

# La construcción «social» de la Unión: el caso de la movilidad transfronteriza de pacientes en la Unión Europea\*

*Irene Sobrino Guijarro*

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla

## RESUMEN:

El 9 de marzo de 2011, tras un largo proceso de negociaciones, se adoptaba 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 transfronteriza en la Unión Europea. La aprobación de la Directiva articula un marco normativo que prácticamente codifica los principios establecidos por el TJUE con relación a la movilidad de los pacientes en la Unión Europea. El desarrollo jurídico de esta materia representa un caso muy interesante de la interacción y diálogo que se produce en la Unión Europea entre una materia social perteneciente a los Estados miembros (sanidad) y, por otra parte, la aplicación de la libre circulación de personas y servicios en el mercado interior de la UE. En particular, su evolución normativa y jurisprudencial reflejaría un patrón predominante en la construcción social de la Unión, según el cual la "integración positiva" (a través de la aprobación de regulaciones jurídicas) sería reactiva a la asimetría creada por la preponderancia de una primera fase de intensa "integración negativa" (aplicación jurisprudencial de las libertades del mercado).

**Palabras clave:** Atención sanitaria transfronteriza en la Unión Europea; Movilidad de pacientes; Libertad de circulación de personas y servicios; Competencias sociales; Sanidad.

**Keywords:** Cross-border health care in the European Union; Patient mobility; Free movement of persons and services; Social competencies; Health care.

## ABSTRACT

On March 9th, 2011, the Directive 2011/24/UE of the European Parliament and the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare in the European Union, was finally enacted after a long process of political discussions. The Directive aims to provide a normative framework that effectively codifies the principles established by the ECJ case law enabling patient mobility in the EU. The legal development of this question represents an interesting case of the interaction and dialogue in the EU between, on the one hand, a traditional Member State social competence (i.e. health care) and, on the other hand, the application of free movement of persons and services in the EU. In particular, the shaping of the question both at the legal and jurisprudence level, seems to reproduce a prevailing pattern in the social construction of the EU, according to which the "positive integration" (i.e. enacting normative regulations) would be reactive to the asymmetry created by a first stage of intensive "negative integration" (i.e. case law of the ECJ in application of the internal market freedoms).

**Fecha recepción original:** 13 de mayo de 2011

**Fecha aceptación:** 26 de mayo de 2011

\* Este artículo ha sido elaborado en el marco del programa de Ayudas para la movilidad posdoctoral cofinanciado por la Comisión Fulbright y el Ministerio de Educación.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. CARÁCTER *SUI GENERIS* DE LA CONSTRUCCIÓN «SOCIAL» DE LA UNIÓN EUROPEA: PERFILES BÁSICOS
  - III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOCIALES EN LA UE
  - IV. CASO DE ESTUDIO: MOVILIDAD DE PACIENTES EN LA UE—A) *Concepto*—B) *Cuerpo jurisprudencial del TJUE sobre la movilidad de pacientes transfronteriza en la UE*—C) *Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*—1. Relación entre las dos vías—2. Reembolso de los gastos sanitarios—3. Armonización de derechos—4. Autorización previa
  - V. CONCLUSIONES
-

## I. INTRODUCCIÓN

La asistencia sanitaria transfronteriza constituye una parcela relativamente reducida tanto en términos del impacto financiero que actualmente supone para los Estados miembros, como en el número de personas que reciben asistencia sanitaria en otro Estado miembro<sup>1</sup>. En este sentido, se estima que, aunque la movilidad de pacientes haya experimentado un incremento progresivo, el volumen que implica en términos de gasto público en sanidad es relativamente bajo<sup>2</sup>. No obstante, el hecho de que se reconozca el derecho a la libre circulación de los pacientes entre los sistemas sanitarios de los Estados miembros es un fenómeno complejo que plantea diferentes problemas en aspectos como la calidad, la seguridad, el catálogo de prestaciones, accesibilidad, financiación, información, equidad y la responsabilidad legal de los Estados. Estos factores, unidos al denso cuerpo jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la garantía de los derechos a la movilidad sanitaria de pacientes, han situado a esta cuestión durante la última década en el centro de la agenda política de los Estados miembros y de la Unión Europea (UE)<sup>3</sup>.

El 9 de marzo de 2011 se adoptaba la Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>4</sup>. La aprobación de la Directiva no sólo responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a una materia que cuenta con una importante producción jurisprudencial por parte del TJUE, sino también al interés de los Estados miembros en «participar» en la delimitación de los términos en los que discurre la movilidad transfronteriza, sobre todo en lo que se refiere a la autorización y al reembolso de la asistencia médica, que hasta este momento habían sido definidos en gran medida a través de los principios establecidos por el TJUE en aplicación de la libertad básica de prestación de servicios.

<sup>1</sup> Vid. PALM, W. y GLINOS, I. A., «Enabling patient mobility in the EU: between free movement and coordination», MOSSIALOS, E. *et alii* (eds.), *Health systems Governance in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 510 y ss.

<sup>2</sup> En términos aproximados, la movilidad sanitaria transfronteriza representaría un 1% del gasto global en sanidad, *vid.* European Parliament, *The Impact of the European Court of Justice Case Law on National Systems for Cross-Border Health Service Provision*, DG Internal Policies of the Union, Policy Department Economic and Scientific Policy, 2007, p. 2.

<sup>3</sup> La necesidad de alcanzar una visión europea compartida en la cuestión a través del análisis de la acción comunitaria en la salud pública y de su impacto en los sistemas sanitarios nacionales, condujo a la convocatoria por parte de la Comisión de un «Proceso de Reflexión de Alto Nivel sobre la movilidad de los pacientes y la evolución de la asistencia sanitaria en Europa» (26 junio, 2002), cuyas conclusiones fueron objeto de desarrollo en el «Grupo de alto nivel de la Comisión sobre Servicios de Salud y Atención médica» (1 julio, 2004).

<sup>4</sup> Directiva 2011/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 9.3.2011.

Son múltiples los puntos de vista a través de los cuales se puede abordar la cuestión de la movilidad de pacientes en la UE. El enfoque que estructura el análisis que sigue está vinculado a su reciente desarrollo jurisprudencial y normativo, como ejemplo concreto del proceso *sui generis* de «construcción social» de la UE. Se trata de una materia en cuya delimitación normativa se concreta la tensión existente entre la aplicación de las libertades básicas del mercado común y la protección de los Estados miembros de sus espacios decisorios en políticas sociales, ligados a parámetros nacionales de solidaridad territorial y planificación financiera. En este contexto, el marco armonizador que establece la Directiva articula ciertos derechos básicos de los pacientes en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza, tomando como referencia primordial el cuerpo jurisprudencial que ha desarrollado el TJUE en la materia en aplicación de la libre circulación de servicios, así como un conjunto de valores y principios comunes a los sistemas sanitarios de la UE.

## II. CARÁCTER *SUI GENERIS* DE LA CONSTRUCCIÓN «SOCIAL» DE LA UNIÓN EUROPEA: PERFILES BÁSICOS

Es innegable que el proceso de integración europea ha tenido un impacto, directo e indirecto, en el Derecho y políticas sociales de los Estados miembros. La UE se configura así como un nivel de gobierno involucrado en la regulación de materias sociales que interactúa con los Estados sociales europeos. En este sentido, los perfiles territoriales de los Estados sociales estarían siendo objeto de modificaciones derivadas del proceso de integración europea. Un trabajo muy influyente que sentó las bases de futuras investigaciones en la cuestión es el diagnóstico que S. LEIBFRIED y P. PIERSON desarrollaron acerca de la erosión generada por la acción de la UE en la tradicional soberanía estatal en materia social<sup>5</sup>. Estos autores se centran en la identificación de un efecto erosivo tanto en la «soberanía» (en el sentido de competencia jurídica), como en la «autonomía» (entendida como capacidad *de facto*) de los Estados miembros en materia social al quedar integrada en una red de carácter complejo y multi-nivel de políticas públicas en sentido amplio. La transformación experimentada por los «Estados sociales soberanos» que pasan a ser componentes de un sistema más amplio y complejo de políticas sociales se produciría, según estos autores, a través de tres procesos: (a) la llamada reforma «positiva», a través del conjunto de modificaciones que en política social llevarían a cabo la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea, impulsados en gran medida por el Parlamento Europeo y por las interpretaciones del TJUE; (b) una reforma «negativa» de las políticas sociales nacionales, generada a través de la jurisprudencia del TJUE respecto del contenido y alcance de la libre circulación de mercancías, servicios, bienes y capitales en el mercado único; (c) y finalmente, a través de un conjunto de presiones «indirectas», que vendrían a

<sup>5</sup> LEIBFRIED, S. y PIERSON, P., «Semisovereign Welfare States: social policy in a multitiered Europe», en LEIBFRIED, S. y PIERSON, P. (eds.), *European Social Policy: between Fragmentation and Integration*, The Brookings Institution, Washington DC, 1995, pp. 43-77.

fomentar determinadas adaptaciones consideradas como necesarias para lograr la convergencia en aspectos determinantes de los estados sociales nacionales.

Cuestiones relativas al grado particular de erosión experimentado en cada caso por los sistemas nacionales, o al nivel efectivo de integración en un sistema de decisión política multi-nivel, son objeto de discrepancias doctrinales, debido en gran medida al carácter sumamente limitado de las competencias sociales de la Unión Europea<sup>6</sup>. En cualquier caso, es difícil negar que, aunque la materia social permanezca fuertemente identificada con políticas de redistribución íntimamente ligadas al tejido nacional, está sin embargo condicionada cada vez en mayor medida por los requisitos de la integración europea, de forma que el tradicional monopolio nacional en el diseño de sus propias políticas de bienestar ya no podría ser definido en términos de intacta *exclusividad*.

