

Pacientes y sistemas sanitarios en el punto de mira de la UE: antecedentes y contexto de la nueva Directiva sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*

Paula Arancibia Raggio

Máster de Derecho de la UE
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN:

En este trabajo se expondrá la situación de los sistemas sanitarios en la UE, mediante una síntesis del tratamiento normativo y jurisprudencial de la movilidad de pacientes en el mercado interior y, por otra parte, a través del seguimiento de los actos de soft law que han acercado progresivamente la categoría de Servicios de Interés General a los servicios públicos de salud. De este modo pretendemos poner en contexto la reciente Directiva (UE) 2011/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9.3.2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, del que analizaremos sus principios más relevantes. Por último, esbozaremos algunas conclusiones acerca de los problemas de base jurídica que plantea la regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza y el impacto del Derecho de la UE sobre las opciones de los Estados Miembros para definir sus sistemas sanitarios.

ABSTRACT

The aim of this paper is to present the situation of healthcare systems in the EU, first of all, through a synthesis of the European regulation and case law on patient mobility within the internal market and, secondly, a study of the notion of Services of General Interest, its development via soft law and the gradual approach to public health services. Thus, the paper provides an overview of the background of the recent Directive (EU) 2011/24 of the European Parliament and the Council, of 9.3.2011, on the application of patients' rights in cross-border healthcare, and reviews its most significant principles. Finally, we outline some conclusions about legal basis issues and the influence of EU law on the choices of Member States to organize their healthcare systems.

* Este artículo ha sido desarrollado a partir de la tesina presentada para la obtención del título de Máster en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Autónoma de Madrid (2008-2009). Agradezco las observaciones planteadas en su momento por el tutor de la tesina, Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, y por los miembros del Tribunal Calificador, Profesores Carmen Martínez Capdevila, José María Rodríguez de Santiago y Elisa Torralba Mendiola, así como el apoyo de la Coordinadora del Máster, Profesora Elena Rodríguez Pineau.

Palabras clave: Libre prestación de servicios; Servicios sanitarios; Asistencia sanitaria transfronteriza; Movilidad de pacientes; Servicios de interés general; Soft law; Seguridad social.

Keywords: Freedom to provide services; Healthcare services; Cross-border healthcare; Patient mobility; Services of general interest; Soft law; Social security.

Fecha recepción original: 27 de abril de 2011

Fecha aceptación: 17 de junio de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL ACCESO TRANSFRONTERIZO A LOS SERVICIOS SANITARIOS—A) *Los servicios sanitarios como responsabilidad del Estado*—B) *La movilidad de pacientes en el Reglamento (CE) 883/2004*—C) *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre movilidad de pacientes*
 - III. DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL A LOS SERVICIOS SOCIALES DE INTERÉS GENERAL—A) *Servicios de Interés Económico General frente al Derecho Constitucional Económico de la UE*—B) *Interpretaciones de soft law y advenimiento del concepto de Servicios de Interés General*
 - IV. DIRECTIVA 2011/24/UE, RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA—A) *Antecedentes*—B) *Base jurídica*—C) *Contenido*
 - V. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es el alcance de la acción de la UE sobre los sistemas sanitarios de los Estados miembros? Si nos acercamos a través de las sucesivas versiones de los Tratados a la Política Social de la UE, en especial las disposiciones en materia de seguridad social y salud pública, se puede afirmar que se han ampliado de forma gradual las competencias atribuidas en la materia, si bien manteniendo un carácter secundario respecto a las competencias estatales. Esta tendencia no ha cambiado en el Tratado de Lisboa¹, en virtud del cual la UE cuenta con base jurídica para complementar, fomentar y coordinar las políticas de salud de los Estados miembros. La acción contemplada en el artículo 168 del TFUE presenta diferentes intensidades, siendo de mayor calado en aquellos ámbitos de relevancia transnacional (así, la cooperación entre servicios de salud en regiones transfronterizas). Por otra parte, la incorporación de la Carta de derechos fundamentales de la UE al Derecho primario conlleva el reconocimiento, dentro del capítulo dedicado a los derechos en el ámbito de la solidaridad, de derechos de seguridad social, a la protección de la salud y al acceso a servicios de interés general², que se declaran, no obstante, «de conformidad a las legislaciones y prácticas nacionales». Se observa además un alto grado de indeterminación en la atribución de competencias y una fuerte presencia del principio de subsidiariedad a través de la reserva de importantes parcelas de poder en los Estados miembros. De esta manera, de acuerdo con el artículo 153.4 del TFUE, en materia de seguridad social la UE deberá respetar la autonomía de los Estados miembros para definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social y el equilibrio financiero de éste; respecto a los servicios sanitarios, el artículo 168.7 del TFUE considera responsabilidad de los Estados miembros la definición de su política de salud y la organización y prestación de los servicios sanitarios y la atención médica, incluida la gestión y la asignación de recursos.

Más allá de este reparto de competencias, el Derecho de la UE tiene un importante impacto en el sistema sanitario de los Estados miembros, a través de la adaptación de los mismos a las exigencias derivadas de las normas sobre mercado interior. En esta línea, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia fundada en las libertades fundamentales del mercado interior, que ha fortalecido la movilidad de los ciudadanos dentro de la UE a fin de obtener servicios sanitarios y, al mismo tiempo, ha extendido los

¹ Véanse artículos 4 letra b) y k), 6, 153 y 168 del TFUE además de las diferentes menciones en el Tratado relativas a la consideración de la protección de la salud humana en otros ámbitos de la acción europea (por ejemplo arts. 9, 36, o 114 del TFUE).

² Artículos 34, 35, y 36 de la Carta de derechos fundamentales de la UE.

derechos de los beneficiarios de los sistemas sanitarios para recibir cobertura de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza. De forma paralela, la interpretación del concepto de Servicios de Interés Económico General a través de sucesivos actos de *soft law* por parte de las instituciones europeas ha abierto el camino para una aproximación progresiva de la acción de la UE en el ámbito de los servicios sociales, incluidos los sanitarios. A continuación intentaremos señalar los aspectos más relevantes de estas vías de acción, con el fin de colocarlas en contexto con la nueva Directiva sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza³.

II. EL ACCESO TRANSFRONTERIZO A LOS SERVICIOS SANITARIOS⁴

A) Los servicios sanitarios como responsabilidad del Estado

La protección de salud constituye uno de los objetivos de la Política de Salud Pública, que a su vez se enmarca de forma más general dentro de la Política Social de los Estados⁵. En tanto instrumento de protección de la salud, los servicios sanitarios como sector económico se encuentran ampliamente regulados, desde la comercialización de los productos médicos y farmacéuticos hasta las profesiones sanitarias, pasando por la organización de los sistemas de seguro por enfermedad y los servicios públicos de salud, a nivel estatal o regional. Esta intervención se justifica, desde un punto de vista constitucional y dentro del marco del modelo de Estado de Bienestar asumido por las Constituciones europeas, en el reconocimiento de determinados derechos sociales de carácter prestacional. En otras palabras, los servicios inherentes al Estado de Bienestar, como son la educación pública, la asistencia sanitaria pública, la Seguridad Social y la acción social, son asumidos por el Estado en la medida en que se corresponden con un catálogo de derechos sociales, reconocidos a nivel constitucional e internacional, que atienden de forma directa las necesidades básicas de la persona, guardan un carácter esencial desde el punto de vista de la dignidad humana y se encuentran sujetas a objetivos de interés general⁶.

³ Directiva (UE) 2011/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9.3.2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE n° L 88, de 4.4.2011).

⁴ Sin perjuicio de la relevancia del Derecho de la UE en el fenómeno de la asistencia sanitaria transfronteriza en sentido amplio, entendida como la movilidad de pacientes, de prestadores y de la propia prestación (gracias a la aplicación de las tecnologías de la información a la prestación de servicios), en este trabajo nos centraremos sobre todo en los aspectos relevantes para la asistencia sanitaria transfronteriza desde la perspectiva del paciente, a fin de acercarnos más al contexto de la Directiva (UE) 2011/24.

⁵ HATZOPOULOS, V., «Health Law and Policy: The Impact of EU Law», en DE BÚRCA, G. (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 112 y ss.

⁶ VIDA FERNÁNDEZ, J., «Las transformaciones de la Seguridad Social en su proyección como Servicios Sociales de Interés General en la Unión Europea», en MONEREO PÉREZ, J.

