

## **ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE TRABAJADORES MIGRANTES A UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA**

Joaquín GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid  
*jgmurcia@der.ucm.es*

Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Oviedo  
*rodriguezivan@uniovi.es*

### I. INTRODUCCIÓN

Como es de sobra conocido, entre las consecuencias más importantes de la Unión Europea —de las Comunidades Europeas en aquellas primeras fases de la construcción europea— se encuentra la creación de un espacio común a todos los Estados miembros con vistas a la libre circulación, tanto de personas como de iniciativas económicas y de factores de producción. Esta particular dimensión de la Unión Europea tiene a su vez otros muchos efectos, puesto que, de un lado, las personas que «circulan» a lo largo y ancho de ese espacio transnacional suelen generar necesidades especiales de atención (ya sea en su esfera profesional, ya sea en su esfera personal o familiar), y, por otro lado, las iniciativas de carácter económico o profesional pueden llegar a desplegarse en muy diversos ámbitos de la vida y de las relaciones sociales, incluso en aquellos que por unos u otros motivos han sido tradicionalmente objeto de intervención pública. Pues bien, probablemente sea la asistencia sanitaria uno de los terrenos en los que toda esa influencia se ha dejado notar con más intensidad por diversas razones: por una parte, la asistencia sanitaria es una necesidad habitual y cotidiana de las personas, y sigue siendo así cuando éstas se trasladan o se desplazan de unos países a otros; por otra parte, la asistencia sanitaria constituye un sector de la política social en el que, unas veces por la propia inercia del

sistema productivo y otras por exigencias de la propia sociedad, cada vez parecen tener mayor peso las libertades económicas de establecimiento y de prestación de servicios.

En buena lógica, esa dimensión europea de la asistencia sanitaria tan sólo podría ser abordada en condiciones adecuadas a través de una intervención supranacional. Pero, por causas que no son difíciles de entender, las competencias de la Unión Europea para introducirse en ese importante aspecto de la vida social son aún bastante limitadas. Lo cierto es que no existe un sistema europeo de asistencia sanitaria (como no existe tampoco un sistema europeo de seguridad social) y que seguimos estando ante una tarea que eminentemente pertenece a los Estados miembros, lo cual indudablemente dificulta las operaciones de movilidad de unos países a otros y la prestación o transferencia de servicios a escala comunitaria. Podría pensarse que para la construcción de un espacio sanitario europeo es suficiente con el reconocimiento de las libertades básicas implicadas en este terreno: la libertad de desplazamiento para las personas (que conforman a la postre la «demanda» de asistencia sanitaria) y la libertad para organizar y prestar servicios sanitarios para quienes muestren interés en iniciativas económicas o profesionales con ese contenido (lo que constituye en definitiva la «oferta» sanitaria). Pero en el contexto de la Unión Europea, y en un terreno tan particular como el de la asistencia sanitaria, las cosas son, inevitablemente, un poco más complejas por muchas razones. Hay que tener en cuenta, sobre todo, que la atención a la salud ha sido uno de los campos más fértiles para la intervención pública, y que ello ha dado lugar a una gran diversidad de sistemas sanitarios en el contexto mundial y, particularmente, en el contexto de la Unión Europea.

Existe, en efecto, una gran disparidad entre los distintos países miembros en lo que se refiere a la organización de la asistencia sanitaria, con todas las dificultades y barreras que ello supone para la creación de estructuras o redes supranacionales en esta materia. Mientras que algunos países europeos apostaron desde hace mucho tiempo por la construcción de un sistema nacional de salud donde la atención pública y gratuita llega prácticamente a toda la población y donde el uso de medios privados, salvo excepciones tasadas, es normalmente una mera opción personal que por ello mismo suele ir acompañada de la asunción por el interesado del coste correspondiente (Suecia, Reino Unido, Portugal, Irlanda, Noruega), otros países dan a sus ciudadanos la posibilidad de utilizar, a su elección, medios públicos o medios privados, en este caso con una cobertura económica que utiliza la técnica del reembolso de gastos y que suele estar

limitada por una serie de baremos (Bélgica o Luxemburgo). Entre uno y otro sistema pueden apreciarse, por otra parte, muchas combinaciones o variantes, como la que posibilita la asistencia sanitaria gratuita no sólo en medios públicos, sino también en medios privados previamente concertados o catalogados, de forma directa o a través de una autorización previa (Holanda, Alemania, Austria). Es frecuente, por lo demás, que, aun cuando se haya optado decididamente por un sistema sanitario de naturaleza pública, se reserven ciertos espacios para la colaboración de entidades privadas (como sucede en España en los regímenes de seguridad social de los funcionarios públicos).

Así las cosas, resulta evidente que el grado de efectividad de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios a este concreto terreno de la asistencia sanitaria depende mucho del tipo de sistema elegido por el país de referencia: en los países con un potente sistema sanitario público los márgenes de penetración de dichas libertades son menores, como es fácil de advertir, que en aquellos países en los que la prestación de servicios sanitarios se ha dejado preponderantemente en manos privadas. Del mismo modo, es claro que las posibilidades de elección de asistencia sanitaria por parte de los ciudadanos de la UE dentro del territorio europeo, utilizando para ello la técnica de reembolso de gastos u otras similares, serán más efectivas entre Estados que cuenten con una configuración similar en su política sanitaria que entre Estados con disparidades profundas en ese terreno. Y es fácil de advertir, en fin, que las eventuales medidas de coordinación entre sistemas nacionales para dar cobertura a quienes se desplacen de unos países a otros por motivos no sanitarios —laborales o profesionales, sobre todo— tendrán menos obstáculos cuando los niveles de asistencia sean similares que cuando la oferta o la cobertura pública presente diferencias acusadas de unos países a otros.