En particular, desde el punto de vista de la UE, se distinguen dos argumentos principales referidos al efecto de la UE en el área social: el primero de ellos hace referencia al impacto del derecho y la política económica de la UE en las políticas y regulaciones nacionales en este campo. El segundo aspecto destaca la emergencia gradual de elementos de lo que podría ser una incipiente dimensión social europea<sup>7</sup>. La primera afirmación abarcaría los efectos directos e indirectos del mercado único y del derecho de la competencia generados a lo largo de los años por el TJUE y por el Parlamento Europeo. Específicamente, las normas relativas a la libre circulación de trabajadores y servicios, así como las referidas al derecho de la competencia y a las regulaciones de las ayudas estatales en la provisión de importantes servicios públicos estatales, han puesto de manifiesto la vulnerabilidad de las instituciones del bienestar nacional a la influencia de las normas europeas. En este sentido, el impacto del mercado único europeo sería «transversal», en el sentido de que no solo afectaría a la actividad comercial interestatal de bienes y servicios, sino que también habría tenido un impacto decisivo en determinadas áreas que no están concebidas primordialmente en términos económicos (por ejemplo, el acceso a la educación superior o a la atención sanitaria transfronteriza)<sup>8</sup>.

Con relación al segundo aspecto mencionado, G. DE BÚRCA razona a favor de la identificación de determinados elementos de un derecho social europeo, que vendría a unirse al tradicional campo de derecho laboral de la UE. En particular, cinco dimensiones articulan esta afirmación: a) las normas y jurisprudencia del TJUE en el desarrollo del concepto de ciudadanía de la Unión; b) determinadas partes de la Carta de los Derechos Fundamentales

<sup>6</sup> MORAVCSIK, A., «Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality», en NICOLAÏDIS, K., y HOWSE, R. (eds.), *The federal vision*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2001, p.163.

<sup>7</sup> DE BÚRCA, G., «Towards European Welfare?», en *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2005, pp. 1-9.

<sup>8</sup> *Idem*.

de la Unión Europea, en concreto los capítulos dedicados a la Solidaridad, Igualdad y Ciudadanía; c) el cuerpo de legislación comunitaria dedicado a la coordinación de los beneficios de la seguridad social; d) el cuerpo de legislación comunitaria respecto al derecho a la igualdad, originado en las cláusulas de igualdad de retribución entre trabajadores (art. 157 TFUE, *ex art.* 141 TCE y de no discriminación por nacionalidad del Tratado); e) finalmente, el derecho social de la Unión también puede identificarse con medidas de *soft law*, destinadas a coordinar políticas sociales nacionales, como el derecho laboral, lucha contra la pobreza, pensiones y salud<sup>9</sup>.

Sin embargo, este proceso de paulatina expansión de una dimensión social a nivel europeo adolece de aspectos estructuralmente problemáticos. Lejos de ser una dimensión coherente e integralmente regulada, presenta, tal y como enfatiza la doctrina, un carácter «fragmentado»<sup>10</sup> o un formato «en parches»<sup>11</sup>. La causa de estas connotaciones está vinculada a la naturaleza de las lógicas más básicas que subyacen a la construcción del espacio europeo. Cuando la Comunidad Económica Europea (CEE) fue creada en 1957, las materias sociales eran un componente relativamente menor de la integración europea. El motor del proyecto era fundamentalmente la consecución de una integración de carácter económico. De esta forma, la relevancia de la dimensión social se circunscribía, bien a las consecuencias sociales de la integración económica o bien, se concebía como un vehículo de los requisitos sociales necesarios (por ejemplo, libertad de circulación) para hacer funcionar el proyecto económico. Esta sería la lógica que M. POIARES MADURO califica de modo muy expresivo como el «*código genético* de los derechos sociales de la UE»<sup>12</sup>.

En definitiva, el compromiso prioritario del proyecto europeo con relación a la construcción de un mercado único ha ejercido una gran influencia en la naturaleza y finalidad de la política social producida desde el nivel europeo<sup>13</sup>, que en consecuencia se desarrolla en función de la integración económica<sup>14</sup>.

El resultado de la prevalencia de esta lógica es el de una evidente «asimetría constitucional» entre las políticas que promueven la eficiencia del mercado

<sup>9</sup> DE BÚRCA, G., «Towards European Welfare?», *op. cit.*, pp. 1-9.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 1.

<sup>11</sup> BARNARD, C., «EC social policy», en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford; New York, 1999, p. 490.

<sup>12</sup> POIARES MADURO, M., «The double constitutional life of the Charter of Fundamental rights of the European Union», en HERVEY, T. y KENNER, J. (eds.), *Economic and Social rights under the EU Charter of Fundamental rights: a legal perspective*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 285.

<sup>13</sup> BARNARD, C., «EC social policy», *op. cit.*, p. 491.

<sup>14</sup> POIARES MADURO, M., «Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU», en ALSTON, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford; New York, 1999, p. 462.

y aquellas que promueven la protección social y la igualdad<sup>15</sup>. Ante este escenario, numerosas voces en el plano político y doctrinal reclaman la necesidad de fortalecer la «dimensión social» europea. En términos generales, los argumentos a favor de un posicionamiento más equilibrado de las políticas sociales en la Unión se pueden dividir en dos grupos. En primer lugar, el argumento fundamental se centra en las consecuencias de la aplicación de los criterios inherentes a la creación del mercado único europeo –relacionados con la eficiencia y la competición económica– en las regulaciones nacionales de carácter económico y social. Las presiones de desregulación producto de la integración económica habrían afectado directa e indirectamente a los estándares sociales propios de cada Estado miembro. Esta realidad unida a la escasez de políticas sociales europeas habría generado el llamado «déficit de *compensación*» en la UE, cuya superación implicaría la necesidad de aplicar criterios correctores de carácter político en la esfera económica de la Unión<sup>16</sup>. Un segundo grupo de argumentos pondría el acento en la necesidad de articular un marco regulador europeo en materia social como garantía frente a eventuales políticas nacionales excesivamente liberalizadoras que amenazasen la garantía de derechos sociales asentados<sup>17</sup>.

Asimismo, conviene señalar que aunque los mayores obstáculos para corregir el llamado «déficit social» europeo estén radicados en las propias lógicas constitucionales de la UE, estos no son, sin embargo, los únicos motivos que justificarían el grado de dificultad del proceso. Cuestiones como la diversidad de los tipos de «Estados del bienestar» en Europa, los grados divergentes de efectivo desarrollo económico o la heterogeneidad en las aspiraciones normativas y estructuras institucionales en los Estados miembros, entrañan un impedimento añadido para definir un único Estado del bienestar de carácter europeo. Esta constatación deriva de la premisa básica según la cual las dinámicas particulares de cada estado social encuentran su anclaje sustancialmente en variables domésticas de tipo constitucional, político, económico y cultural<sup>18</sup>. Diferentes «filosofías sociales»<sup>19</sup> explicarían la existencia de varias categorías o modelos de Estados del bienestar en Europa, articuladas a través de determinadas características institucionales análogas<sup>20</sup>. La doctrina coincide en identificar diferentes familias de bienestar o de Europa *la(s)* sociales<sup>21</sup> –básicamente, el modelo nórdico, anglosajón, continental y mediterráneo–. Asimismo, se ha subrayado que la divergencia entre los Estados miembros en la interpretación del contenido de los derechos sociales o

<sup>15</sup> Cfr. SCHARPF, F. W., «The European social model: coping with the challenges of diversity», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, n.4, 2002, pp. 645-670.

<sup>16</sup> POLARES MADURO, M., «Striking...», *op. cit.*, p. 464.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 464-466.

<sup>18</sup> KLEINMAN, M. P., *A European Welfare State?: European Union Social Policy in Context*, Palgrave, Basingstoke; New York, 2001, p. 74.

<sup>19</sup> SCHARPF, F. W., «The European social model...», *op. cit.*, p. 651.

<sup>20</sup> FERRERA, M., HEMERIJCK, A. y RHODES, M., *The future of Social Europe*, Celta Editora, Lisbon, 2000, pp. 25-53.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 25.

su diferente estatus constitucional como derechos fundamentales, podría ser otro factor explicativo del uso limitado que el TJUE ha hecho de los mismos para interpretar el contenido de las libertades básicas que articulan la construcción del mercado único<sup>22</sup>.

En definitiva, el escenario resultante desde este punto de vista es el de una gran variedad, tanto *cualitativa* (lógicas constitucionales que dan cobertura normativa a los derechos sociales; prestaciones públicas; solidaridad financiera territorial), como *cuantitativamente* (alto número de «Estados sociales» en Europa). Así, a pesar de que los Estados del bienestar tengan actualmente que confrontar similares retos financieros y demográficos, las respuestas políticas de los Estados miembros variarían inevitablemente debido a la heterogeneidad existente entre los sistemas<sup>23</sup>.

En síntesis, es evidente que las dinámicas inherentes a la construcción de un mercado único han hecho imposible que la agenda de la UE soslaye las cuestiones sociales, cuya regulación se ha concebido primordialmente en términos *indirectos*, es decir, en función de las necesidades del proyecto económico<sup>24</sup>. En particular, su regulación ha estado frecuentemente ligada a la política de eliminación de distorsiones en la competencia, o bien, como garantía de una determinada esfera o nivel de protección de los Estados miembros<sup>25</sup>.

No obstante, hay que precisar que la conceptualización de las áreas económicas y sociales como esferas nítidamente separadas en el proyecto comunitario se ubicarían temporalmente en las primeras fases de su desarrollo. La existencia, a partir de la Segunda Guerra Mundial, de un lenguaje constitucional común en la mayoría de los Estados europeos con respecto al compromiso del poder público en la satisfacción efectiva de la igualdad, fue un factor decisivo para que la jurisprudencia del TJUE y la legislación comunitaria introdujeran progresivamente criterios interpretativos y parámetros que tendrían como efecto elevar el estatus legal de las disposiciones sociales en la UE.

Un ejemplo de este proceso de construcción social *en positivo* está representado por la evolución del «principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo» (art. 119, Tratado de Roma). La finalidad original de este precepto se circunscribía a la corrección o eliminación de posibles desigualdades que pudieran afectar a la libre competencia. Sin embargo, veinte años después, el TJUE reconoció a este principio como derecho fundamental que cumplía tanto objetivos sociales como

<sup>22</sup> POIARES MADURO, M., «Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU», p. 471.