Las opciones a disposición de los Estados miembros para la consecución de sus objetivos de política sanitaria son variadas⁷, dependen de sus tradiciones históricas y jurídicas, y en último término, guardan relación directa con los límites que se definan entre intervención pública y mercado. Así, en cada Estado miembro los sistemas sanitarios presentan sus propias peculiaridades, si bien tradicionalmente se distinguen dos *modelos de organización*⁸: el sistema de *seguro por enfermedad* y el sistema de *servicio nacional de salud*, también conocidos como modelo Bismarck y modelo Beveridge, respectivamente. A grandes rasgos, el modelo Bismarck, de origen alemán, pero asumido también en Estados como Austria, Francia o Países Bajos, se caracteriza por la coexistencia de elementos públicos y privados, tanto en la financiación como en la prestación del servicio médico; la protección es diferenciada según el estatus económico de la persona, normalmente por su adscripción a un sector industrial o profesional, aunque no por ello la cobertura deja de ser universal. Por su parte, en el modelo Beveridge, establecido por primera vez en Reino Unido y previsto en Estados como Dinamarca, Irlanda y Finlandia, así como en los países mediterráneos, el fundamento de la protección es el estatus de ciudadanía, por lo que la organización, la financiación y la prestación del servicio son esencialmente públicos.

Desde el punto de vista de las *prestaciones ofrecidas a los beneficiarios del sistema*, podemos distinguir entre sistemas sanitarios basados en un *principio de prestación en especie* y aquellos en los que predomina un *principio de reembolso*, sin que guarden necesariamente correspondencia con los modelos de organización mencionados, que pueden asumir total o parcialmente alguno de estos principios. En el sistema basado en el principio de prestación en especie, existe una concepción subyacente de la atención sanitaria como bienes o servicios públicos, cuyo acceso se debe garantizar a todas las personas con independencia de su situación socio-económica. Por lo tanto, la atención médica es percibida por el beneficiario como gratuita, lo que no obsta a que se pueda obtener atención tanto de prestadores públicos como privados, estos últimos normalmente sujetos a una concertación con el Estado por la cual se fija la retribución al prestador. El sistema basado en el principio de reembolso, por su parte, se fundamenta en la libertad del beneficiario para elegir el prestador del servicio sanitario, con independencia de su carácter público o privado, recibiendo a posteriori un reembolso parcial o total del coste del tratamiento recibido.

1) Los límites territoriales de la solidaridad. Sin perjuicio de dichas diferencias, los sistemas sanitarios europeos presentan como elemento común la vigencia de un principio de solidaridad, que es también un principio

L. y otros (coord.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pp. 235-236.

⁷ VAN DER MEI, A. P., *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 222 y ss.

⁸ Para una explicación más detallada, véase HATZOPOULOS, V., *supra cit.*, pp. 112 y ss.

fundamental del Estado de Bienestar y que se proyecta a su vez en principios de organización: universalidad en el acceso, instrumentos de financiación pública, e igualdad de trato respecto de las prestaciones ofrecidas. En términos generales, el Estado de Bienestar se basa en una concepción territorial de la solidaridad⁹, que tiene al menos tres efectos en la organización de los sistemas sanitarios: (i) *una delimitación espacial de los derechos sociales*, de modo que los derechos prestacionales son exigibles solo dentro del ámbito estatal; (ii) *un control estatal sobre elementos esenciales de los beneficios derivados del Estado de Bienestar*, esto es, la planificación de los recursos financieros, materiales y personales, la definición de los objetivos de política social perseguidos o la calidad de los servicios ofrecidos¹⁰; y (iii) *la determinación estatal de los sujetos que tienen derecho a recibir la asistencia así como de los sujetos que pueden prestar la misma*.

No obstante, los límites territoriales de la solidaridad se encuentran en permanente tensión con la realidad social debido a fenómenos como el aumento de los flujos migratorios o las exigencias de equilibrio presupuestario y liberalización de servicios en el contexto de la globalización económica y la integración europea. Estas tensiones presionan a los diferentes modelos de Estado de Bienestar y favorecen los procesos de reforma y *modernización*, de diferente calado en cada Estado miembro.

2) Los sistemas sanitarios en el mercado común. Aunque las competencias atribuidas a la UE en materia de Política Social y Salud Pública tienen carácter compartido o complementario, y sin perjuicio del artículo 168.7 del TFUE, que llama a respetar la competencia de los Estados miembros sobre los servicios sanitarios, el Derecho de la UE se proyecta, en la práctica y dentro de su ámbito de aplicación, sobre diversos aspectos de la asistencia sanitaria¹¹. Uno de los puntos de conflicto más relevantes se plantea en relación a uno de los efectos de la territorialidad de la solidaridad: *la limitación del acceso a los sistemas sanitarios públicos respecto a usuarios y prestadores por parte de los Estados miembros*. Esto ha dado lugar a una compleja jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre lo que se ha venido a denominar asistencia sanitaria transfronteriza y que se ha suscitado tanto en aplicación de las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social como por la invocación del principio de libre prestación de servicios.

B) La movilidad de pacientes en el Reglamento (CE) 883/2004

1) Marco general. S. LEIBFRIED y P. PIERSON, contestando cierta concepción según la cual la Política Social de la UE se ha desarrollado como una reac-

⁹ VAN DER MEI, A. P., *supra cit.*, señala como fundamentos de esta concepción, respecto a los sistemas sanitarios la garantía de la calidad y acceso universal y, por otra parte, la estabilidad financiera y organizativa de los sistemas públicos de salud.

¹⁰ MARTINSEN, D. S., «Social Security Regulation in the EU: The De-Territorialisation of Welfare?», en DE BÚRCA, G. (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 98-99.

¹¹ VAN DER MEI, A. P., *supra cit.*, pp. 221.

ción frente a la expansión del liberalismo económico en las sociedades europeas, consideran que la Política Social de la UE forma parte de la propia construcción del mercado común¹². El régimen de coordinación en materia de seguridad social¹³ (en adelante el Reglamento) es uno de los ámbitos donde claramente se puede confirmar esta tesis, así como el debilitamiento de los límites territoriales del Estado de Bienestar. El objetivo original de este régimen era facilitar la libre circulación de trabajadores dentro de la UE, asegurando que los derechos en materia de seguridad social pudieran *exportarse* a un Estado miembro distinto al de afiliación. El Reglamento ha sido modificado en múltiples ocasiones, destacando en especial la ampliación continuada del ámbito subjetivo del derecho que D.S. MARTINSEN denomina como «*right to transnational welfare*»¹⁴. De este modo se garantiza, de forma más general, la libre circulación de personas, al aplicarse también a los trabajadores por cuenta propia, a los miembros de la familia del trabajador y por último, a todo nacional de un Estado miembro que tenga derecho a una prestación de seguridad social *exportable*¹⁵, incluidos los residentes no económicos (estudiantes, pensionistas) y turistas¹⁶.

El sistema se articula a través de dos principios básicos: igualdad de trato, que implica la derogación de cualquier beneficio reservado por razón de la nacionalidad o residencia en un Estado miembro¹⁷, y *exportabilidad* de las

¹² LEIBFRIED, S. y PIERSON, P., «Social Policy. Left to Courts and Markets?», en WALLACE, H. y WALLACE, W. (ed.) *Policy-Making in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 289.

¹³ Regulado por el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29.4.2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (*DOUE*, n° L 166, de 30.4.2004) que actualiza el contenido del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (*DOUE*, n° L 149 de 5.7.1971), y por su Reglamento de aplicación (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.9.2009 (*DOUE*, n° L 284, de 30.10.2009). El Reglamento de base detalla los derechos de seguridad social cuya *exportabilidad* queda garantizada, mientras que el de aplicación establece las normas administrativas de cooperación entre las instituciones de Seguridad Social de cada Estado miembro.

¹⁴ MARTINSEN, D. S., *supra cit.*, p. 90. Para esto fue necesario complementar la base jurídica de los antiguos artículo 42 del TCE con el artículo 308 del TCE (arts. 48 y 352 del TFUE, respectivamente).

¹⁵ Incluidos refugiados y apátridas, artículo 2 del Reglamento (CE) 883/2004, *supra cit.* También hay que tener en cuenta el Reglamento (UE) 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 y el Reglamento (CE) 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (*DOUE* n° L 344, de 29.12.2009; base jurídica en el art. 79 del TFUE).

¹⁶ Sin embargo, se debe tener en cuenta que el estatus económico (o no económico) del paciente si es relevante a la hora de determinar qué tipo de derechos se pueden exportar.

