e insuficientemente definidos (quizás porque hacerlo, a la vista de la casuística existente, sería impracticable), que seguramente seguirán planteando problemas.

⁷¹ Se ha alegado que el turismo sanitario podría incrementarse en nuestro país, pues determinadas intervenciones (operaciones de cadera o partos, por ejemplo) tienen un coste menor que en la mayoría de estados europeos.

⁷² Comunicación de la Comisión. Marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, doc. COM (2008), 415 final, 2 de julio de 2008, p. 10.

⁷³ Y eso que los miedos forzaron a los Estados a ponerse las pilas en una cuestión que antes no les preocupaba tanto. Así, especialmente España, se han ido replanteando en los últimos años seriamente el problema y ha mejorado considerablemente los sistemas de cobro y control de pacientes nacionales de otros Estados miembros en nuestro país y ejercen ahora una mayor presión para que las compensaciones se ajusten a la realidad del gasto efectuado («España recupera una mínima parte de lo que otros países deberían pagarle por atender a sus ciudadanos. Entre las razones están el desconocer el número real de pacientes que se atiende y el no cumplir los trámites administrativos para hacer efectivo el cobro del servicio realizado») (Movilidad de pacientes y asistencia sanitaria en la UE, *cit.* nota 20). Sobre los problemas con los que los pacientes comunitarios se encuentran en España a la hora de recibir asistencia, véase M. ROSENMÖLLER y M. LLUCH, «Meeting the needs of long-term residents in Spain», en M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE y R. BAETEN, R. (eds): *Patient Mobility ...*, *cit.*, pp. 59-78), dos puntos en los que la mayoría de técnicos de la Administración coinciden en que aún se podría funcionar mejor.