<sup>23</sup> ESPING-ANDERSEN, G., «Towards the Good Society, once again?», en ESPING-ANDERSEN, G. (ed.), *Why we need a New Welfare State*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2002, p. 13.

<sup>24</sup> LEIBFRIED, S. y PIERSON, P., «Semisovereign...», *op. cit.*, p. 44; POIARES MADURO, M., «Striking...», *op. cit.*, pp. 449-472.

<sup>25</sup> POIARES MADURO, M., «The double constitutional...», *op. cit.*, p. 285.

económicos en la CE<sup>26</sup>. Asimismo, la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo, condujo a la aplicación horizontal del principio de no discriminación en la retribución<sup>27</sup>. Con posterioridad y tomando como base jurídica el artículo 13 del TCE, a través del cual el Tratado de Ámsterdam introdujo una concepción de la discriminación mucho más amplia<sup>28</sup>, se han ido aprobando progresivamente determinadas Directivas que han creado lo que se ha venido a denominar el «cuerpo normativo de la UE contra la discriminación»<sup>29</sup>.

### III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOCIALES EN LA UE<sup>30</sup>

La cuestión de la distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros se ha situado en numerosas ocasiones en el centro del debate político debido principalmente a la falta de claridad y precisión de la que adolece su diseño y definición constitucional. Con el objeto de tratar estos temas, las Declaraciones de las reuniones del Consejo Europeo de Niza (2000) y de Laeken (2001) sobre «El futuro de la Unión Europea» encomendaron a la Convención Europea, encargada de elaborar el texto del proyecto del Tratado por el que se instituyó el Tratado Constitucional para Europa, el análisis de estas cuestiones<sup>31</sup>.

Como es bien sabido, los resultados negativos de los referéndum acerca del Tratado Constitucional llevados a cabo en Francia y Holanda en 2005 abocaron al proceso de reforma de los Tratados de la Unión a un período de

<sup>26</sup> Sentencia del TJUE (en adelante, STJ), de 8.4.1976, as. *Defrenne n.2* (C-43/75).

<sup>27</sup> POIARES MADURO, M., «Striking...», *op. cit.*, p. 455.

<sup>28</sup> Actual redacción en el TFUE (art. 19, *ex art.* 13 TCE): «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

<sup>29</sup> Para un análisis detallado de la cuestión, *vid.* DE WITTE, B., «From a “Common Principle of Equality” to “European Antidiscrimination Law”», *American Behavioral Scientist*, 53 (12), 2010, pp. 1715-1730.

<sup>30</sup> El significado de «competencia social» que se va a manejar en este apartado se identifica con una noción amplia del término, al no identificarse exclusivamente con las instituciones y las relaciones propias de la esfera laboral, sino que tiende a integrar a todas las competencias que implican a la función y responsabilidad del poder público en la protección y promoción del bienestar económico y social (salud pública, la educación y formación profesional, la protección del consumidor, etc.). Este sentido coincide con el significado del término manejado por la Convención Europea que elaboró el texto del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en particular con el Grupo de Trabajo (número XI) sobre la Europa Social.

<sup>31</sup> El texto definitivo del Proyecto del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa fue presentado por el Presidente de la Convención Europea, Valéry Giscard d'Estaing, al Consejo Europeo reunido en Roma el 18 de julio de 2003, CONV 850/03, de 18.7.2003.

reflexión de dos años. El Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 decidió convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG) encargada de terminar y adoptar un nuevo «Tratado de Reforma» para la UE. Este Tratado modificaría los Tratados de la UE y de la CE introduciendo las innovaciones derivadas de los trabajos de la Convención Europea y de la CIG celebrada en junio de 2004. Dicho mandato recogía en esencia las reformas institucionales más importantes acordadas en 2004, pero, entre otras cuestiones, implicaba el abandono del «concepto constitucional» del fallido intento de reforma planteada con anterioridad<sup>32</sup>.

Como resultado de los trabajos de la CIG (23 y 24 de julio 2007), el nuevo Tratado fue presentado en la cumbre del 18 de octubre en la ciudad de Lisboa y fue firmado el 13 de diciembre del 2007. En noviembre del 2009 finalizó el proceso de ratificación, permitiendo con ello la entrada en vigor del texto el 1 de diciembre de 2009. En coherencia con el mecanismo de modificación «clásica» que se aplica, el Tratado de Lisboa no está destinado a ser leído como un texto autónomo, sino que incorpora una serie de enmiendas al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), que pasa a denominarse «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (TFUE).

Con respecto al esquema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros que el TFUE prevé en el ámbito social, hay que destacar que no se producen cambios formales o sustantivos con respecto al modelo que incorporaba el Tratado constitucional para Europa, fruto de los acuerdos del CIG del 2004. Este, a su vez, no conllevó ningún tipo de reforma sustantiva del equilibrio de poderes existente hasta entonces en materia social en la Comunidad Europea. Sí implicó, sin embargo, una reforma relevante de tipo *formal* al crear un sistema de categorías competenciales con arreglo al cual se clasificaban los ámbitos de actuación de la Unión, en consonancia con los objetivos planteados relativos a la mejora de la claridad y de la transparencia en la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno. Representó, en suma, una traducción en términos sistemáticos y clarificadores del *status quo* existente en la distribución de poderes sociales entre los Estados miembros y la UE. La única excepción a esta regla general estuvo en un aspecto específico de la política de sanidad que, ya en el texto del Tratado constitucional para Europa, dejó de ser una «competencia complementaria» para pasar a constituir una «competencia compartida». En concreto, «los aspectos comunes de seguridad en materia de salud pública» se incluyeron en la lista de materias compartidas, con lo cual pasaba a ser objeto de una regulación preferente por parte de la Unión (art. 4.2. k) TFUE). No obstante, se considera que incluso tal cambio vino a simbolizar una cristalización de un proceso ya existente, más que una reforma del equilibrio de poderes en sanidad fraguada en las negociaciones del Texto del Tratado en 2004<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Consejo Europeo, 11177/1/07 REV 1.

<sup>33</sup> DE BÚRCA, G. y DE WITTE, B., «The delimitation of Powers between the European Union and its Member States», en ARNULL, A. y WINCOTT, D. (eds.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2003, p. 212.

Así, en el marco de este *iter* de reformas, el TFUE clasifica en el Título I («Categorías y ámbitos de competencia de la Unión») los poderes de la UE de acuerdo a una determinada tipología<sup>34</sup>. Bajo la categoría de la *competencia compartida* (art. 4 TFUE), se encuentran incluidos los siguientes ámbitos vinculados a la esfera social: «política social», «cohesión económica, social y territorial», «protección de los consumidores», así como «los aspectos comunes de seguridad en materia de salud pública». Por su parte, el artículo 5 TFUE reconoce la competencia de la Unión para tomar medidas a favor de la *coordinación* de las *políticas de empleo*, así como la facultad para llevar a cabo iniciativas que garanticen la coordinación de las *políticas sociales* de los Estados miembros. Por último, las materias sociales se incluyen en la lista del artículo 6 TFUE que especifica los *ámbitos de la acción de apoyo, coordinación o complemento* e incluye, entre otras materias, «la protección y mejora de la salud humana», la «educación, formación profesional, juventud y deporte» y «cultura».

El artículo 2 TFUE delimita los principios que van a informar el ejercicio de las facultades de cada categoría competencial. De acuerdo a la técnica clásica de distribución federal de poderes, en los ámbitos correspondientes a las *competencias compartidas*, los Estados miembros podrán ejercer su competencia en la medida en que la Unión no hubiera ejercido la suya o hubiera decidido dejar de ejercerla. Asimismo, la Unión y los Estados miembros tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito (art. 2.2 TFUE).

En los *ámbitos de apoyo, coordinación o complemento*, la facultad para adoptar disposiciones legislativas corresponde a los Estados miembros y la intervención de la Unión Europea no podrá tener como efecto la exclusión de la intervención de estos. En este sentido, los actos jurídicamente vinculantes adoptados por la Unión en virtud de las disposiciones específicas en estos ámbitos no podrán conllevar la armonización de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros (art. 2.5. TFUE).

En lo relativo a la clasificación de competencias en general, y a lo concerniente al ámbito social, en particular, el Tratado de Lisboa ha asumido de forma íntegra el modelo creado por el fallido Tratado Constitucional para Europa. El Tratado de Lisboa incorpora algunas modificaciones menores a este modelo precedente con el objetivo de profundizar aun más en la claridad técnica de la división de competencias. En este sentido, con relación a las competencias compartidas, el Tratado de Lisboa añade un inciso cuyo fin es precisar que los Estados miembros podrán ejercer *de nuevo* su competencia en la medida en que la Unión hubiera decidido dejar de ejercer la suya (art. 2.2). En los «ámbitos de apoyo, coordinación o complemento», se subraya asimismo que las materias objeto de esta categoría siguen perteneciendo a la competencia de los Estados miembros (art. 6)<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> «Competencias exclusivas», «competencias compartidas» y «competencias de apoyo, coordinación y complemento», artículos 2-6 TFUE.

<sup>35</sup> Las reformas mencionadas del TFUE con respecto al texto del Tratado Constitucional son las siguientes (en cursiva): «*Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en*

#### IV. CASO DE ESTUDIO: MOVILIDAD DE PACIENTES EN LA UE

##### A) Concepto

La competencia en sanidad pertenece de forma exclusiva a los Estados miembros. El artículo 168.7 TFUE (*ex art.* 152.5 TCE) establece que es responsabilidad de los Estados la definición de su política de salud, así como la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. La excepción a esta regla está en la materia de salud pública que, a grandes rasgos, se identifica por su enfoque en la promoción y protección de la salud de forma *colectiva* y, por tanto, diferenciada de la sanidad en sentido estricto, entendida como gestión *individual* de la misma<sup>36</sup>. Al igual que el antiguo artículo 152 TCE, los apartados del artículo 168 TFUE desarrollan la responsabilidad complementaria de la Unión para mejorar, coordinar y fomentar la salud humana en muchas de sus manifestaciones. La garantía de un alto nivel de protección humana se articula, además, como un objetivo que debe estar presente de forma transversal en todas las políticas y acciones de la Unión (art. 168.1 TFUE). Asimismo, en coherencia con la ya mencionada modificación que introduce el Tratado de Lisboa relativa a los riesgos comunes de seguridad en la salud pública (art. 4.2.k) TFUE), que pasa a ser una materia compartida y, por tanto, potencial objeto de medidas armonizadoras, el apartado 4 del artículo 168 TFUE establece que la UE podrá adoptar medidas legislativas para hacer frente a problemas comunes de seguridad en diferentes áreas que se detallan en el mismo precepto.