¹⁷ Sin perjuicio de las excepciones que se contemplan en el Reglamento (CE) 883/2004. Ver artículo 4 (para Noruega y Dinamarca) del Reglamento (CE) 883/2004, *supra cit.*

prestaciones dentro del ámbito de aplicación espacial del Reglamento. El elenco de prestaciones incluidas en el ámbito de aplicación es extenso¹⁸ e incluye tanto prestaciones en especie como en metálico, siendo esta distinción relevante para determinar el régimen aplicable y por tanto, las condiciones exigibles para la exportación de la prestación. Respecto a las prestaciones por enfermedad percibidas en especie¹⁹, el Reglamento define los supuestos en los que el beneficiario de un sistema de seguridad social de un Estado miembro puede recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, en las mismas condiciones que un afiliado en este último: (a) si el asegurado reside en un Estado miembro distinto al de afiliación pero desea recibir asistencia sanitaria en el lugar de residencia, o (b) el asegurado reside y/o está afiliado en un Estado miembro distinto a aquel en el que desea recibir asistencia médica; dentro de estas situaciones, se pueden distinguir los supuestos de (i) necesidad o urgencia durante la estancia en un Estado miembro, y por otra parte, (ii) la movilidad de pacientes en sentido estricto, esto es, cuando el beneficiario se traslada a un Estado miembro con la finalidad específica de recibir un tratamiento médico, para lo cual deberá contar con una autorización previa por parte del Estado de afiliación (que podría no coincidir con el Estado de residencia). En términos generales, el régimen de coordinación de las prestaciones en especie presenta las siguientes características básicas:

– *La institución competente en el Estado miembro de afiliación debe asumir los costes de la asistencia sanitaria.* La financiación se organiza mediante el reembolso entre las instituciones comprometidas, reembolso que será íntegro²⁰, incluso si el coste efectivo es superior al coste asumible si las prestaciones se hubiesen percibido dentro del propio Estado miembro de afiliación.

– *La institución del Estado miembro donde se percibe la prestación, sea el de residencia o el de estancia, es el competente para definir los elementos de la prestación.* Tiene consecuencias más complejas que las que aparecen a primera vista, pues implica que el beneficiario tiene derecho a recibir el tratamiento *como si estuviese asegurado* en el Estado miembro competente para realizar la prestación. Por tanto, si bien el derecho se genera conforme a la legislación del Estado miembro de afiliación, la prestación se rige por las normas del Estado miembro en el que se recibe la atención sanitaria. Esto producirá situaciones paradójicas, ya que el beneficiario podría recibir prestaciones no cubiertas en el Estado miembro de afiliación (aunque este Estado deba asumir su coste), o bien, a contrario, que determinadas prestaciones que se ofrecen en el Estado miembro de afiliación no se presten en el Estado miembro de residencia o de estancia en el que se demanda la prestación.

2) Sistema de autorización previa. El Reglamento establece un sistema de

¹⁸ Artículo 3 del Reglamento (CE) 883/2004, *supra cit.*

¹⁹ Título III, Capítulo I. Reglamento (CE) 883/2004, *supra cit.* Se aplican las mismas reglas, por remisión, a las prestaciones en especie por accidente en el trabajo o enfermedad profesional (ver artículo 36), si bien se le dedica otro capítulo.

²⁰ Artículo 35.1 del Reglamento (CE) 883/2004, *supra cit.*

autorización previa cuando el asegurado se desplace con la finalidad específica de recibir prestaciones en especie. En principio, es el Estado miembro de la institución de afiliación el que define los *tratamientos*²¹ que pueden ser autorizados; sin perjuicio de ello, no hay que olvidar que las *prestaciones* que pueda recibir la persona asegurada y sus costes están definidas por la legislación del Estado miembro de estancia para el tratamiento. El Reglamento, por su parte, establece las condiciones que dan lugar a un derecho a la autorización: la atención médica que necesita el beneficiario debe estar prevista *en el Estado miembro de residencia*; cuando, habida cuenta el estado de salud en el momento de la autorización y su evolución probable, «dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico»²².

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en aplicación de este artículo dio lugar a una importante modificación del Reglamento en el año 1981. En los asuntos *Pierik I y Pierik II*²³ el Tribunal de Justicia interpretó la redacción original de este artículo, ampliando el derecho a la autorización previa, reconociéndolo en supuestos en los que el tratamiento no estaba cubierto en el Estado miembro de residencia, o cuando el tratamiento no era dispensado (y por lo tanto no estaba cubierto) por la institución competente debido a razones éticas o financieras. El criterio clave para el Tribunal de Justicia fue que el tratamiento en cuestión fuese *necesario y efectivo* desde el punto de vista de la dolencia del paciente. En vista de estas decisiones, que prácticamente reconocían un principio de libre circulación de pacientes²⁴, los Estados miembros decidieron revisar el Reglamento, a fin de salvaguardar sus competencias, en especial sobre el control de los gastos derivados de la movilidad de pacientes. En consecuencia se introdujo en el Reglamento la limitación de la autorización a los tratamientos previstos en el Estado miembro de residencia²⁵, de forma que la decisión sobre la cobertura de los gastos devengados con ocasión de la asistencia sanitaria transfronteriza estuviese controlada por la propia institución competente para asumir dicho coste y no por el paciente; en segundo lugar, la concesión de la autorización se limitaría a los casos en que el paciente no pudiese recibir el tratamiento

²¹ Esto es, las situaciones de hecho que dan *derecho a exportar* un derecho a la asistencia sanitaria cubierta por la institución competente.

²² Artículo 20 del Reglamento (CE) 883/2004, *supra cit.*; antiguo artículo 22 Reglamento 1408/71, cuyo contenido es el objeto de la mayor parte de la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes.

²³ STJ, de 16.3.1978, as. *Pierik I* (C-117/77); STJ, de 31.5.1979, as. *Pierik II* (C-182/78).

²⁴ VAN DER MEI, A. P., *supra cit.*, pp. 254 y ss.

²⁵ Hay que recordar que el Estado miembro de residencia no necesariamente coincide con el Estado miembro en el que se encuentra la institución competente para asumir el gasto; esto no resulta problemático ya que, siguiendo a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El modelo de “unión administrativa europea” en el sistema de coordinación de las prestaciones sociales por enfermedad», en VELASCO CABALLERO, F. (coord.) *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 265-287, uno de los principios básicos del Reglamento (CE) 883/2004 es el *principio de cercanía*, por el cual la asistencia sanitaria siempre se rige por el lugar (Estado miembro) de residencia del paciente y no por el de afiliación.

requerido en el Estado miembro de residencia en un *plazo justificable desde el punto de vista médico*²⁶, a fin de evitar que el traslado del paciente tuviese como único fin eludir el sistema de lista de espera²⁷.

C) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre movilidad de pacientes²⁸

En el asunto *Luisi y Carbone*²⁹, el Tribunal de Justicia reconoció un derecho para desplazarse entre Estados miembros a fin de recibir asistencia sanitaria, derivado directamente de la libre prestación de servicios. Por otra parte, en *SPUC contra Grogan*³⁰, el Tribunal de Justicia calificó la asistencia médica como servicio en sentido europeo. Respecto a los productos médicos, *Duphar, Schumacher o GB-INNO-BM*³¹ establecieron que la libre circulación de mercancías incluía el derecho a trasladarse a un Estado miembro para adquirirlos en condición de igualdad respecto de nacionales y residentes en ese Estado miembro. Otros pronunciamientos³² abrieron el Estado de Bienestar al mercado único: en consecuencia los sistemas de bienestar social de naturaleza sanitaria, como sector, no podían excluirse *per se* del ámbito de aplicación de las normas europeas. No obstante, la libertad del paciente asegurado en el sistema de seguridad social de un Estado miembro para buscar asistencia sanitaria en el mercado interior no está cubierta económicamente en todos los casos por parte de las instituciones competentes³³. Así, los Estados miembros han intentado proteger los intereses financieros de sus instituciones de seguridad social y servicios públicos sanitarios, controlando los riesgos de asumir costes excesivos o acentuar situaciones de despil-

²⁶ La redacción tras la revisión consiguió objetivizar el tiempo de espera aceptable de un tratamiento médico, del «*tiempo normalmente necesario*» original al «*plazo justificable desde el punto de vista médico*».

²⁷ Artículo 20 del Reglamento (CE) 883/2004, *supra cit.*; antiguo artículo 22 Reglamento 1408/71, cuyo contenido es el objeto de la mayor parte de la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes.

²⁸ Nos referimos estrictamente a la situación en la que el traslado de un paciente a un Estado miembro distinto al de afiliación se produce con la finalidad específica de recibir algún tipo de asistencia sanitaria, incluida la adquisición de productos médicos.