Pero, al mismo tiempo, detrás de todas estas dificultades no deja de latir, cada vez con más empuje, el proceso de construcción europea, y ya se han dado pasos significativos hacia lo que, aún con muchas cautelas, podríamos denominar una organización sanitaria de ámbito supranacional. De cualquier modo, conviene advertir desde el principio que el marco normativo que ha sustentado este interesante proceso hacia la conexión de sistemas (a través, principalmente, del reembolso de gastos sanitarios o la compensación de gastos entre sistemas nacionales) ha sido hasta ahora bastante precario, en el sentido, sobre todo, de que no se ha tratado de una regulación directa y especializada en materia sanitaria, sino de un conjunto relativamente complejo de piezas normativas de alcance más gene-

ral. Originalmente, los Reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social constituyeron el material jurídico de referencia, pero esas normas estaban diseñadas principalmente para garantizar que el trabajador migrante no perdiera sus derechos de protección social a consecuencia de un desplazamiento transnacional, de modo que su propósito principal consistía en asegurar que no se perdieran periodos de cotización. Es verdad que esos mismos Reglamentos permitían al trabajador migrante acceder al sistema sanitario del Estado donde prestase servicios o donde temporalmente se encontrase (vacaciones, por ejemplo), pero entre sus objetivos declarados no figuraba el eventual derecho del interesado a elegir el Estado en el que pudiera o debiera recibir atención médica y sanitaria.

El verdadero impulsor de esa clase de derechos en materia de asistencia sanitaria ha sido, una vez más, el Tribunal de Justicia de la UE, que empezó a introducirse en este terreno ante la necesidad de interpretar y aclarar el alcance de los Reglamentos de coordinación en materia de seguridad social, pero que progresivamente fue haciéndose eco del impacto que también en este particular ámbito de actividad pueden tener dos grandes libertades del acervo comunitario: la libertad de circulación que tienen las personas y las libertades de establecimiento y prestación de servicios de los agentes económicos. De estas libertades, según el TJUE, no sólo surgen las pertinentes facultades de implantación o actuación a favor de quienes pretendan desarrollar una actividad de ese tipo a lo largo y ancho del espacio comunitario, sino también derechos de asistencia a favor de los potenciales pacientes. Gracias a esta labor jurisprudencial del TJUE, los ciudadanos europeos han podido decidir en muchos casos el lugar de recepción de asistencia sanitaria y, en determinadas ocasiones, también han obtenido el derecho al reembolso de los gastos que previamente debieron realizar por atención sanitaria en un Estado miembro distinto del competente. Naturalmente, esa jurisprudencia, que se desarrolló fundamentalmente a partir del año 2001 y que suponía reconocer una especie de derecho a la «libre circulación de pacientes», generaba cierta inseguridad jurídica y bastantes problemas financieros por la ausencia de un respaldo normativo claro y directo.

Ese sustento es el que pretendió proporcionar la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo, sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, completada más recientemente por dos Decisiones de la Comisión Europea de 10 de marzo de 2014 dedicadas, en síntesis, a las condiciones de organización, evaluación y funcionamiento de las «redes europeas de referencia» previstas en dicha Directiva, así como al establecimiento de las condiciones que deben cumplimentar los prestadores de asistencia

sanitaria para ingresar en tales estructuras. Mediante el RD 81/2014, de 7 de febrero, se ha transpuesto la Directiva 2014/24/UE al sistema español. La Directiva 2014/24/UE abre un nuevo escenario con toda seguridad más apto y más favorable tanto para la circulación de las personas en el ámbito de los servicios sanitarios como para la implantación y prestación de dichos servicios por parte de empresas y profesionales. Está por ver, en todo caso, su impacto directo o indirecto sobre los sistemas públicos de sanidad existentes en los países miembros, y también puede plantearse alguna cuestión a propósito de su relación con las reglas de coordinación que en su momento pusieron en marcha los Reglamentos comunitarios de seguridad social de trabajadores migrantes.

## II. EL REEMBOLSO DE GASTOS SANITARIOS EN EL MARCO DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Las primeras manifestaciones del interés que podía revestir la asistencia sanitaria desde una perspectiva supranacional o «europea» tienen mucho que ver con la libre circulación de trabajadores. Todo parte, en realidad, de la necesidad que desde sus primeros pasos tuvo la entonces Comunidad Europea de preocuparse por la atención sanitaria de quienes decidían «migrar» de un país a otro por motivos de trabajo al amparo de sus derechos de libre circulación. En aquellos momentos lo hizo a través de las normas de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, bajo el presupuesto, no descaminado, de que los sistemas de seguridad social albergaban, dentro de su acción protectora, la prestación de asistencia sanitaria. Como es sabido, tales normas han experimentado numerosas revisiones a lo largo del tiempo, muchas veces para acoger criterios interpretativos del Tribunal de Justicia y otras muchas, simplemente, para dar cobertura a nuevas situaciones. Hoy en día se condensan en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Son reglas que están pensadas, en líneas generales, para garantizar que el ciudadano europeo que ejerza su derecho a la libre circulación y que se desplace temporalmente a otro país de la UE (por motivos laborales pero también, hoy en día, por motivos no profesionales, como el descanso o el ocio) tenga cobertura de asistencia sanitaria allá donde se encuentre.