A pesar de que la UE carece de competencias en materia de sanidad, es evidente que las medidas adoptadas en el área de la salud pública han incidido directamente en las regulaciones y políticas de sanidad de los Estados miembros<sup>37</sup>. De la misma forma, tanto la jurisprudencia del TJUE como la legislación y política económica y social de la UE, han incidido sustancialmente en la regulación de la sanidad de los Estados miembros. La construcción del mercado único a través de la libre circulación, el derecho de la competencia y el derecho laboral son materias que, entre otras, han modulado la regulación de la sanidad<sup>38</sup>. Por tanto, se puede considerar que a pesar de que técnicamente el área de sanidad esté restringida a los ámbitos decisorios estatales, *de facto* resulta ser una competencia *compartida*<sup>39</sup>.

*la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya»* (art. 2.2); «La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar *la acción de los Estados miembros»* (art. 6).

<sup>36</sup> HERVEY, T. y MCHALE, J. V., *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 6-27.

<sup>37</sup> Para una relación de programas concretos en salud pública, *vid.* HERVEY, T. y VANHERCKE, B., «Health care and the EU: law and policy patchwork», en MOSSIALOS, E. *et alii* (eds.), *Health systems Governance in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 87-92.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 92 y ss.

El resultado en el campo de la sanidad de la UE es el de una regulación fragmentada, justificada por el origen dispar y heterogéneo de los impulsos normativos que recaen en esta área desde ámbitos en los que la UE goza de competencias normativas. Esta regulación «en parches» en la sanidad de la UE vendría a ser, por tanto, una concreción de los perfiles análogos que de forma general caracterizan al Derecho *social* de la UE.

El objeto de estudio que sigue a continuación es el relativo a la movilidad transfronteriza de pacientes en la UE. El análisis no tiene como fin reproducir exhaustivamente las características normativas que definen esta cuestión, sino, más bien, describir el marco general jurisprudencial, normativo y político que caracteriza esta cuestión como ejemplo óptimo de las dinámicas preponderantes en la «construcción social» de la UE.

En concreto, la movilidad de los pacientes en la Unión representa un caso muy interesante de la interacción y «diálogo» en la UE entre, por una parte, una materia social de los Estados miembros (sanidad) y, por otra parte, la aplicación de la libre circulación de personas y servicios en el mercado interior de la UE. La evolución normativa y jurisprudencial, culminada en la reciente aprobación de la Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>40</sup>, reflejaría el patrón predominante en la construcción «social» de la Unión, donde la «integración positiva» (a través de la aprobación de regulaciones jurídicas) sería reactiva a la «asimetría constitucional»<sup>41</sup> creada por la preponderancia de una primera fase de intensa «integración negativa» (aplicación jurisprudencial de las libertades del mercado).

En la libertad de circulación de los servicios sanitarios en la UE se pueden distinguir tres aspectos diferentes<sup>42</sup>: la libre circulación del sujeto prestador del servicio (los profesionales de la salud), la libre circulación del servicio sanitario en sí mismo (el tratamiento médico) y, por último, la libre circulación del destinatario del servicio. En el contexto de este último se desarrolla el análisis que sigue.

Con el fin de definir las coordenadas conceptuales de este tema, se debe partir de la constatación de dos premisas elementales: (a) la discusión se centra básicamente en el alcance de la facultad que tienen los ciudadanos para recibir asistencia médica fuera del Estado miembro de residencia; (b) corresponde a los Estados miembros la organización y prestación de sus servicios sanitarios (art. 168.7 TFUE, *ex art.* 152.5 TCE), así como la organización de sus sistemas de seguridad social<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Directiva 2011/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 9.3.2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

<sup>41</sup> Cfr. SCHARPF, F. W., «The European social model...», *op. cit.*

<sup>42</sup> HERVEY, T. y TRUBEK, L., «Freedom to provide health care services within the EU: an opportunity for a transformative directive», 13 *Colum. J.Eur. L.*, 623, 2006-2007, p. 629.

<sup>43</sup> STJ, de 7.2.1984, as. *Duphar* (C-238/82), apartado 16; STJ, de 17.6.1997, as. *Sodemare* (C-70/95), apartado 27; STJ, de 28.4.1998, as. *Decker v. Caisse de Maladie des Employés Privés* (C-120/95), apartado 21.

Desde la fundación de la Comunidad Europea, el principal marco legislativo regulador del derecho a recibir asistencia médica en otro Estado miembro ha estado constituido por el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14.6.1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, sustituido en la actualidad por el Reglamento (CE) 883/2004, en vigor desde el 1 de mayo de 2010<sup>44</sup>. Con el objetivo de permitir la libre circulación de trabajadores (art. 48 TFUE, *ex* art. 42 TCE), regulan la coordinación de los esquemas de seguridad social nacionales para los casos de desplazamiento por razones de trabajo, estudios o turismo. A grandes rasgos, los tratamientos médicos planificados (hospitalarios o no) en otros Estados, requieren a través de esta vía la autorización previa del «Estado miembro de afiliación», que asumirá posteriormente los gastos médicos generados en el «Estado miembro de tratamiento»<sup>45</sup>.

El TJUE ha desarrollado un papel muy importante a la hora de delimitar los términos que definen los derechos de los pacientes a través de esta vía de coordinación<sup>46</sup>. Más recientemente, a través de la resolución de cuestiones prejudiciales que giraban en torno a la denegación de autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro, el TJUE ha elaborado una vía alternativa para acceder a la atención sanitaria transfronteriza basada en la aplicación directa de la libre circulación de servicios del TCE<sup>47</sup>. En concreto, el TJUE ha interpretado que las actividades médicas están garantizadas por la libertad fundamental de prestación de servicios (arts. 56 y 57 TFUE, *ex* 49 y 50 TCE)<sup>48</sup>, de forma que las personas que necesiten recibir asistencia médica pueden desplazarse a otro Estado miembro con este fin y podrán ser reembolsadas por el Estado de afiliación hasta el nivel que se habría asumido de haberse prestado en él la misma asistencia sanitaria. Las condiciones de las que el Estado de afiliación haga depender el reembolso de la prestación médica deberán fundarse *grosso modo* en una justificación objetiva, en coherencia con la lógica de prohibición de restricciones a la libertad de prestación de servicios del Tratado.

El TJUE ha establecido así a través de una densa jurisprudencia los princi-

<sup>44</sup> En concreto, se trata del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29.4.2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificado por el Reglamento (CE) 988/2009. Ambos reglamentos entraron en vigor el 1 de mayo de 2010. Los dos textos forman, junto con el Reglamento (CE) 987/2009 (reglamento de aplicación), de 16.9.2009, el paquete legislativo que establece la «coordinación modernizada de los regímenes de seguridad social».

<sup>45</sup> Los conceptos de «Estado miembro de afiliación» y de «Estado miembro de tratamiento» están definidos en el artículo 3 de la Directiva 2011/24/UE.

<sup>46</sup> Por ejemplo, en la STJ, de 31.5.1979, as. *Pierik II* (C-182/78).

<sup>47</sup> STJ, de 28.4.1998, as. *Decker v. Caisse de Maladie des Employés Privés* (C-120/95); STJ, de 28.4.1998, as. *Kohll v. Union des Caisses de Maladie* (C-158/96).

<sup>48</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartado 55; STJ, de 13.5.2003, as. *Müller-Fauré* (C-385/99), apartado 103; STJ, de 6.5.2006, as. *Watts* (C-372/04), apartado 89.

pios interpretativos que, derivados de la libertad de prestación de servicios, rigen tanto la vía alternativa de atención sanitaria transfronteriza legitimada por el efecto directo del TCE y creada por el Tribunal, como la vía «clásica» de coordinación de los sistemas de seguridad social.

La existencia de dos sistemas diferentes, así como el origen jurisprudencial y casuístico de la mayoría de los principios interpretativos que los rigen, han afectado sin duda a la claridad el sistema. La Directiva recientemente aprobada relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, responde a necesidades evidentes de seguridad jurídica a través de una articulación normativa y armonizadora de la cuestión.

Sin embargo, las razones de mejora de la claridad y técnica jurídica no eran las únicas que subyacían a la necesidad de la Directiva. Un efecto evidente que ha tenido la jurisprudencia del TJUE al interpretar la legislación y los preceptos del TCE con relación a la movilidad sanitaria transfronteriza, ha sido el del reducir el margen de discrecionalidad de los Estados para denegar la autorización previa de la que depende la asunción de gastos derivados de la asistencia hospitalaria prestada en otro Estado miembro. En este sentido, el protagonismo de la jurisprudencia del TJUE ha evidenciado en este ámbito la preponderancia de la «integración negativa» (referida a la creación de un mercado único de sanidad a través aplicación jurisdiccional de las libertades básicas), respecto a la «integración positiva» (a través de la adopción de medidas legislativas). Es evidente el mayor grado de dificultad que, en general, implica la integración positiva debido al alto nivel de consenso político que requiere (art. 294 TFUE) y, en particular, en un área social como la sanidad, tan estrechamente vinculada a parámetros domésticos de redistribución financiera y legales. La exclusión de la materia de atención sanitaria de la Directiva de Servicios, después de meses de agitado debate, es una muestra clara de tales obstáculos.