²⁹ STJ, de 31.1.1984, as. *Luisi y Carbone* (C-286/82 y C-26/83).

³⁰ STJ, de 4.1.1991, as. *SPUC contra Grogan* (C-159/90).

³¹ STJ, de 7.2.1984, as. *Duphar* (C-238/82); STJ, de 7.3.1989, as. *Schumacher* (C-215/87); STJ, de 7.3.1990, as. *GB-INNO-BM* (C-362/88).

³² STJ, de 2.2.1989, as. *Cowan* (C-186/87); STJ, de 17.6.1997, as. *Sodemare* (C-70/95); STJ, de 17.2.1993, as. *Poucen y Pistre* (C-159/91 y C-160/91); STJ, de 17.12.1981, as. *Webb* (C-279/80).

³³ Como hemos visto anteriormente, podemos identificar tres instrumentos de control de la asistencia sanitaria transfronteriza en el Reglamento (CE) 883/2004: (i) tipificación de situaciones de asistencia transfronteriza cubiertas, (ii) planificación de la movilidad transnacional de pacientes mediante un sistema de autorización previa y (iii) la limitación de los costes asumibles hasta el límite previsto en la legislación del Estado de residencia o estancia del paciente, que puede o no coincidir con el Estado miembro competente para asumir el coste.

farro y de exceso de recursos disponibles en sus sistemas nacionales de salud.

Desde mediados de la década de los noventa el Tribunal de Justicia ha tenido que resolver diversas cuestiones derivadas de la aplicación directa de las libertades de circulación a la movilidad de pacientes, lo que le ha obligado a pronunciarse sobre la compatibilidad de un sistema de autorización previa, en los términos previstos en el Reglamento (CE) 883/2004 y en las propias legislaciones nacionales, con el Derecho de la UE, y de paso, proponer un punto de equilibrio entre el respeto a las competencias e intereses de los Estados miembros en materia de sistemas sanitarios y las garantías del ejercicio de las libertades fundamentales del mercado interior. El número y la complejidad de esta jurisprudencia hace imposible relatarlas en esta ocasión de forma pormenorizada³⁴, por lo que intentaremos hacer una síntesis de la doctrina más relevante que se puede extraer de las mismas y los problemas que plantean.

1) Fundamento del derecho de los pacientes a la asistencia sanitaria transfronteriza. El Derecho de la UE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia en la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes, proporciona a los ciudadanos europeos dos tipos de derechos, o si se prefiere, una *doble vía* para el acceso a prestaciones sanitarias transnacionales³⁵: por una parte, la libertad para trasladarse dentro de la UE a efectos de buscar y recibir asistencia sanitaria, en el ejercicio de las libertades del mercado interior; por otra parte, el derecho de los pacientes frente a las Administraciones estatales competentes, sean instituciones de seguridad social o de seguro por enfermedad, sean servicios públicos de salud, para exigir que asuman los costes de la asistencia sanitaria prestada a sus beneficiarios fuera de sus fronteras, ofreciéndoles una protección al menos equivalente a la que hubiesen recibido por la asistencia médica *ad intra*. Este *derecho a la protección social de la asistencia sanitaria transfronteriza*³⁶ puede tener dos fundamentos

³⁴ Para un análisis pormenorizado de cada uno de los asuntos pertinentes, véase SAUTER, W., «The Proposed Patient Mobility Directive and the Reform of Cross-Border Healthcare in the EU», *TILEC Discussion Paper*, N° 2008-034, 2008. La jurisprudencia que consideramos relevante es la siguiente: STJ, de 28.4.1988, as. *Kohll* (C-158/96); STJ, de 28.4.1988 as. *Decker* (C-120/95); STJ, de 12.7.2001, as. *Smits and Peerbooms* (C-157/99); STJ, de 12.7.2001, as. *Vanbraekel* (C-368/98); STJ, de 13.05.2003, as. *Müller-Fauré y van Riet* (C-385/99); STJ, de 23.10.2003, as. *Inizan* (C-56/01); STJ, de 14.10.2004, as. *Bosch* (C-193/03); STJ, de 12.04.2005, as. *Keller* (C-145/03); STJ, de 16.05.2006, as. *Watts* (C-372/04); STJ, de 15.06.2006, as. *Acereda Herrera* (C-466/04); STJ, de 19.04.2007, as. *Stamatelaki* (C-444/05); STJ, de 5.10.2010, as. *Elchinov* (C-173/09); STJ, de 15.6.2010, as. *Comisión contra España* (C-211/08); STJ, de 5.10.2010, as. *Comisión contra Francia* (C-512/08). A fin de facilitar la lectura, nos referiremos adelante a los asuntos por el nombre de las partes, dando por hecha la referencia en esta nota.

³⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J., «Hacia la libre circulación de pacientes en el ámbito de la Unión Europea (a propósito de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998 y de 12 de julio de 2001)», *Noticias de la Unión Europea*, N° 232, 2004, pp. 53-68.

³⁶ Como destaca PEMÁN GAVÍN, J. M., «Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la sentencia *Smits y Peerbooms* del Tribunal de Justicia de la Comunidades

diferentes: la regulación europea en materia de coordinación de los regímenes de seguridad social o la aplicación directa de las normas sobre libertades fundamentales del mercado interior, en especial la libre prestación de servicios.

Si bien las normas sobre asistencia sanitaria transfronteriza presentes en el Reglamento tienen como fundamento la libre circulación de trabajadores, el Tribunal de Justicia ha reconocido que, al facilitar la movilidad de los asegurados, al mismo tiempo favorece la prestación de servicios sanitarios entre los Estados miembros³⁷. Esta interpretación teleológica permite comprender que, si bien la aplicación de ambos fundamentos jurídicos se puede presentar de manera *paralela*, dando lugar a dos regímenes jurídicos diferenciados en cuanto al alcance de la cobertura de los gastos de tratamiento, el Tribunal de Justicia ha contemplado también la aplicación *complementaria* e incluso *concurrente* de ambos fundamentos³⁸.

Los supuestos de aplicación *complementaria* se pueden suscitar a efectos interpretativos. Así, el Tribunal de Justicia considera que no hay argumentos suficientes para sostener criterios diferenciados en el ámbito del artículo 56 del TFUE y del Reglamento respecto de los requisitos que dan derecho a la autorización previa al tratamiento³⁹. El Tribunal de Justicia también ha interpretado de forma complementaria ambos regímenes a efectos de definir los gastos reembolsables por parte del Estado de afiliación cuando se deniega indebidamente la autorización previa para el reembolso de un tratamiento hospitalario⁴⁰. Por otra parte, encontramos ambos fundamentos aplicados de manera *concurrente* cuando el artículo 56 del TFUE da derecho a una cobertura complementaria a la recibida por la sola aplicación del Reglamento, con el fin de otorgar una protección al menos equivalente a la que se recibiría si la asistencia médica fuese puramente interna⁴¹.

2) La asistencia sanitaria transfronteriza planificada y el derecho a reembolso. Dentro de la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes, la mayor parte de los asuntos se plantean debido a que los pacientes acudieron a la asistencia transfronteriza sin obtener autorización previa conforme al Reglamento. Dentro de ellos, hay que distinguir los casos en los que la autorización era procedente (por tanto, los pacientes tenían derecho a la autoriza-

Europeas)», *Revista de administración pública*, N° 160, 2003, págs. 123-166, estas situaciones afectan a «la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como derecho social», que en su dimensión extraterritorial adquirida en el marco del Derecho de la UE, se convierte «en el derecho a obtener atención sanitaria en cualquier establecimiento sanitario de los Estados de la Unión, y, por tanto, a obtener la mejor asistencia médica disponible en el espacio comunitario europeo», sin perjuicio de que, como veremos más adelante y por el hecho de comprometer la financiación pública de los sistemas públicos de salud, haya que matizar el alcance de este derecho.

³⁷ Asunto *Inizan*.

³⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *supra cit.*

³⁹ En concreto, la interpretación del término «retraso indebido» (asunto *Watts*).

⁴⁰ Asunto *Leichtle*.

⁴¹ Asuntos *Watts*, *Acereda Herrera* y *Comisión c. España*. Ver nota 34.

ción) pero fue indebidamente denegada, de aquellos otros en los que queda acreditado en el asunto principal que no se cumplían las condiciones para su concesión. En ambos supuestos la pretensión es la misma: obtener el reembolso de los gastos derivados de la asistencia sanitaria recibida en otro Estado miembro, fundado en el ejercicio de libre prestación de servicios (o de libre circulación de mercancías, en su caso⁴²). En relación con la procedencia del reembolso, podemos identificar cuatro cuestiones principales derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la autorización previa como obstáculo a la libre prestación de servicios; las condiciones del derecho a la autorización previa; las condiciones del derecho a reembolso sin autorización previa; y, por último, los gastos cubiertos por el reembolso.