En este marco de los Reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas nacionales de seguridad social, la asistencia sanitaria se dispensa

en el país de migración o de desplazamiento por razones tasadas (estancia, residencia o previa autorización) y mediante el procedimiento de «reembolso entre instituciones». De ese modo, el ciudadano de la Unión que recibe la atención sanitaria en otro Estado miembro no ha de anticipar su coste y posteriormente reclamar al Estado competente, sino que el Estado que presta la asistencia ha de justificar el gasto que la atención sanitaria le ha supuesto y reclamar posteriormente al Estado competente que asuma el coste (Sentencia TJUE de 3 de julio de 2003, caso *Van der Duin y ANOZ Zorgverzekeringen*, asunto C-156/01). Todo ello a salvo de que se haga uso de la excepción prevista en el art. 35.3 del Reglamento 883/2004, que habilita a los Estados miembros para «convenir otras formas de reembolso» o incluso para renunciar a esa compensación.

En todo caso, con frecuencia se presentan situaciones algo más problemáticas. Una de ellas es la de mera estancia en un país en la que podrían producirse dificultades de acreditación de la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria. En ese contexto, las normas comunitarias contemplan la posibilidad de que el Estado que dispensa la asistencia sanitaria exija al paciente que se haga cargo de la factura, si bien el art. 25.B del Reglamento 987/2009 reconoce al interesado el derecho a solicitar el reembolso de los gastos satisfechos. La solicitud de reembolso debe dirigirse a la entidad gestora del propio Estado donde se ha recibido la asistencia sanitaria —con posterior reembolso entre instituciones—, aunque cabría acudir directamente a la entidad gestora del Estado competente.

Al margen de las situaciones de residencia o estancia en otro Estado miembro, las normas comunitarias sobre trabajadores migrantes admiten, asimismo, el desplazamiento con el propósito exclusivo de recibir asistencia sanitaria, aunque en tales casos se requiere la pertinente autorización, que ha de ser concedida cuando se cumplan dos requisitos (art. 20 del Reglamento 883/2004, desarrollado por art. 26 del Reglamento 987/2009). El primero de ellos consiste en que el tratamiento que pretenda recibirse «figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado». No conviene olvidar, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia, 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» (Sentencia TJ de 12 de julio de 2001, caso *Smits y Peerbooms*, asunto C-157/99). En consecuencia, si el interesado decide

acudir a un país distinto para recibir una prestación en especie que el Estado competente no dispensa habrá de asumir íntegramente el coste.

El segundo de esos requisitos exige valorar el «estado de salud» del paciente y «la evolución probable de la enfermedad». Si a través de ese análisis se llega a la conclusión de que la institución competente no puede proporcionar el tratamiento «en un plazo justificable desde el punto de vista médico», el paciente tiene derecho a desplazarse para recibir la asistencia en otro Estado, porque la eventual denegación de la autorización se entiende contraria al Derecho de la Unión. Es claro, en consecuencia, que si la prestación solicitada figura en el catálogo de la acción protectora del Estado de residencia y se prevé que el tratamiento se dispense en un plazo razonable, el Estado implicado tendrá motivos legítimos para denegar la autorización (Sentencia TJUE de 23 de octubre de 2003, caso *Inizan*, asunto C-56/01).

Ahora bien, el Reglamento no permite denegar la autorización por simples motivos económicos. Es cierto que el Estado competente para conceder la autorización, y, en su caso, para denegar el reembolso de gastos, podría basar su decisión en la existencia de un «riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social». Pero es prácticamente imposible que de la solicitud de reembolso presentada por un individuo —o, a lo más, por un grupo reducido de personas— pueda extraerse tal consecuencia. El propio Tribunal de Justicia ha afirmado que «la cobertura de un tratamiento aislado, dispensado en un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la caja de enfermedad a la que está afiliado un asegurado determinado, nunca puede tener consecuencias significativas sobre la financiación del sistema de seguridad social», lo que a la postre permitiría descartar los argumentos basados en esa circunstancia de quebranto económico del sistema (Sentencia TJ de 13 de mayo de 2003, caso *Müller-Fauré y Van Riet*, asunto C-385/99).

Como se deduce de la Sentencia *Keller* de 12 de abril de 2005 (asunto C-145/03), la obligación de asistencia sanitaria es mayor en situaciones derivadas de urgencia vital, habida cuenta que en tal hipótesis la denegación del tratamiento no constituye una simple opción para el Estado de origen. Viene a decir la sentencia, en definitiva, que los requisitos administrativos no pueden prevalecer sobre el derecho a la salud ni sobre el derecho a la vida, de modo que la decisión debe basarse en criterios estrictamente médicos y sanitarios. En esa línea, el art. 26 del Reglamento 987/2009 precisa que «en caso de que una persona asegurada que no reside en el Estado miembro competente necesite una asistencia urgente y

de carácter vital, no podrá denegarse la autorización». Puesto en ese contexto, el Estado al que el interesado acuda deberá proporcionarle la adecuada atención sanitaria conforme a sus propias normas, garantizando en todo caso el principio de igualdad.

Por otra parte, de la Sentencia *Watts* de 16 de mayo de 2006 (asunto C-372/04) se desprende que la autorización previa de la institución competente no es un requisito *sine qua non* para la prestación de asistencia, porque los Estados miembros no cuentan con una facultad discrecional de denegación de la autorización, sino que deben valorarse las circunstancias de cada caso. Ello supone que el régimen de autorización debe basarse «en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales con el fin de que ésta no pueda ejercerse de manera arbitraria». Y también supone que se debe contar con un «sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes serán tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, y que podrán, además, recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización».

El plazo al que con mucha frecuencia deben someterse los pacientes para recibir asistencia sanitaria no deja de ser otra circunstancia relevante en toda esta problemática. En esa misma Sentencia *Watts* se dice al respecto que cuando «el plazo derivado de dichas listas de espera sobrepasa el plazo aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva del conjunto de circunstancias que caracterizan la situación y las necesidades clínicas del interesado, la institución competente no puede denegar la autorización solicitada invocando como razones la existencia de esas listas de espera, la violación del orden normal de prioridades basado en el grado de urgencia respectivo de los casos pendientes, la gratuidad de la asistencia hospitalaria dispensada en el marco del sistema nacional de que se trate, la obligación de destinar de antemano medios financieros específicos a la cobertura del tratamiento previsto en otro Estado miembro o la comparación entre el coste de dicho tratamiento y el de un tratamiento equivalente en el Estado miembro competente» (FJ 120).