La idea de «asimetría» en el uso de estas dos vías de integración es aplicable también, en términos más concretos, a la diferente conceptualización que recibe el derecho a la atención sanitaria en el nivel europeo y estatal. Mientras que el derecho a la sanidad en los Estados miembros está asociado a una construcción «positiva», como derecho a recibir una determinada prestación estatal, derivado de compromisos constitucionales con la igualdad sustantiva, la solidaridad y redistribución financiera, por su parte, el derecho a la atención sanitaria transfronteriza en la UE, aunque también genera el derecho al reembolso del servicio médico a cargo del Estado de afiliación, se fundamentaría, sin embargo, en una noción «negativa» del derecho por parte del TJUE, entendido como garantía individual de la libertad en la prestación de servicios<sup>49</sup>. La aplicación de esta lógica ha fortalecido normativamente la facultad de movilidad de los ciudadanos para recibir asistencia sanitaria transfronteriza y ha conllevado, consecuentemente, la

<sup>49</sup> PALM, W. y GLINOS, I. A., «Enabling patient mobility in the EU: between free movement and coordination», *op. cit.*, p. 512.

retracción del margen que tienen los Estados para denegar la asunción de los gastos por la asistencia médica recibida en otro país. Desde este punto de vista, la aprobación de la Directiva responde, no sólo a la necesidad de seguridad jurídica, sino también al interés de los Estados miembros en «participar» en la delimitación de los términos en los que la movilidad transfronteriza se va a enmarcar, sobre todo en lo que se refiere a la autorización y al reembolso de la asistencia médica, que hasta este momento había sido definida fundamentalmente en términos jurisprudenciales.

En definitiva, es en este contexto en el que se ubica la «tensión» existente entre los derechos de movilidad de los pacientes y la dependencia de los sistemas sanitarios nacionales de criterios como la solidaridad territorial y sostenibilidad financiera<sup>50</sup>. No se trata de una mera tensión retórica. Como se verá más adelante, los puntos de fricción en la creación de la Directiva sobre la asistencia sanitaria transfronteriza revelan diferentes posicionamientos y conflictos de prioridades entre los órganos legislativos de la UE en el ámbito de la movilidad transfronteriza: mientras que los Estados miembros concentran sus esfuerzos en proteger la capacidad de control sobre sus respectivos sistemas sanitarios, la Comisión, por su propia naturaleza, va a promover los derechos individuales derivados del Tratado<sup>51</sup>.

## **B) Cuerpo jurisprudencial del TJUE sobre la movilidad de pacientes transfronteriza en la UE**

A continuación se van a exponer de forma resumida los criterios interpretativos más relevantes que ha desarrollado el TJUE respecto a la vía de coordinación de los sistemas de seguridad social y acerca de la libertad de prestación de servicios del TFUE (arts. 56 y 57 TFUE) en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza.

Como se ha mencionado con anterioridad, el principal marco regulador del derecho a recibir asistencia médica en otro Estado miembro está constituido por el Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social (CE) 883/2004, en vigor desde el 1 de mayo de 2010. En 2003 se extendió el ámbito subjetivo del anterior Reglamento (1408/71), para incluir a los ciudadanos de terceros países pero afiliados a un sistema de seguridad social en la UE<sup>52</sup>. El Reglamento (CE) 883/2004 regula las prestaciones de enfer-

<sup>50</sup> HERVEY, T. y TRUBEK, L., «Freedom to provide health care services within the EU: an opportunity for a transformative directive», *op. cit.*, p. 628.

<sup>51</sup> Existen, sin embargo, diferentes posiciones entre las diferentes Direcciones Generales en la Comisión implicadas en esta materia, *vid.* PALM, W. y GLINOS, I. A., «Enabling patient mobility in the EU: between free movement and coordination», *op. cit.*, pp. 513-514.

<sup>52</sup> Reglamento (CE) 859/2003 del Consejo, de 14.5.2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

medad, de invalidez, de maternidad para las personas aseguradas y miembros de sus familias.

Dos son los supuestos básicos que hay que tener en cuenta en la movilidad sanitaria transfronteriza a la luz de la vía de la coordinación de los sistemas de seguridad social: **(a)** aquella asistencia sanitaria «ocasional», que se haya hecho necesaria durante la estancia temporal en otro Estado miembro (art. 19.1 del Reglamento) y **(b)** los desplazamientos cuyo objeto específico sea recibir prestaciones médicas en otro Estado miembro (art. 20 del Reglamento).

**(a)** Con respecto al primer supuesto, el artículo 19 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que la persona asegurada tendrá derecho durante su estancia a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de visto médico, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia<sup>53</sup>. En este contexto concreto de prestaciones sanitarias durante estancias temporales, es en el que se sitúa la certificación sanitaria E-111, sustituida por la «Tarjeta Sanitaria Europea» desde el 1 de mayo de 2004.

**(b)** El segundo supuesto ha sido objeto de numerosas decisiones del TJUE y será el que centre la atención de nuestro análisis: en este caso, la persona asegurada pretende desplazarse a otro Estado miembro para recibir un tratamiento adecuado a su salud.

Si esta persona recibe la autorización por la institución competente del Estado de afiliación, tendrá derecho a las prestaciones en especie facilitadas por la institución del lugar de tratamiento, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si estuviera asegurada en virtud de dicha legislación (art. 20.2 del Reglamento 883/2004)<sup>54</sup>. En este caso, los gastos de esta asistencia son asumidos por el Estado competente, de forma que la persona que recibe el tratamiento médico a través de esta vía no debe ni efectuar, ni anticipar el pago de la prestación médica recibida. Tal y como ha afirmado el TJUE en numerosas ocasiones, la ruta de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social permite a los ciudadanos disfrutar de unos derechos y ventajas de los que carecerían sin la misma, puesto que el Estado competente no podría garantizar, por sí mismo, el derecho de un ciudadano a recibir asistencia médica de acuerdo a la legislación del Estado en el que se encuentre<sup>55</sup>.

El punto más conflictivo de esta regulación ha girado en torno a la interpretación del margen y de los criterios de la autorización del Estado competente, de la cual depende la activación de los derechos a la prestación sanitaria.

<sup>53</sup> El Reglamento (CE) 631/2004 del Consejo y del Parlamento, reformando el artículo 22.1.a) del Reglamento 1408/71, suprimió el requisito de la emergencia en la necesidad de tratamiento médico.

<sup>54</sup> Que se corresponde con el *ex* artículo 22.1.c) Reglamento 1408/71.

<sup>55</sup> STJ, de 23.10.2003, as. *Inizan v. Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine* (C-56/01), apartado 22.

ria a través de esta vía. El Reglamento reconoce un amplio margen de discrecionalidad a los Estados, ya que únicamente establece las dos condiciones que, de concurrir en el supuesto de hecho dado, deberán conducir a la autorización del tratamiento en otro Estado miembro. Se trataría, por tanto, de una regulación mínima, de límites, al establecer únicamente cuándo *no* se podrá denegar la autorización: se trataría de aquella situación en la que el tratamiento formara parte de las prestaciones médicas del Estado de afiliación, pero no pudiera ofrecerse en un plazo justificable desde un punto de vista médico:

*«La autorización deberá ser concedida cuando (1) el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado y (2) cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico»* (art. 20.2, Reglamento [CE] 883/2004).

Según T. HERVEY, este precepto podría también interpretarse como una «tercera modalidad» para acceder al tratamiento médico transfronterizo, de forma que un paciente tendrá derecho a recibir el tratamiento cuando concurren esas dos circunstancias (prestación y plazo)<sup>56</sup>.

Hay que añadir asimismo que esta ruta vendría a configurar una especie de «red de seguridad mínima»<sup>57</sup>, para garantizar a los ciudadanos la libertad de movimiento, ya que el Reglamento 1408/71 no es óbice, según el TJUE, para que cada Estado miembro competente amplíe los beneficios y reembolse el tratamiento médico según sus propias normativas, en el caso de que éstas sean más beneficiosas para el asegurado que las del Estado de tratamiento<sup>58</sup>.

Además de desarrollar los mencionados principios generales que informan el funcionamiento de la vía de coordinación de la seguridad social, el TJUE ha creado una canalización normativa alternativa para la movilidad sanitaria transfronteriza basada en la aplicación directa de la libertad de prestación de servicios. Las características fundamentales de esta vía son objeto del análisis que sigue a continuación.

La base jurídica de la vía creada por el TJUE al margen de la coordinación de los sistemas de seguridad social es la libertad fundamental de prestación de servicios (arts. 56 y 57 TFUE, *ex* arts. 49 y 50 TCE), que también rige la interpretación de las reglas coordinadoras de la seguridad social<sup>59</sup>. Los rasgos esenciales de la nueva vía radican en el reconocimiento del derecho a

<sup>56</sup> HERVEY, T., «The current Legal Framework on the right to seek health care abroad in the EU», 9 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 261, 2006-2007, p. 264.

<sup>57</sup> PALM, W. y GLINOS, I. A., «Enabling patient...», *op. cit.*, 2010, p. 515.

<sup>58</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Vanbraekel* (C-368/98), apartado 36.

<sup>59</sup> STJ, de 28.4.1998, as. *Kohll* (C-158/96), apartado 21; STJ, de 23.10.2003, as. *Imizan* (C-56/01), apartado 19; STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartado 53.

recibir asistencia médica en otro Estado miembro, así como el derecho al reembolso por el Estado de afiliación hasta el nivel que se habría asumido de haberse prestado en él la misma asistencia sanitaria. A través de esta lógica de reembolso se pretende respetar la responsabilidad de los Estados miembros en la determinación del alcance de la cobertura por enfermedad disponible para sus ciudadanos, evitando al mismo tiempo todo impacto relevante en la financiación de los sistemas nacionales de salud<sup>60</sup>. Es decir, el pago de los servicios médicos recibidos los realiza en un primer lugar el paciente, que será reembolsado con posterioridad por su Estado de afiliación según los criterios del mismo –y no de acuerdo a los criterios del país de tratamiento, como se prevé en la vía de coordinación de sistemas de seguridad social–.