En el ámbito del Reglamento, la autorización previa de su artículo 20 no constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios sanitarios pues tiene como finalidad facilitar el ejercicio de derechos prestacionales frente a las instituciones de seguridad social de un Estado miembro distinto al de afiliación⁴³. No obstante, si el paciente ha solicitado la autorización previa pero ésta ha sido indebidamente denegada, tiene derecho a solicitar el reembolso de los gastos derivados de la asistencia transfronteriza y a que sean cubiertos conforme a las normas del Estado miembro en el que se prestó el tratamiento⁴⁴. Este derecho a reembolso en supuestos de denegación indebida de la autorización previa tiene fundamento en el artículo 56 del TFUE, ya que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, el Reglamento se limita a establecer normas de coordinación entre instituciones de seguridad social y no a regular el reembolso directo al paciente⁴⁵. Cabe destacar que en estos casos, el Tribunal de Justicia reconoce un efecto restrictivo de

⁴² Si bien en la mayor parte de la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes se invoca como fundamento para el reembolso la libre prestación de servicios sanitarios, en el asunto *Decker* también se admitió la aplicación de la libre circulación de mercancías como fundamento del reembolso, respecto de la compra de unos aparatos oftalmológicos.

⁴³ Asuntos *Kohll y Decker*.

⁴⁴ Lo que incluye el derecho a un reembolso directo al paciente de carácter complementario, si los costes en el Estado miembro de tratamiento no superan el umbral de cobertura del tratamiento establecido en el Estado competente para asumir el coste, a fin de que el paciente reciba una asunción de gastos análoga a la que habría obtenido en el Estado de afiliación (asunto *Vanbraekel*). A la luz de una sentencia reciente del Tribunal de Justicia (asunto *Comisión c. España*) se debe precisar que la compensación complementaria se limita, además, a los supuestos de autorización indebidamente denegada, ya que, cuando es posible aplicar el pago entre instituciones de seguridad social en virtud del Reglamento, no procede el reembolso complementario ya que este último permite la compensación global del riesgo (es decir, que los Estados compensen los costes de la asistencia transfronteriza a un nivel más elevado del que asumirían *ad intra*) con los costes por los tratamientos transfronterizos por debajo de los umbrales de cobertura de los tratamientos internos. De lo contrario, indica el Tribunal, los Estados se verían constantemente expuestos a la carga financiera más elevada (aptdo. 79, asunto *Comisión c. España*).

⁴⁵ Asuntos *Kohll, Decker, Vanbraekel y Leichtle*.

las libertades fundamentales incluso si el Estado de afiliación no reconoce el derecho a reembolso por tratamientos prestados a nivel interno⁴⁶.

Por el contrario, si el paciente no tiene derecho a la autorización conforme al Reglamento, pero el Estado miembro de afiliación establece mecanismos de reembolso para las prestaciones sanitarias internas, el paciente transfronterizo tiene derecho al reembolso en los mismos términos y alcance del que hubiera disfrutado si la asistencia sanitaria fuese puramente interna. Por lo tanto, un sistema de autorización previa como condición del reembolso de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza constituye, en este tipo de supuestos, un obstáculo que restringe las libertades de circulación, al favorecer la asistencia puramente interna, dificultando o disuadiendo a los pacientes de acudir a prestadores ubicados fuera del Estado miembro de afiliación.

El Tribunal de Justicia ha analizado en su jurisprudencia qué tipo de razones imperativas de interés general pueden justificar un sistema de autorización previa, tanto en los supuestos de reembolso por denegación indebida de autorización como en aquel fundado exclusivamente en el artículo 56 del TFUE. Así, el Tribunal de Justicia ha descartado de forma contundente la invocación de objetivos dirigidos a garantizar la calidad de la atención sanitaria⁴⁷; respecto a consideraciones de carácter económico, relativas al mantenimiento del equilibrio presupuestario y al control del gasto sanitario, en principio no son admitidas, ya que el artículo 56 del TFUE solo prohíbe el efecto discriminatorio y, en consecuencia, el reembolso estará limitado a las tarifas vigentes que sean cubiertas en el Estado de afiliación y no obliga a que este último asuma el coste efectivo del tratamiento si este es superior, de modo que no hay riesgo de gastos excesivos. En cambio, el Tribunal si ha aceptado justificaciones relativas a la necesidad de planificación de los recursos hospitalarios, a fin de salvaguardar el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social y garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos. Como consecuencia de ello, el Tribunal de Justicia ha rechazado sistemáticamente la justificación de la autorización previa para el reembolso respecto de la asistencia sanitaria no hospitalaria⁴⁸,

⁴⁶ Como sucede en la mayoría de los sistemas sanitarios basados en el principio de prestación en especie, en donde el beneficiario no puede acudir a prestadores distintos de los que formen parte del servicio público de salud o de una concertación con la institución competente. Ver asunto *Acereda Herrera*.

⁴⁷ Al estar armonizado a nivel europeo el sistema de reconocimiento de titulaciones, por lo que existen normas comunes sobre acceso y ejercicio de profesiones sanitarias (aptdo. 47, as. *Kohl*).

⁴⁸ En el ámbito de aplicación del artículo 56 del TFUE, el reembolso se realiza conforme a las normas del Estado de afiliación y por tanto no queda acreditado en la jurisprudencia relevante que el reembolso de asistencia no hospitalaria pueda poner en riesgo el equilibrio presupuestario ni el acceso al servicio médico y hospitalario. No obstante, no deberíamos concluir por ello que el Tribunal de Justicia haya llegado a descartar de forma absoluta la posibilidad de concurrencia de alguna causa de justificación en relación a la asistencia no hospitalaria. Así lo ha interpretado el PE, en su Informe de 2007 sobre la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva de servicios. Un pronunciamiento

y en cambio la admite para la hospitalaria, aunque sin llegar a formular una distinción clara entre uno y otro tipo de asistencia, cuestión que queda en manos del juez estatal.

W. SAUTER ha destacado⁴⁹ que una vez admitida esta justificación en el asunto *Smits y Peerbooms*, el Tribunal no ha necesitado en las sucesivas cuestiones sobre asistencia hospitalaria una demostración actual de dicho objetivo por parte de los Estados miembros⁵⁰, sino que ha optado por exponer las condiciones que deben cumplir los requisitos de fondo y las garantías procedimentales del régimen de autorización previa para calificar su compatibilidad con el Derecho de la UE (aunque su definición última en cualquier caso es competencia de los Estados miembros). Estos requisitos, precisados en el marco del juicio de proporcionalidad, son resultado del balance que el Tribunal de Justicia hace entre los intereses de los Estados miembros en materia de organización de los recursos sanitarios y las necesidades individuales de los pacientes⁵¹, si bien tiende a asimilar las condiciones de la autorización previa tanto en el ámbito del artículo 20 del Reglamento (CE) 883/2004 como en aplicación del artículo 56 TFUE, siendo su característica principal la preponderancia de la situación médica del paciente para definir el derecho a la autorización previa, por sobre cualquier motivo de carácter financiero u organizativo que los Estados puedan oponer⁵².

3) La competencia exclusiva de los Estados miembros para configurar su régimen de seguridad social y sus sistemas sanitarios. Como ya hemos mencionado, la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes se aplica indistintamente tanto a sistemas basados en el principio de reembolso como aquellos en los que predomina el principio de prestación en especie. No obstante, es en este último sistema donde se presentan más dificultades. Estados como Holanda, Noruega o España han llamado la atención al Tribunal de Justicia

reciente en el marco de un recurso por incumplimiento (recordemos que la jurisprudencia sobre movilidad de paciente está formada principalmente por cuestiones prejudiciales) el Tribunal de Justicia ha reconocido la pertinencia de una razón imperiosa de interés general respecto de la necesidad de autorización previa para la asistencia sanitaria no hospitalaria que implicase el uso de equipos materiales particularmente onerosos (Asunto *Comisión contra Francia*).

⁴⁹ SAUTER, W., *supra cit.*, p. 29.

⁵⁰ Sin perjuicio de que no sea compatible con el Derecho de la UE una normativa estatal que excluya con carácter general la cobertura de la asistencia transfronteriza hospitalaria sin autorización previa (Asunto *Elchinov*).