En todo caso, una vez concedida la autorización o cumplidos los requisitos para que se justifique la concesión, el interesado podrá acudir a otro Estado miembro para recibir el tratamiento sin que haya de hacer frente al coste de la atención sanitaria, por cuanto la autorización para desplazarse implica que la institución competente asume la cobertura de los gastos derivados del tratamiento. No obstante, el art. 26 del Reglamen-

to 987/2009 garantiza el reembolso de gastos sanitarios si por alguna eventualidad el paciente tuviera que adelantar la totalidad o parte de los costes (concretamente, no reconocimiento de los documentos por la entidad que debe prestar la asistencia o no presentación por parte del interesado), especialmente en situaciones en las que los gastos que la institución competente esté obligada a rembolsar a la institución del lugar de estancia o a la persona asegurada (coste real) sean inferiores al coste que hubiera tenido que sufragar por el mismo tratamiento en el Estado miembro competente (coste teórico). En tales situaciones, «la institución competente reembolsará a la persona asegurada, a petición de ésta, el coste del tratamiento soportado por ella, hasta la cantidad equivalente a la diferencia entre el coste teórico y el coste real».

El Tribunal de Justicia ha advertido que el límite del reembolso se determina a partir de las reglas establecidas en el Estado que dispense la asistencia sanitaria, a diferencia de lo que ocurre respecto de la duración de las prestaciones, que será la fijada por la institución competente. De ese modo, el interesado no tiene derecho a que la institución competente le abone un complemento cuando en el Estado de residencia se previese la gratuidad del tratamiento y en el Estado que efectivamente ha prestado la asistencia sanitaria únicamente se contemplase un reembolso parcial; el principio de igualdad toma en este caso como término de comparación a los nacionales del Estado miembro que dispense la asistencia (Sentencia TJ de 12 de julio de 2001, caso *Vanbraekel*, asunto C-368/98). En todo caso, el Estado de residencia podría proceder a un reembolso integral del coste de la atención sanitaria sin que ello sea contrario al Derecho de la Unión (Sentencia TJ de 14 de octubre de 2004, caso *R. Bosch*, asunto C-193/03).

Con independencia de que el coste del tratamiento sea asumido directamente por el Estado competente o de que el paciente afronte el gasto inicialmente y después solicite el reembolso, existe un coste adicional, cual es el de desplazamiento y alojamiento, ya que por definición el interesado recibirá el tratamiento en otro Estado. El art. 26.8 del Reglamento 987/2009 prevé tal circunstancia y dispone a tales efectos que «en caso de que la legislación nacional de la institución competente disponga el reembolso de los gastos de viaje y estancia indisolubles del tratamiento de la persona asegurada, estos gastos correspondientes a la persona asegurada, y, en caso necesario, los de un acompañante, serán soportados por la citada institución competente cuando se conceda una autorización en caso de tratamiento en otro Estado miembro». En fin, el Tribunal de Justicia ha advertido que el reembolso de estos gastos de alojamiento, manutención

y desplazamiento no puede estar supeditado a requisitos distintos en función de que el tratamiento se dispense en el Estado miembro competente o fuera de él; establecer mayores trabas en este último caso no es conforme a la libertad de prestación de servicios (Sentencia TJ de 18 de marzo de 2004, caso *Leichtle*, asunto C-8/02).

### III. LA ASISTENCIA SANITARIA COMO INGREDIENTE DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y PROFESIONALES

Los Reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de seguridad social para trabajadores migrantes, como se sabe, no exigen de los Estados una determinada configuración del correspondiente sistema de seguridad social, cuya organización y régimen de financiación sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros, como se ha encargado de reiterar la jurisprudencia del TJUE. De ese modo se mantiene la diversidad y heterogeneidad en la conformación y gestión de la atención sanitaria, que en unos Estados forma parte del sistema de seguridad social y en otros cuenta con una notable independencia, amén de las diferencias que cabe registrar en lo que se refiere al peso relativo de lo público y lo privado en cada país.

En ese contexto, el TJUE pronto advirtió que los Reglamentos de coordinación debían afrontar una serie de limitaciones intrínsecas que impedían reconocer el derecho al reembolso de gastos en situaciones que, a su juicio, merecían protección. Por ello, el propio Tribunal comenzó a construir una doctrina paralela para otros supuestos a la luz de la libertad de prestación de servicios. El origen de esta doctrina puede situarse en las Sentencias de 28 de abril de 1998, caso *Kobll* (asunto C-158/96), y de 28 de abril de 1998, caso *Decker* (asunto C-120/1995), en las que el TJUE admitió que la libertad de prestación de servicios justifica, en ciertas situaciones, el reembolso de los gastos ocasionados por la dispensación de asistencia sanitaria en un Estado distinto del competente, si bien la doctrina ha ido aquilantándose progresivamente y se ha convertido en un apéndice o complemento a los Reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social, que desde luego no estaban diseñados para esa clase de situaciones.

La libertad de prestación de servicios implica, en esencia, que es contrario al Derecho de la Unión Europea que un Estado configure una prohibición absoluta de reembolso de gastos sanitarios por la atención prestada en el extranjero. El Tribunal de Justicia procede en este punto a una

verdadera armonización y no a una simple coordinación, al advertir que las prohibiciones de esa índole «no se adecuan al objetivo perseguido, puesto que podría recurrirse a medios menos restrictivos y más respetuosos con la libertad de prestación de servicios, como un régimen de autorización previa que respete los requisitos exigidos por el Derecho comunitario» (Sentencia TJ de 19 de abril de 2007, caso *Stamatelaki*, asunto C-444/05).