Según el TJUE, los ciudadanos no pueden alegar el artículo 56 TFUE para solicitar el reembolso de un servicio que no estuviera incluido entre las prestaciones establecidas por la legislación del Estado de origen, siempre que esa lista se hubiera establecido a través de criterios objetivos<sup>61</sup>. Asimismo, en el supuesto de que el Estado competente requiriese autorización previa para el reembolso de los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza, el TJUE ha sostenido que, para casos de tratamientos no hospitalarios, la autorización no estaría justificada, ya que entrañaría una restricción indebida de la libertad de prestación de servicios<sup>62</sup>, mientras que para los tratamientos hospitalarios los Estados podrían pedir autorización previa.

El cuerpo doctrinal del TJUE resulta especialmente relevante en el análisis relativo a las condiciones que deben reunir las autorizaciones previas.

Partiendo de una concepción de la autorización previa en ambas vías como una barrera a la libertad de prestación de servicios médicos, el TJUE analiza si, en cada caso, existen «razones imperiosas de interés general relacionadas con la salud pública» que justifiquen la excepción a esta libertad fundamental (art. 52 TFUE, con relación a los arts. 49 y 56 TFUE). Se trata de un ejemplo claro del papel del Tribunal en la definición del grado de corrección que razones ligadas al interés público deben ejercer sobre la dinámica desreguladora que implica la aplicación del principio fundamental de la libre circulación de servicios en el mercado interno. La afinidad en la conceptualización de la autorización previa para ambas vías, explica que los criterios que informan la interpretación jurisprudencial de la autorización previa en la vía de la coordinación sean prácticamente similares a los aplica-

<sup>60</sup> Directiva 2011/24/UE, Exposición de motivos, apartado 29.

<sup>61</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartados 89-97; Directiva 2011/24/UE, Exposición de motivos, apartado 33.

<sup>62</sup> En los asuntos ya mencionados *Kohll v. Union des Caisses de Maladie* (C-158/96) y *Decker v. Caisse de Maladie des Employés Privés* (C-120/95), ambos concernientes a tratamientos no hospitalarios, la autorización no se consideró justificada por el TJE al no afectar a la financiación del sistema de seguridad social (as. *Decker*, apartado 40; as. *Kohll*, apartado 42), ni al objetivo de mantenimiento de un servicio médico igualitario y abierto a todos (as. *Kohll*, apartados 50-52).

dos por el TJUE a las posibles autorizaciones existentes en la vía «alternativa»<sup>63</sup>.

El Tribunal de Justicia ha afirmado a través de jurisprudencia asentada que ni el carácter especial, ni el modo en el que esté organizado o financiado cualquier tipo de asistencia sanitaria lo excluye del ámbito del principio fundamental de la libre prestación de servicios<sup>64</sup>. No obstante, con arreglo al artículo 52 TFUE, el TJUE ha afirmado que «razones imperiosas de interés general relacionadas con la salud pública» pueden justificar que el Estado miembro de afiliación limite el reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones vinculadas a la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria prestada. Tales razones cualificadas se han identificado en casos concretos con necesidades de planificación relacionadas con el objeto 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, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos. El TJUE ha sostenido que el objetivo de mantener, por razones de salud pública, un servicio sanitario equilibrado abierto a todos puede asimismo corresponder a una de las excepciones previstas en el artículo 52 del TFUE, en la medida en que contribuye a lograr un alto nivel de protección de la salud<sup>65</sup>. Asimismo, el sistema administrativo de autorización previa debe limitarse a establecer aquellos criterios que sean necesarios y proporcionados al objetivo de evitar un potencial impacto agravado en el sistema sanitario<sup>66</sup>. De la misma manera, el sistema nacional de autorización, cuyas resoluciones han de ser recurribles, debe incorporar criterios objetivos, no discriminatorios y disponibles con anterioridad<sup>67</sup>.

El TJUE, de acuerdo con el contenido del artículo 20.2 del Reglamento 883/2004, ha establecido en varias ocasiones que la autorización previa no podrá ser denegada cuando el tratamiento solicitado forme parte de las prestaciones médicas del Estado de afiliación, pero no pueda prestarse en un plazo justificable desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta el estado de salud del paciente y la evolución probable del mismo<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartado 104; STJ, de 23.10.2003, as. *Inizan* (C-56/01), apartado 46; STJ, de 6.5.2006, as. *Watts* (C-372/04), apartado 60.

<sup>64</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartado 53; STJ, de 6.5.2006, as. *Watts* (C-372/04), apartado 89.

<sup>65</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartados 76-78; STJ, de 13.5.2003, as. *Müller-Fauré* (C-385/99), apartados 77-82; STJ, de 6.5.2006, as. *Watts* (C-372/04), apartados 108-12.

<sup>66</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartados 75 y 82; Directiva 2011/24/UE, artículo 9.1.

<sup>67</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartado 90; Directiva 2011/24/UE, artículos 9.2 y 9.3.

<sup>68</sup> STJ, de 12.7.2001, as. *Geraets-Smits y Peerbooms* (C-157/99), apartado 103; STJ, de 6.5.2006, as. *Watts* (C-372/04), apartado 61; Directiva 2011/24/UE, Exposición de motivos, apartado 31.

Específicamente, el sentido de la idea del plazo o retraso no justificable no se vincula a un enfoque institucional o defensor de las necesidades del sistema sanitario, sino que claramente pone el énfasis en las necesidades del paciente<sup>69</sup>. De conformidad con este punto de vista, el TJUE aclaró, en el Asunto *Watts*, que la autoridad británica competente para resolver la solicitud de autorización previa no podría basar la denegación de la autorización únicamente en la existencia de listas de espera para el tratamiento en cuestión. En el curso del proceso, el Gobierno británico manifestó su desacuerdo con la interpretación centrada en las necesidades del paciente, aduciendo que este enfoque podría socavar la capacidad de las autoridades nacionales para gestionar el sistema a través de las listas de espera<sup>70</sup>. Sin embargo, el TJUE rechazó estos argumentos, considerando que la gestión doméstica de las listas de espera no resulta incompatible con su interpretación jurisprudencial del «plazo justificable», siempre y cuando el sistema de listas de espera permita tener en cuenta las necesidades clínicas y las condiciones de urgencia en cada caso<sup>71</sup>. En particular, el Tribunal resolvió que únicamente si el tiempo de espera no excedía el período aceptable según las necesidades clínicas de la persona en cuestión, valoradas a la luz de un examen médico objetivo en el momento de solicitar la autorización, podría denegarse la autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro<sup>72</sup>.

Asimismo, como ya se ha mencionado, a la luz de los artículos 56 y 57 TFUE, el TJUE ha desarrollado un cuerpo jurisprudencial acerca de los principios que deben guiar la interpretación del artículo 20.2 del Reglamento coordinador de los sistemas de seguridad social, muchos de los cuales han sido incluidos en la Exposición de motivos de la Directiva de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Entre estos principios, se puede destacar que, en el caso de que se hubiera denegado la autorización previa del artículo 20.2 por motivos que posteriormente se consideraron infundados, el paciente tendría derecho a la autorización íntegra con arreglo a las disposiciones del Estado de tratamiento<sup>73</sup>.

Se ha observado que el sistema de coordinación de seguridad social supone ciertas «ventajas» con respecto a este sistema basado en el Tratado y creado por el Tribunal –entre ellas, que el paciente no tendría que adelantar el pago al Estado de tratamiento–, pero en contraposición presentaría más inconvenientes como la rigidez, lo que ha generado una especie de «*competi-*

<sup>69</sup> DAVIS, G., «The effect of Mrs. Watts' trip to France on the National Health Service», 18 *King's Law Journal*, 158-167, 2007, pp. 160-161.

<sup>70</sup> STJ, de 6.5.2006, as. *Watts* (C-372/04), apartado 75.

<sup>71</sup> *Ibid.*, apartados 75-76.

<sup>72</sup> *Ibid.*, apartado 79.

<sup>73</sup> Directiva 2011/24/UE, Exposición de motivos, apartado 46; STJ, de 12.7.2001, as. *Vanbraekel* (C-368/98), 2001, apartado 53; STJ, de 6.5.2006, as. *Watts* (C-372/04), apartado 130.

ción» con el otro sistema más flexible basado en el Tratado y creado por el Tribunal<sup>74</sup>.

En definitiva, se han establecido dos vías de acceso a la movilidad sanitaria transfronteriza: ambas cuentan con un sistema de autorización previa, pero una de ellas es alternativa a la ruta de coordinación de la seguridad social, basada directamente en el Tratado. Aunque la jurisprudencia del TJUE ha desarrollado criterios estables que enmarcan el diálogo jurídico entre la libertad de movimiento y la protección de los intereses públicos, el escenario jurídico resultante adolece de seguridad jurídica para los aplicadores del Derecho, siendo especialmente problemático para los organismos administrativos competentes en los Estados miembros<sup>75</sup>. Por una parte, la vinculación natural de los criterios jurisprudenciales del Tribunal a las circunstancias particulares de cada caso que, como cuestiones prejudiciales se han sometido a su jurisdicción, han generado un escenario normativo carente de carácter sistemático. Por otra parte, el hecho de que la previa autorización (que determina básicamente el margen de control estatal) dependa en última instancia de la aplicación de criterios tan amplios como son la prohibición de discriminación, equivalencia y proporcionalidad en una materia como sanidad, sujeta a un alto grado de cambios legislativos a nivel doméstico, no ha hecho más que acentuar el escenario de inseguridad jurídica y, por tanto, de necesidad de una regulación armonizadora del marco jurídico para la movilidad sanitaria transfronteriza en la UE<sup>76</sup>.

### **C) Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza**

En julio de 2008 la Comisión Europea presentaba una propuesta de Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Se trataba así de dar respuesta a la solicitud del Parlamento Europeo para que, tras fracasar la inclusión de la asistencia sanitaria transfronteriza en la regulación horizontal de los servicios planteada en la Directiva de Servicios<sup>77</sup>, la Comisión propusiese una Directiva centrada exclusivamente en esta materia, de forma que se pudiera abordar de forma más adecuada su naturaleza específica.