⁵¹ Asunto *Watts*, aptdo. 145.

⁵² Así, respecto a la interpretación de prestaciones cubiertas o previstas (asuntos *Smits y Peerbooms* y *Elchinov*), tratamientos disponibles en tiempo oportuno y sin retrasos indebidos (asuntos *Inizan* y *Elchinov*) y la insuficiencia de las listas de espera como elemento de la organización del sistema sanitario para fundamentar por sí misma la denegación de una autorización (asuntos *Müller-Fauré* y *Van Riet y Watts*). En resumen, no se podrá denegar la autorización si, estando la prestación cubierta en el Estado de afiliación, la asistencia sanitaria no pueda prestarse en su territorio en un plazo justificable desde un punto de vista médico, sobre la base de una evaluación médica objetiva del estado de salud del paciente, su historial y la evolución probable de su enfermedad.

acerca de las repercusiones que tiene el derecho a reembolso directo a los pacientes en la autonomía de los Estados miembros para configurar sus sistemas de seguridad social. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reiterado a lo largo de su jurisprudencia que la libertad de los Estados miembros para ejercer sus competencias propias no obsta a respetar sus obligaciones derivadas del Derecho de la UE y, cuando fuese necesario, realizar adaptaciones de sus sistemas sanitarios a fin de eliminar los obstáculos a las libertades del mercado interior⁵³. Respecto a la aplicación artículo 56 del TFUE en relación al reembolso cuando el Estado de afiliación ofrece prestaciones sanitarias a través de servicios públicos de salud, las dificultades para calificar este tipo de asistencia sanitaria como servicio en sentido europeo resultan irrelevantes para el Tribunal de Justicia, siendo suficiente que la asistencia sanitaria transfronteriza en sí pueda recibir dicha calificación⁵⁴.

En relación a los problemas para determinar la cuantía del reembolso cuando (en el Estado competente para asumir el coste) no existen baremos de referencia, al aparecer el servicio *ad intra* como gratuito desde el punto de vista del paciente, procede el reembolso complementario (fundamentado en el artículo 56 TFUE) por parte del Estado de afiliación cuando la cobertura en el Estado de tratamiento no es completa, implica un desembolso financiero por parte del paciente y su importe *total* resulta inferior a la cobertura de la que habría disfrutado el paciente asegurado por una prestación interna⁵⁵, cualquiera sea la forma del reembolso (directa al paciente o entre instituciones cuando el interesado haya tenido derecho a la autorización conforme al Reglamento).

Por último cabe destacar el reparto de responsabilidades que el Reglamento establece entre el Estado competente para asumir el coste de la asistencia

⁵³ Entre las que se encuentra el reconocimiento del derecho de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza, la adecuación de las condiciones para la concesión de la autorización previa y de las garantías procedimentales a principios de transparencia, objetividad y no discriminación (asuntos *Müller-Fauré* y *Van Riet* y *Watts*). En cualquier caso, el Tribunal de Justicia considera que las competencias estatales quedan salvaguardadas en la medida en que todos los elementos del reembolso son determinados por el Estado miembro competente para asumir el gasto, sin perjuicio de que el Derecho de la UE obligue a que dichos elementos deban fijarse de forma objetiva y no discriminatoria, de manera que no constituyan a su vez un obstáculo a la libre prestación de servicios. Ver aptdos. 106 y 107 del asunto *Müller-Fauré* y *Van Riet*.

⁵⁴ Asuntos *Watts* y *Acereda Herrera*.

⁵⁵ El límite del reembolso en ese caso será la diferencia entre «*el coste objetivamente cuantificado de dicho tratamiento equivalente*» en el Estado miembro competente, y la parte del coste total del tratamiento en el Estado miembro de estancia que no fue asumido por dicho Estado (aptdo. 131, asunto *Watts*, y asunto *Elchimov*). En este sentido, la existencia de baremos de reembolsos objetivos y transparentes resultará de gran importancia no solo desde el punto de vista del paciente, sino también en interés de las instituciones competentes para asumir los pagos, pues la organización de los recursos financieros deberá tomar en cuenta los desembolsos que se puedan reclamar en este concepto, tanto por parte de los pacientes como entre las instituciones de seguridad social de los Estados miembros.

sanitaria transfronteriza y el Estado miembro de estancia para la prestación. La autorización previa implica que el Estado que la concede otorga su confianza al Estado miembro de tratamiento y a sus profesionales, por lo que no cabe controlar *a posteriori* las decisiones sanitarias que se adopten durante el tratamiento, incluso si estas incluyen el traslado a un tercer Estado⁵⁶.

III. DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL A LOS SERVICIOS SOCIALES DE INTERÉS GENERAL

A) Servicios de Interés Económico General frente al Derecho Constitucional Económico de la UE⁵⁷

Aunque no encontramos en los Tratados un tratamiento sistemático de los Servicios de Interés Económico General (SIEG)⁵⁸, es posible afirmar que el término ha permitido encajar en el esquema jurídico del mercado interior el mantenimiento de las prerrogativas estatales de intervención en los procesos productivos⁵⁹, con el fin de satisfacer objetivos de carácter público y de conformidad con las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Por tanto, una concepción funcional de los SIEG desde el punto de vista del Derecho de la UE hará referencia a las actividades económicas del Estado que puedan entrar en el ámbito de aplicación de las normas europeas sobre libre circulación y el Derecho de la Competencia, y que, por su régimen característico (titularidad exclusiva del Estado, límites a la iniciativa económica, etc.), puedan resultar incompatibles con estas. En este sentido, la definición europea de prestación de servicios, conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia sobre el artículo 57 del TFUE será fundamental a fin de caracterizar los SIEG, pues permite excluir de su definición determinadas actividades⁶⁰. Para los demás servicios que asuma el Estado y que pue-

⁵⁶ Asunto *Keller*, en el que además ese tercer Estado no era un Estado miembro.

⁵⁷ Utilizamos el término *Derecho Constitucional Económico* en el sentido utilizado por BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002, esto es, las normas, principios, objetivos y políticas establecidas en los Tratados dirigidas a la consecución del mercado interior, y que por sus características de eficacia directa y primacía imponen determinadas limitaciones al desarrollo del proceso económico dentro de la UE. Su núcleo fundamental está compuesto por las normas sobre libre circulación y competencia.

⁵⁸ Sin perjuicio de las referencias que se encuentran en el artículo 106.2 del TFUE y en el artículo 14 del TFUE, introducido originalmente por el Tratado de Ámsterdam, además de otras normas relevantes: ver los artículos 91, 93, 96, 100 y 107 del TFUE.

⁵⁹ En este sentido debemos tener en cuenta la neutralidad del Derecho de la UE respecto del régimen de propiedad (art. 345 del TFUE).

⁶⁰ Quedan excluidas por definición, las funciones de policía, regalía o autoridad, y aquellas actividades que desarrolle el Estado a través de técnicas de servicio público (o las equivalentes según la tradición jurídica de cada Estado miembro) en las que no se presente el elemento remunerativo, como pueden ser, en principio, algunos servicios asistenciales o sociales, si bien el Tribunal de Justicia ha declarado que no es necesario para identificar una prestación de servicios que la remuneración sea cubierta por el propio beneficiario del mismo; esta doctrina afecta en especial a los servicios sanitarios, por su aptitud para ser prestados al mismo tiempo tanto por el Estado como en el mercado.

dan encuadrarse en el concepto de prestación de servicios, el artículo 106.2 del TFUE llama a encontrar un equilibrio entre el Derecho de la UE y los fines de interés general que persiga un SIEG. En aplicación de dicha disposición, el Tribunal de Justicia declaró que toda prestación de servicio que se pueda separar, desde una perspectiva económica, de un Servicio de Interés Económico General, queda sujeta a Derecho de la UE, siendo determinante la imposición de obligaciones de servicio universal por parte de un poder público para identificar una limitación justificada a las libertades del mercado interior y excepciones a las normas europeas de competencias⁶¹. Esta concepción tendrá un importante impacto en el régimen de los servicios públicos, pues aunque siga siendo estatal la competencia para la definición y organización de los mismos, los Estados miembros, obligados a respetar el Derecho de la UE en el ejercicio de sus competencias, deberán separar el régimen jurídico de las diferentes funciones que puedan integrar una entidad de servicio público⁶², a partir del criterio del sometimiento o no a las normas de la UE⁶³.