Como puede apreciarse, la intervención del TJUE en esta clase de asuntos fue más allá de una mera interpretación de los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social y vino a crear, en realidad, un amplio cuerpo de doctrina acerca de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en materia sanitaria. Con esta jurisprudencia se estaba dando paso, en definitiva, a la creación de un espacio europeo también para la oferta y la demanda de servicios sanitarios.

Nótese que, en un primer momento, el recurso a la libertad de prestación de servicios parecía limitarse a las prestaciones no hospitalarias, principalmente fármacos y prótesis, ámbito natural de actuación de la libertad de prestación de servicios, pues, de una u otra forma, son prestaciones que en todos los sistemas sanitarios exigen una contribución específica del paciente, más o menos subvencionada por el Estado. En cambio, las prestaciones hospitalarias se encontraban *prima facie* al margen de las reglas de reembolso, por cuanto algunos Estados ni siquiera contaban con mecanismos fiables para cuantificar el coste concreto de la dispensación de ciertas prestaciones que forman parte de la cartera de servicios sanitarios.

Sin embargo, el TJUE advirtió expresamente que la libertad de prestación de servicios no limita sus efectos a las prestaciones no hospitalarias, sino que también alcanza a las hospitalarias. El *leading case* es, sin duda, la ya citada Sentencia TJ de 12 de julio de 2001, caso *Smits y Peerbooms* (asunto C-157/99), en la que ni siquiera se mencionan los Reglamentos de coordinación. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia reconoce a los ciudadanos de la UE nuevos derechos a partir de la libertad de prestación de servicios, sin detenerse realmente en articular tales derechos con los derivados de los Reglamentos. Bien es cierto que en esta sentencia se resolvían dos litigios procedentes de Países Bajos, cuyo sistema sanitario se basa, principalmente, en conciertos con entidades privadas (al estilo de las mutualidades de funcionarios españolas), terreno también propicio para que puedan entrar en juego las libertades profesionales. Como se advierte en el apartado 56 de esa sentencia: «Se debe considerar que la circunstancia de que un tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las cajas del seguro de enfermedad basándose en conciertos y tari-

fas preestablecidos en ningún caso puede excluir a dicho tratamiento del ámbito de los servicios a efectos del art. 60 del Tratado».

La situación podría ser distinta en los Estados que han apostado por un sistema nacional de salud donde la infraestructura y el personal estén financiados directamente por el erario público, ya que, como reconocía esa misma sentencia, «si muchos asegurados decidieran recurrir a la asistencia de otros Estados miembros, aun cuando los establecimientos hospitalarios que hayan celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que dependen ofrecen tratamientos adecuados, idénticos o equivalentes, este flujo de pacientes 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, del derroche y del desperdicio, tanto logísticos como financieros». Por ello, el Estado podría denegar la autorización «cuando un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno acudiendo a un establecimiento» del Estado de residencia, debiendo ser objeto de valoración «todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo en cuenta debidamente no sólo la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización, sino también sus antecedentes».

Sobre esas bases cabría pensar que en aquellos Estados que hubieran articulado un sistema sanitario público de esas características la respuesta sería distinta, máxime cuando la posibilidad de acudir a un Estado miembro distinto del competente podría tener como finalidad eludir las listas de espera, muy habituales en ese modelo por la limitación de recursos frente a las necesidades a cubrir. Como es sabido, en función de la gravedad de la dolencia se programan las intervenciones con el fin de tratar más rápidamente a quienes se encuentran en peor estado, de modo que las situaciones menos urgentes no recibirán atención de inmediato, sino cuando corresponda en virtud de la programación preestablecida. Sin embargo, la mencionada Sentencia TJ de 16 de mayo de 2006, caso *Watts*, admitió la aplicación de la libertad de prestación de servicios a quien recibe asistencia sanitaria «en un marco hospitalario a cambio de una remuneración en un Estado miembro distinto de su Estado de residencia, con independencia del modo en que funcione el sistema nacional de salud al que dicha persona esté afiliada y al que se haya solicitado posteriormente que cubra dichas prestaciones».

En consecuencia, el paciente que se encuentra en lista de espera puede acudir a otro Estado miembro a recibir el tratamiento con derecho al reembolso de gastos. Nótese, por cierto, que en esa sentencia se entremezclan argumentaciones basadas tanto en la libertad de prestación de servicios como en el Reglamento de coordinación vigente en aquellos momentos (el Reglamento 1408/71, uno de los precedentes del Reglamento 883/2004), sin que el Tribunal proceda a una distinción entre uno y otro fundamento jurídico. El propio Tribunal es consciente de la complejidad de esa situación normativa, y por ello advierte que «la aplicabilidad del art. 22 del Reglamento núm. 1408/71 a la situación que se examina no excluye que, en virtud del art. 49 CE, el interesado pueda disponer paralelamente del derecho a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro en condiciones de cobertura diferentes de las que establece dicho art. 22» (apartado 48 de la sentencia).

Desde luego, la dificultad de acceder al reembolso de gastos invocando la libertad de prestación de servicios estriba, por lo general, en la necesidad de autorización previa y en las facultades del Estado para denegarla, problema común a la generalidad de las situaciones planteadas, con independencia de que se apliquen los Reglamentos de coordinación o de que se acuda directamente a la libertad de prestación de servicios. Por lo general, el procedimiento de autorización ha de basarse «en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda ejercerse de manera arbitraria»; también debe articularse un sistema «suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes serán tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, y que podrán, además, recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización» (apartado 116 de la Sentencia *Watts*).