Muy recientemente, tras un largo proceso de negociación, el 9 de marzo de 2011 se adoptaba la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asis-

<sup>74</sup> PALM, W. y GLINOS, I. A., «Enabling patient...», *op.cit.*, p. 516.

<sup>75</sup> GEKIERE, W., BAETEN, R. y PALM, W., «Free movement of services in the EU and health care», en E. Mossialos *et alii* (eds.), *Health systems Governance in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 495.

<sup>76</sup> HERVEY, T. y TRUBEK, L., «Freedom to provide...», *op. cit.*, p. 634.

<sup>77</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, COM (2004) 2 final, 5 de marzo 2004 (*vid.* art. 23 y ss.). La Directiva fue finalmente adoptada el 12 de diciembre 2006 (2006/123/CE).

tencia sanitaria transfronteriza<sup>78</sup>. Su objetivo es dotar de un marco jurídico a esta materia, que establezca «las reglas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de calidad en la Unión» y para «garantizar la movilidad de los pacientes de conformidad con los principios establecidos por el TJUE»<sup>79</sup>.

La base jurídica de la Directiva está en el artículo 114 TFUE (*ex art.* 95 TCE), relativo a la armonización de disposiciones de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (art. 26 TFUE). No obstante, la protección de un nivel adecuado de salud pública ha sido un factor decisivo en el contenido de la Directiva, de conformidad por tanto con el apartado 3 del artículo 114. Hay que subrayar además que el ámbito de aplicación de la Directiva incluye tanto a la asistencia sanitaria prestada tanto por sistemas obligatorios de seguridad social de los pacientes, como sistemas de sanidad privados<sup>80</sup>.

En coherencia con el sentido de la jurisprudencia del Tribunal en la materia de movilidad sanitaria, la Directiva se articula a partir de un enfoque ligado a los derechos de los pacientes. En efecto, de su articulado se infiere que su objetivo no consiste en plasmar una perspectiva en torno a las condiciones, derechos y obligaciones de los prestadores de servicios, dejando, de esta forma, un amplio margen a los Estados miembros para desarrollar los detalles de la prestación en torno a los ejes sustanciales y procesales que la Directiva establece<sup>81</sup>.

Esta perspectiva resulta, por lo demás, congruente con la lógica de subsidiariedad de la acción de la Unión en la materia que inspira el articulado de la Directiva (art. 5 TFUE)<sup>82</sup>. En este sentido, se fijan únicamente los principios generales que el TJUE había explicitado hasta el momento respecto a la movilidad sanitaria transfronteriza, así como los criterios que deben regir las relaciones entre las dos vías de acceso a la sanidad en otro Estado miembro.

La Directiva reconoce explícitamente la existencia de dos vías de acceso a la movilidad transfronteriza, esto es, la que está regulada a través de los Reglamentos de la Unión sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y la vía creada «jurisprudencialmente» fundada en la libertad básica de prestación de servicios. Esta última representa el objeto de regulación de la Directiva, que prácticamente va a codificar la doctrina desarro-

<sup>78</sup> Que debe ser incorporada al Derecho nacional antes del 25 de octubre 2013.

<sup>79</sup> Directiva 2011/24/UE, Exposición de motivos, apartado 10 y artículo 1.

<sup>80</sup> Directiva 2011/24/UE, artículo 3.a). Por otra parte, la Directiva no será de aplicación en los casos de cuidados de larga duración, la asignación de órganos y acceso a los mismos con fines de trasplante de órganos y a los programas de vacunación pública contra las enfermedades infecciosas, de conformidad con los términos del artículo 1, apartado 3.

<sup>81</sup> DAVIES, G., «The Community's internal market-based competence to regulate healthcare: scope, strategies and consequences», 14 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2007, pp. 229-230.

<sup>82</sup> Directiva 2011/24/UE, Exposición de motivos, apartado 64.

llada por el TJUE en la materia. Algunas de las cuestiones más destacables del marco normativo planteado por la Directiva se exponen a continuación.

### 1. *Relación entre las dos vías*

La Directiva lleva a cabo una tarea de clarificación con respecto a los criterios que rigen la concatenación en la aplicación de las ambas vías. Se establece, en primer lugar, que la aplicación de una de las vías es excluyente de la aplicación de la otra. Ante una solicitud de autorización previa para recibir asistencia sanitaria transfronteriza, el Estado miembro de afiliación debe comprobar si las condiciones para aplicar el Reglamento (EC) 883/2004 se cumplen<sup>83</sup>. En el caso de que las condiciones se verifiquen, la autorización previa se concederá de conformidad con dicho Reglamento<sup>84</sup>, de forma que no se prive a los pacientes «de los derechos más beneficiosos que les garantizan los Reglamentos de la Unión sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social»<sup>85</sup>.

Si bien la articulación de estos criterios implica, sin duda, una mejora en el grado de certeza jurídica para aquellas personas que soliciten recibir asistencia sanitaria en otro país de la UE, su concreta traducción en términos de un incremento de los derechos de los potenciales pacientes transfronterizos no resulta algo evidente a nivel puramente normativo. Esto se debe a que, en primer lugar, la interpretación de la vía de la coordinación de sistemas de seguridad social como un derecho en el caso de que se cumplieran las dos condiciones básicas (esto es, prestación similar y retraso injustificado) ya estaba reconocido en el mismo Reglamento y en consolidada jurisprudencia del TJUE. En segundo lugar, los supuestos en los que no concurra el requisito del retraso injustificado en la prestación del tratamiento siguen sujetos al amplio margen decisorio con el que cuenta el Estado miembro de afiliación al aplicar el mecanismo de la autorización previa. Solamente a través de la aplicación de la Directiva se podrá calibrar si el nuevo marco normativo al que está circunscrita la autorización previa tiene el potencial para generar criterios previsibles, objetivos y estables para los ciudadanos en la concesión o denegación de las autorizaciones previas.

### 2. *Reembolso de los gastos sanitarios*

Los principios básicos asentados en la jurisprudencia del TJUE respecto a la condiciones del reembolso de la asistencia sanitaria prestada han sido codificados por la Directiva. Se establece que los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados directamente por el Estado de afi-

<sup>83</sup> Se trata de las dos condiciones vistas con anterioridad: (1) que el tratamiento en cuestión se encuentre entre el catálogo de prestaciones del Estado miembro y (2) que se verifique un retraso injustificado en la prestación del mismo.

<sup>84</sup> Directiva 2011/24/UE, artículo 8.3. Esta aplicación automática del Reglamento se producirá salvo que el paciente solicite expresamente que se le aplique un tratamiento sanitario en virtud de los términos de la vía establecida por la Directiva (art. 8.3 *in fine*, en conexión con la exposición de motivos de la Directiva, apartado 31).

<sup>85</sup> Directiva 2011/24/UE, exposición de motivos, apartado 31.

liación hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria hubiera sido prestada en su territorio<sup>86</sup>. De esta forma, se garantiza a los pacientes la asunción de los costes efectivos de dicha asistencia sanitaria al menos al mismo nivel establecido para la misma si se la hubiesen dispensado en su Estado de afiliación. Con esta medida de «equilibrio» se posibilita, por una parte, el ejercicio de la libertad de prestación de servicios sanitarios y, por otra, evita todo impacto importante en la financiación de los sistemas nacionales de asistencia sanitaria, al mismo tiempo que desincentiva un potencial turismo sanitario basado en la obtención de cualquier tipo de ventaja financiera del mismo. La garantía de un reembolso más allá de estos principios básicos establecidos por la Directiva se sitúa en el ámbito decisorio de cada Estado miembro (esta lógica es aplicable, por ejemplo, en la decisión de reembolsar el coste total de la asistencia aun cuando exceda del coste de la misma en el Estado de origen o la decisión acerca del reembolso de los gastos conexos, como el alojamiento o el viaje)<sup>87</sup>.

### 3. *Armonización de derechos*

Uno de los aspectos más novedosos en el marco del proceso de «integración positiva» que representa la Directiva radica en la creación de un espacio armonizado para los derechos de los pacientes en su capacidad de movilidad transfronteriza en la UE. En primer lugar, se establece un derecho de reembolso a cargo del Estado de afiliación con respecto a los gastos contraídos por el paciente, siempre que la asistencia sanitaria se encontrara entre las prestaciones establecidas por la legislación del Estado miembro de afiliación<sup>88</sup>. El Estado de tratamiento, por su parte, deberá garantizar a los pacientes la información relativa respecto a la articulación legal, calidad, precios, seguridad, disponibilidad y opciones de tratamiento<sup>89</sup>. Asimismo, deberá establecer procedimientos de presentación de reclamaciones y sistemas de responsabilidad profesional o garantías equivalentes para los tratamientos dispensados en su territorio. Los pacientes contarán asimismo con el derecho a obtener la historia clínica de su tratamiento<sup>90</sup>. En el caso de que resulte necesario, el Estado de afiliación deberá garantizar el seguimiento sanitario a un paciente que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza. Asimismo, ha de desarrollar procedimientos que permitan facilitar a los pacientes información sobre sus derechos en relación con la recepción de la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>91</sup>. El artículo 9 incorpora los requisitos de no discriminación, objetividad e imparcialidad que deben cumplir los procedimientos administrativos de los Estados de afiliación en el reembolso de los gastos contraídos en otro Estado. De forma destacable, hay que señalar que la Directiva impone al Estado de tratamiento la prohibi-

<sup>86</sup> Directiva 2011/24/UE, artículo 7.4.

<sup>87</sup> Artículo 7.4.

<sup>88</sup> Artículo 7.1.

<sup>89</sup> Artículo 4.2. a) y b) y artículo 6.

<sup>90</sup> Artículo 4.2.

<sup>91</sup> Artículo 5.

ción de discriminación en razón de la nacionalidad a los pacientes de otros Estados miembros<sup>92</sup>. Como concreción de este principio, la Directiva establece explícitamente que los Estados miembros deberán garantizar que los prestadores de asistencia sanitaria en su territorio aplican las mismas tarifas a los pacientes nacionales en situaciones médicas comparables.