Por otra parte, en el contexto de la globalización económica, la UE favoreció, allí donde los Estados miembros lo necesitaron, un proceso de liberalización controlado, a través de su acción *sectorial* sobre aquellos mercados que podían entrar dentro del ámbito de aplicación del Tratado; en este sentido, el concepto de SIEG sirvió para designar aquellos sectores económicos bajo control estatal que por su carácter transfronterizo e importancia económica para la realización del mercado interior, tenían relevancia europea: las telecomunicaciones, los transportes, los sectores energéticos y los servicios postales⁶⁴.

⁶¹ Asuntos *Corbeau y Almelo*. Esta misma jurisprudencia reconoce que la calificación de una actividad como SIEG compete al juez estatal, así como la valoración de la justificación de una restricción de la competencia, en la medida que pueda dar lugar a la excepción de la aplicación del TFUE.

⁶² MIGUEZ MACHO, L., «Los Servicios de Interés General en la Unión Europea: perspectivas de evolución. Comentario al Libro Blanco de la Comisión sobre los Servicios de Interés General», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 8, 2005, pp. 9-10, considera que el Derecho de la UE ha asumido el modelo anglosajón de intervención en los servicios de utilidad pública, basado en la distinción de las funciones de *regulación y control*, frente a las funciones de *gestión*, en el que, a diferencia del modelo continental de servicio público, la *autoridad* se ejerce no desde la titularidad sino desde la supervisión del sector afectado por la intervención pública.

⁶³ El artículo 106.2 del TFUE presupone que los SIEG constituyen una realidad diversa en cada Estado miembro, aunque no del todo ajena al Derecho de la UE; no obstante, sin explicitar la distinción de funciones que estarán sujetas o no al mismo, el Tratado opta por ofrecer una solución de consenso que en último término dependerá de la ponderación judicial o en el mejor de los casos, de la «adecuada» diferenciación de régimen jurídico por parte del legislador estatal.

⁶⁴ La intervención de la UE en estos sectores también se manifiesta, de manera tangencial, a través de las normas de contratación pública, protección de consumidores y ayudas de Estado.

B) Interpretaciones de *soft law* y advenimiento del concepto de Servicios de Interés General⁶⁵

A mediados de los años noventa se produce un punto de inflexión en el proceso de apertura de los SIEG al mercado, motivado por la presión ejercida, en especial, por parte de los Estados miembros en los que la institución de servicio público estaba más consolidada⁶⁶. Esta nueva tendencia llevará a la introducción del artículo 16 del TCE en el Tratado de Ámsterdam, en virtud del cual la UE reconoce la importancia de los SIEG dentro de los valores comunes de la UE y se compromete a velar porque los mismos se ajusten a «condiciones y principios» que les permitan cumplir su cometido⁶⁷. Bajo este nuevo enfoque se emitirán sucesivos actos de *soft law*, principalmente por parte de la Comisión, dirigidos a proporcionar una interpretación del término, definir el alcance de las responsabilidades de la UE en la materia, los objetivos y principios que deberán inspirar la acción europea y, en definitiva, aportar mayor claridad acerca de la aplicación a los SIEG de las normas sobre mercado interior y competencia⁶⁸.

⁶⁵ Los documentos a los que nos referiremos son los siguientes: [Comisión] Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa (*DOUE* n° C 281, de 26.9.1996); Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa (*DOUE* n° C 17, de 19.1.2001); Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Libro Blanco sobre los servicios de interés general, *COM (2004) 374 final*; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Trabajar juntos, trabajar mejor – Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea» *COM (2005) 0706 final*; Comunicación de la Comisión: Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea, *COM (2006) 177 final*; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo. *COM (2007) 725 final*; [Parlamento Europeo] Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés general (*DOUE* n° C 306E, de 15.12.2006); Resolución del Parlamento Europeo sobre los servicios sociales de interés general en la Unión Europea (*DOUE* n° C 301E, de 13.12.2007). [Consejo] Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea (*DOUE* n° C 146, de 22.06.2006).

⁶⁶ MIGUEZ MACHO, L., *supra cit.*, p. 10, menciona, entre otras, la iniciativa francesa para la elaboración de una Carta de los servicios públicos en el ámbito comunitario en 1993. También cabe destacar el Consejo Europeo de Cannes de 1995, que llamó la atención sobre la necesidad de equilibrar la apertura de mercado en determinados sectores y la culminación del mercado interior, con las «misiones de interés económico general que se imponen en Europa» Consejo Europeo de Cannes, 26-27 de junio de 1995, Conclusiones de la Presidencia.

⁶⁷ Artículo 14 del TFUE; la actual redacción añade una atribución de competencias a la UE para fijar tales «condiciones y principios» a través de Reglamentos y conforme al procedimiento legislativo ordinario.

⁶⁸ En palabras de la Comisión, se pretende «desarrollar en mayor medida el marco europeo relativo al buen funcionamiento de los servicios de interés general» (Comunicación de la Comisión sobre Servicios de Interés General en Europa, *supra cit.*).

La Comisión introduce a través de estas comunicaciones el término Servicios de Interés General (SIG), que no tenía originalmente base en los Tratados pero que ha terminado por consolidarse en el Derecho de la UE⁶⁹. En el sentido utilizado por la Comisión, la fórmula abarca tanto los SIEG como los servicios considerados «no comerciales o de naturaleza no económica»⁷⁰, «no de mercado»⁷¹ o «no sometidos a la disciplina de mercado»⁷², y ha permitido a la Comisión defender que el Derecho de la UE tiene una incidencia en ambos ámbitos⁷³, aunque la intervención sea diferenciada y fundada en distintas competencias atribuidas⁷⁴; no obstante la Comisión realiza importantes proposiciones en torno a los elementos comunes de ambas categorías y que se refieren principalmente al rol de los SIG en la UE, a las responsabilidades de la UE y a los criterios de determinación del ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

La Comisión asume que los SIG son un elemento fundamental del modelo de sociedad europeo, definido como una economía abierta basada en unos valores comunes a los Estados miembros: solidaridad, cohesión y mecanismos de mercado. El reconocimiento de los SIG entre los valores compartidos de la UE⁷⁵ implica, en palabras de la Comisión, reconocer el vínculo entre SIG y ciudadanía europea e imponen la necesidad de definir la interacción entre mercado único y los objetivos de interés general. Sin perjuicio de la autonomía de los Estados miembros para definir las misiones de interés general, la Comisión estima que es necesario promover desde la UE una perspectiva común en materia de SIG⁷⁶, basada en el principio de lealtad debida a la UE y dirigida en especial a consolidar la coordinación y la solidaridad entre los Estados miembros y a la definición de un interés general a nivel europeo, siendo la noción de obligaciones de servicio universal una

⁶⁹ El Tratado de Lisboa ha anexoado al TFUE el Protocolo nº 26 sobre los Servicios de Interés General en Europa, que por primera vez incorpora el término con valor de Derecho Primario.

⁷⁰ Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa, *supra cit.*

⁷¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Libro Blanco sobre los servicios de interés general, *supra cit.*

⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, *supra cit.*

⁷³ Punto 18 Comunicación de la Comisión: Los Servicios de Interés General en Europa, *supra cit.*

⁷⁴ La distinción entre SIEG y el resto de SIG, sin embargo, no está suficientemente clara, pese a los esfuerzos de la Comisión en sus Comunicaciones sobre SSIG por aportar alguna luz, como veremos más adelante.

⁷⁵ Artículo 14 del TFUE.

⁷⁶ Ver puntos 17 y 19, Comunicación de la Comisión: Los Servicios de Interés General en Europa, *supra cit.*

expresión de la misma⁷⁷ y un elemento complementario a la liberalización del mercado de servicios.

En 2004, tras la apertura de un proceso de consulta pública sobre los SIG⁷⁸, la Comisión presenta un Libro Blanco⁷⁹ en el que refleja las conclusiones y las líneas de acción de la UE derivadas de la misma y adapta, en consecuencia, su concepción de los SIG a los resultados de la consulta. En concreto, su definición comprende todos los servicios que las autoridades públicas (incluidas las europeas) consideren de interés general y estén sometidos a obligaciones específicas de servicio público, siendo indiferente si estos servicios están o no sometidos a la disciplina de mercado⁸⁰. Esta definición en función de objetivos y no, por tanto, por la forma de organización, es la clave de la lógica de equilibrio entre la acción de la UE y las competencias de los Estados miembros, y se debe conectar con la defensa por parte de la Comisión de la consecución de los objetivos de interés general comprometidos en el marco de un mercado abierto y competitivo. La Comisión extiende de esta manera la interpretación del artículo 106.2 del TFUE a todos los tipos de SIG: puesto que dicha disposición tiene el efecto de excluir la aplicación de los Tratados a favor del «cumplimiento de las misiones de interés general» de los SIG, la Comisión concluye que el Derecho de la UE protege dichos fines y no los instrumentos para llevarlos a cabo⁸¹.