La incertidumbre que venía provocando toda esta construcción jurisprudencial hacía necesaria una nueva labor de aproximación por parte de las instituciones europeas con competencias reguladoras no sólo para que esas posibilidades de asistencia sanitaria abiertas por el TJUE llegaran a todos los ciudadanos, sino también para que los costes de la asistencia estuvieran adecuadamente repartidos entre los sistemas nacionales implicados. Como ya dijimos, ésa fue la tarea que abordó hace algunos años la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que, como también se

dijo, ha sido completada de momento por dos Decisiones de la Comisión de 10 de marzo de 2014 (DOUE, 17 de mayo), a propósito de las «redes europeas de referencia» que figuraban entre las directrices de esa interesante norma comunitaria.

#### IV. LA DIRECTIVA 2011/24/UE Y SU ARTICULACIÓN CON EL REGLAMENTO 883/2004

La Directiva 2011/24/UE, en términos generales, recopila y sistematiza el acervo de jurisprudencia acumulado por el TJUE a lo largo de todas esas décadas de funcionamiento de las reglas de coordinación de los sistemas nacionales, y viene a plasmar en el plano normativo el derecho al reembolso de gastos sanitarios en diversas situaciones, algunas de ellas no comprendidas por aquellos Reglamentos comunitarios. Como suele ocurrir con este tipo de normas, se trata de alguna manera de hacer valer el principio de no discriminación (o «no diferencia de trato») por razón de nacionalidad dentro del espacio propio de la Unión Europea. Se trata, pues, de un importante refuerzo del derecho a la libre circulación por el espacio europeo, a la vez que se reafirman, en este específico terreno de la asistencia sanitaria, algunas otras libertades básicas del acervo comunitario, como las de establecimiento y prestación de servicios.

El ámbito de aplicación de la Directiva es parcialmente coincidente con el de los Reglamentos comunitarios sobre trabajadores migrantes, pues los supuestos de reembolso que en ellos se prevén podrían tramitarse en muchos casos por esos nuevos procedimientos, situación que, como es fácil de entender, no deja de generar algunas dudas respecto de la adecuada articulación de ambos instrumentos normativos. En principio, la Directiva ni sustituye ni desplaza al Reglamento 883/2004, sino que lo complementa, y su relación podría representarse gráficamente a modo de dos círculos concéntricos con alguna diferencia de radio, en la medida en que la Directiva tiene un carácter omnicomprendivo y, por consiguiente, podría aplicarse tanto a los supuestos previstos en el Reglamento como a otras situaciones posibles. En todo caso, la propia Directiva dispone que si ambas normas pudieran resultar de aplicación, el Reglamento cuenta con preferencia, porque se entiende más ventajoso para el interesado como regla general, salvo que el beneficiario, convenientemente informado, opte explícitamente por las reglas de la Directiva (art. 8.3 de la Directiva).

El propósito principal de la Directiva consiste en generalizar el mecanismo de reembolso de gastos sanitarios como instrumento de efectividad de la libertad de circulación de personas y la libertad de prestación de servicios, superando las limitaciones que derivan del Reglamento 883/2004, que está diseñado a partir de la libertad de circulación de trabajadores. Hay que tener en cuenta, además, que, a pesar de la labor extensiva realizada por la jurisprudencia del TJUE, el reembolso de gastos sanitarios *ex* Reglamento 883/2004 parece supeditarse en todo caso, o bien a la asistencia necesaria durante la residencia o estancia temporal en un Estado miembro distinto al de afiliación, o bien a la recibida en otro país gracias a la autorización concedida (o que debería haberse concedido) por las instituciones competentes del Estado miembro de afiliación.

Puede decirse que la Directiva 2011/24/UE trata en especial de potenciar la vertiente de la libertad de prestación de servicios, tanto en el lado de la oferta como en el lado de la demanda. Viene a consagrar, en definitiva, el derecho del paciente a recibir atención sanitaria (incluyendo la prestación farmacéutica y los servicios de salud electrónica) en cualquier Estado miembro, aunque sea con las naturales limitaciones. Ante todo, resulta imprescindible para ello que el tratamiento que se pretenda recibir en otro Estado miembro forme parte de los que proporciona el Estado de afiliación, pero una vez determinado que el interesado cuenta con tal derecho, la Directiva pretende que pueda elegir el lugar de recepción (y prestación) de la asistencia sanitaria con derecho al reembolso de gastos. Literalmente, la Directiva dice en su preámbulo que «el Estado miembro de afiliación debe dar a los pacientes el derecho a recibir en otro Estado miembro como mínimo las mismas prestaciones que se prevén en el Estado de afiliación», salvo en el caso de los medicamentos, contexto en el que se admite que se prescriban medicamentos no autorizados en el Estado miembro de afiliación cuando se considere indispensable para la eficacia del tratamiento proporcionado en otro Estado (apartados 34 y 36).

Debe advertirse, no obstante, que la Directiva no reconoce un derecho incondicionado a elegir el Estado o la institución que proporcione asistencia sanitaria, sino que «la obligación de reembolsar los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza debe limitarse a la asistencia sanitaria a la cual el asegurado tenga derecho de conformidad con la legislación del Estado miembro de afiliación» (apartado 13 de la Exposición de Motivos). No se trata de potenciar el denominado «turismo sanitario», sino de dar cobertura normativa a la cada vez más completa doctrina del TJUE. Nótese que el legislador de la UE asume que «los flujos de pacientes entre

los Estados miembros son limitados y se espera que lo sigan siendo, ya que la gran mayoría de los pacientes en la Unión recibe asistencia sanitaria en su propio país y prefiere que sea así» (apartado 39), y entiende que la Directiva no debe «conllevar que se aliente a los pacientes a recibir tratamiento fuera de su Estado miembro de afiliación», pues ello podría poner en riesgo el equilibrio financiero de los sistemas sanitarios de algunos Estados miembros, principalmente aquellos que han optado por un sistema nacional de salud cuyos costes fijos son muy elevados (principalmente España y Reino Unido).