#### 4. *Autorización previa*

Es precisamente la definición del margen de maniobra estatal en cuestiones clave como la asistencia sanitaria sujeta a autorización previa la que originó los puntos más serios de fricción entre la Comisión y el Consejo de la UE durante el proceso de gestación política de la Directiva. En concreto, las discusiones acerca del texto que habría de incorporar el artículo 8 de la Directiva, relativo a la autorización previa estatal para el reembolso de los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza, materializaron claramente el conflicto de prioridades entre, por una parte, la postura defensora de rebajar las restricciones estatales defendida por la Comisión y, por otra, la favorable a una regulación de mínimos que permitiera un mayor margen de concreción de los criterios estatales, representada principalmente en el Consejo de la UE. La perspectiva que se impone finalmente es afín a las propuestas del Consejo de la UE, apoyado por el Parlamento Europeo. La propuesta de Directiva de la Comisión planteaba para el artículo 8 un marco regulador según el cual el establecimiento de autorización previa por cada Estado miembro tendría que fundarse en la prueba evidente de que flujo de salida de pacientes podría menoscabar seriamente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social del Estado miembro o la planificación y racionalización llevadas a cabo en el sector hospitalario<sup>93</sup>.

Es decir, mientras que la jurisprudencia del TJUE se habría limitado a desarrollar los criterios de necesidad y razonabilidad de la autorización, así como las características del proceso y los criterios interpretativos para denegarla u otorgarla, la Comisión en su propuesta eleva sustancialmente el grado de exigencia a los Estados del que se hace depender el establecimiento de la autorización previa. De conformidad con la modificación introducida por el Consejo, se elimina finalmente la disposición relativa a esta «carga probatoria».

El Consejo de la UE se posiciona también a favor de la eliminación de la definición de asistencia sanitaria hospitalaria propuesta por la Comisión en el artículo 8.1<sup>94</sup>. Asimismo, el modelo que propone la Comisión relativo a la existencia de una «lista específica» que sería «confeccionada y actualizada regularmente por la Comisión», respecto a la asistencia sanitaria que requiriese equipos médicos sumamente especializados o que entrañase tratamientos con un riesgo particular para el paciente o la población<sup>95</sup>, es rechazado

<sup>92</sup> Artículo 4.3.

<sup>93</sup> COM (2008) 414 final, de 2.7.2008, artículo 8, apartado 3.

<sup>94</sup> Consejo de la UE, 11038/10, de 3.9.2010.

<sup>95</sup> COM (2008) 414 final, de 2.7.2008, artículo 8, apartados 1 y 2.

por el Consejo, que considera preferible que la disposición en cuestión se centre directamente en las razones que justifican la autorización previa. Asimismo, el Consejo sostiene que no debería existir ningún tipo de lista suplementaria creada o actualizada por la Comisión, sino que la creación de la misma debería ser competencia de los Estados miembros<sup>96</sup>. El Consejo Económico y Social mantiene una posición similar, en aplicación del «principio de subsidiariedad»<sup>97</sup>. La posición del Consejo fue la que prevaleció finalmente en la versión final de la Directiva. En este aspecto, el texto aprobado suprime la vinculación de la autorización previa a una lista cerrada y, en su lugar, posibilita el establecimiento de un sistema de autorización previa también en el supuesto de que el tratamiento no requiera el ingreso del paciente en el hospital, pero sí exija en cambio el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos<sup>98</sup>.

La Comisión manifestó su discrepancia argumentando que la introducción de una lista no exhaustiva de criterios para denegar una autorización previa podría constituir una fuente de inseguridad jurídica para los pacientes. La propuesta del Consejo, entre otras, fue objeto de discrepancia por parte de la Comisión que, sin embargo, no se opuso «a la posición adoptada por mayoría cualificada en el Consejo para no poner impedimentos al avance del proceso legislativo»<sup>99</sup>.

En este sentido, el texto finalmente aprobado de la Directiva refleja los intereses de los Estados miembros a través del Consejo de la UE en lo que se refiere a la defensa de un mayor margen e independencia decisoria en la concreción de la asistencia sanitaria sujeta a autorización previa, por lo que el texto final contiene un menor grado liberalizador que el presentado por la Comisión en algunos aspectos de su propuesta.

## V. CONCLUSIONES

El análisis llevado a cabo de los rasgos más relevantes del desarrollo jurisprudencial y normativo de la movilidad sanitaria transfronteriza se ha ubicado conceptualmente en el marco en la interacción entre la Unión y las disposiciones de naturaleza social de cada Estado miembro. En este ámbito, se pueden señalar dos dinámicas fundamentales. En primer lugar, a pesar de que el nivel político de la Unión carece de competencias formales para regular sustantivamente áreas tradicionalmente sociales, el Derecho y la política económica de la UE, así como la jurisprudencia desarrollada por el TJUE han tenido un impacto directo en los Estados sociales de la UE. En

<sup>96</sup> Consejo de la UE, 11038/10, de 3.9.2010, pp. 5 y 6.

<sup>97</sup> Opinión del Consejo Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, *DOUE*, nº C 175, de 28.7.2009.

<sup>98</sup> Artículo 8.2.a) Directiva 2011/24/UE. Esta versión fue incluida por el Parlamento Europeo en segunda lectura.

<sup>99</sup> COM (2010) 503 final, de 20.9.2010.

segundo lugar, hay que subrayar también la emergencia gradual de elementos de lo que puede considerarse como una incipiente dimensión «social» europea. En este último enfoque se enmarca el análisis desarrollado acerca de la reciente evolución jurisprudencial y normativa de la movilidad sanitaria en la UE, como ejemplo concreto del proceso *sui generis* de «construcción social» en Europa.

El marco normativo de la UE en el campo de la sanidad comparte los perfiles de «fragmentación» que, de forma general, presenta el Derecho de la UE en materia social, debido al origen heterogéneo de las materias desde las cuales se han abordado aspectos de su regulación y en las que la UE sí contaría con competencias normativas (por ejemplo, salud pública o mercado interior).

La movilidad de los pacientes en la Unión supone actualmente una parcela modesta desde el punto de vista del gasto público en sanidad de los Estados miembros. Sin embargo, los intereses de los Estados defendidos a través del Consejo de la UE en fortalecer el margen disponible para concretar las autorizaciones previas revelan no sólo el carácter simbólico y políticamente sensible de la sanidad en los Estados sociales europeos, sino también, en términos concretos, la preocupación en la protección de los equilibrios estatales de planificación financiera en este ámbito.

La Directiva representa la materialización de la fase de «integración positiva» en aspectos fundamentales de la movilidad sanitaria transfronteriza en la UE, entendida como manifestación de la libre circulación de servicios. El texto finalmente aprobado logra fraguar un espacio regulado para la movilidad sanitaria europea que no sólo codifica los principios desarrollados por el TJUE con respecto a la relación entre la circulación de servicios y los servicios sanitarios nacionales, sino que también implica una armonización de determinados derechos básicos de los pacientes en este campo.

La construcción jurisprudencial y, recientemente, también normativa de los derechos de los pacientes, demuestran que en este ámbito la relevancia de esta cuestión tiene un nivel añadido de interés, al no limitarse a exponer la prevalencia de una integración negativa o desreguladora en la etapa previa a la armonización legislativa. Así, en una primera fase, el TJUE, garantizando el derecho a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro a cargo del Estado de residencia con base jurídica en la libertad básica de prestación de servicios, ha realizado una operación interesante de *traducción* de una libertad básica del mercado en un derecho a la prestación sanitaria en otro Estado miembro. La tarea no era simple. Se trataba de articular la libertad de movimiento como causa de un derecho de prestación social, involucrando compromisos financieros de dos sistemas sanitarios diferentes (país de origen y país de tratamiento). La *construcción* del derecho al reembolso del coste del tratamiento sanitario como consecuencia de la aplicación de la libertad de prestación de servicios, ha implicado el fortalecimiento de la facultad de movilidad de los ciudadanos para recibir asistencia sanitaria transfronteriza y ha conllevado, consecuentemente, la retracción del mar-

gen que tienen los Estados para denegar la asunción de los gastos por la asistencia médica recibida en otro país.

La Directiva, por su parte, ha incorporado los derechos desarrollados en la jurisprudencia tomando como base los valores (universalidad, calidad, equidad y solidaridad) y principios operativos comunes a los sistemas sanitarios europeos (entre otros, información, participación del paciente, derecho a reparación, confidencialidad)<sup>100</sup>. El obstáculo a la armonización que supone la diversidad de los sistemas sanitarios europeos es superado por el reconocimiento de una serie de principios que hacen efectivos determinados valores comunes y que formarían parte de la llamada «infraestructura social europea»<sup>101</sup>.

Al igual que en otras áreas, las reglas de la libre circulación no revisten un carácter absoluto en lo que se refiere a su aplicación en la atención sanitaria transfronteriza. La protección de la salud, así como la sostenibilidad de los sistemas sanitarios estatales, son intereses objetivos públicos que pueden actuar como justificaciones para exceptuar o obstaculizar la libertad de movimiento. Así, en coherencia con la jurisprudencia del TJUE, la Directiva incorpora determinados criterios correctores (planificación hospitalaria, impacto financiero, riesgo para el paciente o para la población, etc.) que, en calidad de garantes del interés general y como excepciones legítimas a la libre prestación de servicios, justificarían la necesidad de obtener autorización previa, o bien, la denegación de la misma.

Como se ha visto con anterioridad, en lo que se refiere a la concreción de los términos en los que se ha de enmarcar la autorización previa estatal, ha prevalecido el planteamiento favorable a un mayor margen e independencia decisoria para cada Estado miembro en la concesión de la misma. La efectividad práctica de la clarificación y reconocimiento de los derechos va a estar vinculada en gran medida a los criterios y objetivización en la aplicación de los mismos que se implementen tanto en los sistemas nacionales de autorización previa para el reembolso de los gastos sanitarios como, en particular, en las decisiones individuales de denegación de la misma.

<sup>100</sup> Consejo de la UE, «Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea», *DOUE*, nº C 146, de 22.6.2006.

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 3.