Cabe decir, a la postre, que el ámbito de aplicación de la Directiva y el del Reglamento difieren desde una perspectiva que tiene tonos sociológicos. Mientras que el Reglamento se asienta en la libre circulación de trabajadores y sólo excepcionalmente admite el reembolso de gastos en situaciones de desplazamiento con finalidad específica de recibir tratamiento sanitario, la Directiva apuesta por la libre circulación de pacientes, de modo que el concepto de trabajador pierde entidad y el propósito consiste en dar cobertura, precisamente, a los desplazamientos con la intención de recibir asistencia sanitaria en otro Estado. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la Directiva no exige que se garantice el reembolso de gastos derivados del viaje, el alojamiento y la manutención, ni del interesado ni de los familiares que le acompañen, lo que en la práctica conllevará que esta vía se limite a personas con recursos económicos de cierta entidad y/o que residan en zonas fronterizas. El legislador de la UE parece haber contemplado sobre todo la situación propia, o bien de pacientes que sufren enfermedades raras que cuentan con centros muy localizados de atención especializada, o bien de personas que tienen residencia cerca de la frontera con otro Estado miembro al que pueden acceder con relativa facilidad, o que tienen familiares en otro país que eventualmente pueden darles acogida.

Como diferencia clara con el Reglamento, la autorización previa no resulta imprescindible en la regulación de la Directiva. Es cierto que esta norma armonizadora admite la posibilidad de autorización (para asistencia sanitaria hospitalaria y, en general, la que exige una planificación previa para racionalizar los recursos), pero aclara que «por regla general el Estado miembro de afiliación no debe supeditar la asunción de los costes de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro a autorización previa en los casos en que dicha asistencia, de haber sido dispensada en su territorio, hubiera sido asumida por su sistema de seguridad social o sistema nacional de sanidad obligatorio» (apartado 38).

El reembolso de gastos cuenta también aquí con un límite, puesto que el Estado miembro de afiliación no ha de afrontar la totalidad del coste cuando éste supere la «cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada», salvo que su normativa de transposición establezca otras reglas más ventajosas, a diferencia de lo que sucede con el Reglamento, que toma como referencia el coste del tratamiento en el Estado que lo había proporcionado, no en el de afiliación. Todo ello obligará a crear tablas o baremos donde figure el coste de cada tratamiento. Esta previsión es relevante, porque la Directiva no obliga a acudir a una institución pública o que forme parte del entramado público, sino que, en principio, el paciente podría recibir el tratamiento en un centro privado con derecho al reembolso de gastos, pero no ya total.

Como se ha anticipado, en el marco de la Directiva no se exige una autorización previa, salvo los supuestos expresamente previstos en el art. 8 (en el caso español, con transposición en el anexo II del RD 81/2014), y las limitaciones al reembolso deben estar basadas en causas de interés general debidamente acreditadas, fundamentalmente en el riesgo que puede suponer para el equilibrio financiero de los sistemas de salud, circunstancia de acreditación difícil y además controlable por la Comisión, a la que debe notificarse cualquier denegación de reembolso (art. 7.11). Por ello, las posibilidades que reconoce la Directiva al paciente son mucho más amplias que las que contempla el Reglamento, que sólo excepcionalmente permite el reembolso cuando el interesado decide acudir a otro Estado sin previa autorización.

En fin, el procedimiento de reembolso previsto por la Directiva no es del todo equiparable al que se deriva de aquellos Reglamentos. Como se dijo, en estas otras normas se apuesta por el reembolso entre instituciones, de modo que, salvo excepciones, el interesado no ha de hacer frente personalmente al coste del tratamiento. En cambio, la Directiva parte de la premisa de que el paciente abonará la factura pertinente en el Estado donde reciba asistencia y posteriormente solicitará el reembolso en su Estado de afiliación.

Cabría preguntarse, por lo demás, acerca de las razones que han llevado a la aprobación de una Directiva para afrontar esta clase de asuntos, en lugar de procederse a una modificación o ampliación de los Reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social. Las razones pueden ser múltiples, pero entroncan, sin duda, con la propia finalidad de cada uno de esos instrumentos comunitarios y con el contexto institucional y social en el

que ha surgido cada una de esas iniciativas reguladoras. Los Reglamentos, como se sabe, pretendieron coordinar los sistemas de seguridad social de los Estados miembros para eliminar barreras a la libre circulación de trabajadores. Con el paso del tiempo se ha podido ver que la libertad de circulación es asunto de interés general de las personas y no sólo de quienes trabajan, y que la asistencia sanitaria no sólo es parte de los sistemas de seguridad social, sino también ingrediente de la política social y económica. La asistencia sanitaria, en definitiva, ha desbordado el marco tan particular de aquellos Reglamentos, y ése es el motivo, a la postre, de que el legislador de la UE haya pretendido dotarla de una regulación de perfiles más completos. Se trata de coordinar sistemas, pero también de armonizar las previsiones de cada Estado para que sea viable la asistencia sanitaria transfronteriza. A la vista de todo este proceso normativo, y con fines de simplificación y claridad normativa, quizá pueda pensarse en una futura supresión de la asistencia sanitaria (y de la técnica de reembolso de gastos sanitarios) del contenido de los Reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social, de modo que la Directiva asuma plenamente ese espacio tan particular de la política social y de la prestación de servicios al ciudadano.

## V. LA TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2011/24/UE: EL RD 81/2014

Ya adelantamos que la Directiva 2011/24 ha sido transpuesta a España por el RD 81/2014, de 7 de febrero, que se declara aplicable, como su norma de cabecera, a la asistencia sanitaria que sea «prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación» y que consista en el acceso a servicios que tengan por objeto «evaluar, mantener o restablecer» el estado de salud del paciente, entre los que expresamente se incluyen «la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos, productos sanitarios y alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales» (arts. 2 y 3). Por el contrario, y siguiendo de nuevo las pautas de la Directiva 2011/24, se excluyen de este sistema armonizador los cuidados de larga duración, la asignación y aplicación de órganos con fines de trasplante, y los programas de vacunación pública contra las enfermedades infecciosas que tengan por finalidad exclusiva la protección de la salud de la población en el territorio español y que estén sujetas a medidas específicas de planificación y ejecución, sin perjuicio de la cooperación entre España y los demás Estados miembros en el ámbito de la Unión Europea (art. 2).

En principio, el RD 81/2014 no es de aplicación cuando la asistencia sanitaria esté cubierta a través de las normas comunitarias de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social (Reglamentos 883/2004 y 987/2009), hipótesis en la que siguen aplicándose las pautas ya conocidas. Pero, como sucede en la Directiva 2011/24, ello no impide que el paciente «solicite expresamente» la aplicación de estas nuevas normas (art. 1). En definitiva, el campo de aplicación del RD 81/2014 se nutre de una doble afluencia: quienes tengan la condición de «asegurado» en los términos de esas normas comunitarias más tradicionales (los citados Reglamentos) y demanden su aplicación, y quienes tengan sencillamente la condición de «paciente» en el espacio europeo, condición que se declara propia de «toda persona física que reciba o desee recibir asistencia sanitaria en un Estado miembro» (arts. 1 y 3).

La primera situación que contempla el RD 81/2014 es la prestación de asistencia sanitaria en otro Estado miembro a pacientes cuyo Estado de «afiliación» (de procedencia, a la postre) es España; situación en la que los gastos han de ser costeados por el paciente para un posterior reembolso por las instituciones españolas en las condiciones reglamentariamente establecidas (ya sea en virtud de lo dispuesto en el propio RD 81/2014, ya sea, en su caso, conforme a lo dispuesto en el Reglamento 883/2004). Tal reembolso corresponde a «la administración sanitaria competente» dentro del sistema sanitario español y cubre tan sólo las prestaciones a que el asegurado tiene derecho según la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente (art. 10).

El reembolso tan sólo puede llegar hasta la cuantía que habría asumido aquella Administración competente, siempre en los mismos términos y condiciones que si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en territorio nacional, y no podrá exceder el coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada, sin considerar los gastos conexos, según las tarifas reglamentariamente establecidas (arts. 10.3 y 11). El asegurado que solicite el reembolso deberá cumplir las mismas condiciones que se exigen para la asistencia sanitaria prestada en territorio nacional y será necesaria, cuando así sea requerido en el Sistema Nacional de Salud, una evaluación previa que justifique la indicación de la correspondiente prestación sanitaria (art. 10.4). Para obtener el reembolso de gastos deberá seguirse el procedimiento reglamentariamente establecido (art. 14 y anexo I). Se prevén, además, diversas circunstancias que pueden motivar la exclusión o la limitación del reembolso (art. 10).

Hay casos, por otra parte, en los que se exige autorización previa para el reembolso. Ocurre así para el uso de determinadas técnicas o ciertos procedimientos de atención sanitaria relacionados en el anexo II del RD 81/2014 (tomografía, reproducción humana asistida, diálisis, cirugía mayor ambulatoria con implante quirúrgico, tratamiento con radioterapia, etc.). Esta autorización compete a las entidades estatales o autonómicas encargadas de la gestión sanitaria en cada caso y puede denegarse cuando se trate de prestaciones excluidas de la cartera de servicios y en otros casos más singulares: exposición del paciente a un riesgo «no aceptable», exposición de la población en general a «un riesgo sustancial», existencia de «motivos graves y específicos de inquietud respecto a las normas y directrices de calidad y seguridad del paciente» en relación con el proveedor de asistencia sanitaria, y posibilidad de atención sanitaria «en el territorio nacional en un plazo que sea médicamente justificable» (art. 17).

La segunda situación prevista por el RD 81/2014 es la de prestación de asistencia sanitaria en España a pacientes con «afiliación» en otro Estado miembro (art. 6). Esta prestación se llevará a cabo conforme a las tarifas aplicables a los pacientes nacionales en «situaciones médicas comparables», ya sean las establecidas para los centros públicos, ya sean las «publicadas» por los centros privados (art. 12). El sistema sanitario español debe garantizar a estos pacientes la información necesaria para ejercer su derecho y para acceder a los procedimientos y mecanismos de reclamación establecidos para solicitar reparación de daños como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida. Se prevé, no obstante, la posibilidad de que el Ministerio de Sanidad, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establezca condiciones de acceso «cuando sean necesarias y proporcionadas para garantizar el acceso suficiente y permanente a la asistencia sanitaria ofertada por los Servicios Autonómicos de Salud», siempre que estén «justificadas por razones imperiosas de interés general, especialmente por la necesidad de planificación para garantizar una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o por la voluntad de asegurar un uso racional de los recursos financieros, técnicos y humanos».

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., «¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003.
- HIERRO HIERRO, F. J., *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el Derecho Europeo*, Madrid, MTIN, 2009.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Turismo sanitario en la Unión Europea», en AAVV, *Derecho y Medicina*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2009.
- TRILLO GARCÍA, A. R., «La coordinación de las prestaciones sanitarias en los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009», en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010.