En materia competencial, se afirma el carácter compartido de las responsabilidades públicas en materia de SIG, tanto sobre la base del propio Tratado⁸², como del reconocimiento político de los mismos como elemento fundamental del modelo europeo de sociedad. Las competencias estatales comprenden la asignación de las obligaciones de servicio público, la garantía de su cumplimiento y la decisión de la organización del servicio a través de mecanismos de mercado o, por el contrario, de forma directa. A la UE,

⁷⁷ Punto 27, Comunicación de la Comisión sobre Servicios de Interés General en Europa, *supra cit.*

⁷⁸ Cuyos resultado se plasman en el Libro Verde sobre los Servicios de Interés General, que enmarcaba la consulta en cuestiones como el papel de la UE en la definición de los objetivos de servicio público que persiguen los SIG, o su forma de organización, financiación y evaluación.

⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Libro Blanco sobre los servicios de interés general, *supra cit.*

⁸⁰ De la consulta precisamente se había destacado la necesidad de mantener la distinción entre los llamados SIEG y SIG no económicos, si bien sobre la base de criterios distintos de la mera dicotomía económico/no económico.

⁸¹ Desde un primer momento la Comisión remarca la importancia de la separación del concepto de SIG de la forma de ejecución de la misma: «[e]l Tratado permite, por tanto, conciliar la persecución y consecución de los objetivos de servicio público con la de los objetivos de competencia de la UE en su conjunto, en particular, la necesidad de garantizar igualdad de condiciones a todos los proveedores de servicios y de optimizar el empleo del dinero público» (punto 3.2 del Libro Blanco sobre los SIG, *supra cit.*).

⁸² Artículos 14, 106.2 del TFUE y artículo 36 de la Carta de derechos fundamentales de la UE.

por su parte, le corresponde tomar en cuenta en la elaboración de sus políticas el papel específico que cumplen los SIG en la UE y al mismo tiempo asumir su propia responsabilidad, dentro del ámbito de sus competencias, de velar por que los SIG cumplan su cometido. La Comisión se manifiesta conforme respecto a la opinión generalizada en la consulta pública que niega la necesidad de ampliar los poderes de la UE en materia de SIG, sin perjuicio de asumir como un fundamento adicional para la acción europea la posible reforma del entonces artículo 16 del TCE prevista en la propuesta de Constitución Europea⁸³. En cuanto al principio de subsidiariedad, se reitera la necesidad de definir un interés general europeo en ámbitos donde exista una «clara dimensión europea» (v. gr. las infraestructuras de redes).

La situación de los servicios sociales será abordada de forma específica por la Comisión en sus siguientes Comunicaciones, enmarcadas de forma más general en la llamada Estrategia de Lisboa, aunque anteriormente ya había tenido oportunidad de adelantar sus propuestas⁸⁴. En su Comunicación de 2006⁸⁵ se introduce la categoría de Servicios Sociales de Interés General (SSIG) a modo de reconocimiento de la especificidad de los servicios sociales dentro de los SIG, a fin de desarrollar un enfoque sistemático de sus peculiaridades a nivel europeo y clarificar las normas europeas aplicables. Sin aportar una definición expresa del término, se enumeran los servicios comprendidos: (i) servicios sanitarios⁸⁶, (ii) sistemas de protección social ante riesgos fundamentales de la vida (salud, vejez, desempleo, etc.) y, por último, (iii) servicios prestados directamente a la persona, vinculados a la realización de sus derechos fundamentales y dirigidos a facilitar la inclusión social⁸⁷.

⁸³ La nueva formulación del artículo 16 del TCE en actual artículo 14 en el TFUE, similar tanto en el proyecto de Constitución como en el Tratado de Lisboa, amplía los poderes de la UE mediante la atribución de competencia para dictar reglamentos, mediante procedimiento legislativo ordinario, sobre los principios y condiciones de funcionamiento de los SIEG, respetando en todo caso las competencias estatales para *prestar, encargar y financiar* los SIEG.

⁸⁴ En el Libro Blanco sobre SIG, la Comisión había destacado la especial atención que debía prestar la acción de la UE al «interés general de los servicios sociales y sanitarios». La necesidad de modernizar este tipo de servicios (entendido como el recurso a instrumentos de mercado), debería llevar a la definición de un marco europeo sobre su funcionamiento y modernización, a fin de dotar de mayor seguridad jurídica la aplicación del Derecho de la UE allí donde los Estados miembros (en ejercicio de sus competencias propias) hayan optado por la introducción de mecanismos de mercado para la prestación de servicios sociales y sanitarios.

⁸⁵ Comunicación de la Comisión: Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la UE, *supra cit.*

⁸⁶ En principio, el ámbito de los servicios sanitarios se considera objeto de un tratamiento diferenciado de los servicios sociales; en concreto, a través del desarrollo del Proceso de Reflexión de Alto Nivel en materia de movilidad de pacientes y asistencia sanitaria.

⁸⁷ Esta categoría abarca cuatro tipos de servicios: atención de situaciones de riesgo inmediato (toxicomanía, desempleo, etc.), inserción socio-profesional (incluida la rehabilitación y la formación), atención de necesidades a largo plazo (situaciones de discapacidad o problemas de salud) y vivienda social.

La relevancia de este tipo de servicios a efectos de la aplicación del Derecho de la UE se explica en los procesos de *modernización* o apertura al mercado que se observan en los Estados miembros, que sin eliminar sus elementos característicos de organización (principio de solidaridad, ausencia de ánimo de lucro o relación asimétrica entre prestadores y usuarios no sujeta a remuneración directa) han introducido en la prestación de estos servicios instrumentos de mercado⁸⁸. Sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para definir misiones de interés general y los principios de organización en el ámbito de los servicios sociales, en la medida que el Derecho de la UE resulte aplicable, el ejercicio de tales competencias estatales estarán sujetas a determinadas obligaciones de Derecho de la UE⁸⁹. Esta perspectiva supone una importante matización al principio de subsidiariedad y consolida la superación del criterio de distinción entre actividades económicas y no económicas que había caracterizado originalmente la utilización del término SIG. La Comisión hace notar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tanto en materia de Derecho de la Competencia como de libertades fundamentales ha acentuado la incertidumbre jurídica en relación a la aplicación del Derecho de la UE a los SSIG, en la medida que la interpretación del concepto de «actividad económica» (desligado del modo de financiación) o del alcance del elemento remunerativo en materia de libre prestación de servicios (al considerarse irrelevante que un servicio no sea pagado directamente por el beneficiario del mismo) tendría el efecto de *extender* el ámbito de aplicación del Derecho de la UE a prácticamente la totalidad de los servicios considerados como sociales, sin perjuicio de los supuestos de exclusión de la aplicación de las normas de la UE en los términos previstos en el artículo 106.2 TFUE. De ahí que la Comisión proponga en esta Comunicación la apertura de consultas, principalmente referidas a la definición de las características específicas «de las condiciones y modalidades de organización» que se consideren propias de los SSIG, a fin de que puedan ser consideradas tanto por los Estados miembros *a priori* (al definir los objetivos de interés general y la forma de organización de los mismos) como por la UE *a posteriori* (desde el punto de vista del examen de compatibilidad de los SSIG con el Derecho de la UE).

En 2007 la Comisión dicta una nueva Comunicación⁹⁰, a fin de reflejar sus

⁸⁸ Se mencionan a modo de ejemplo la evaluación comparativa y los controles de calidad, la externalización al sector privado, o el recurso a técnicas de colaboración institucionalizada entre el sector público y el privado que suponen formas de financiación complementarias a la estrictamente fiscal

⁸⁹ Así por ejemplo, las normas de contratación pública afectarán a las técnicas de delegación o colaboración público-privada; en el ámbito de la financiación y/o compensación, serán de aplicación las normas europeas sobre ayudas públicas; y por último, en materia de regulación sectorial y normas de acceso al mercado, serán relevantes las libertades fundamentales europeas, en concreto la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

⁹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, supra cit.

conclusiones acerca del debate suscitado sobre la posición de los SIG en la UE, tomando en cuenta el dictamen del Parlamento Europeo (PE) acerca del Libro Blanco⁹¹, los resultados de la consulta pública abierta tras la Comunicación sobre los SIG y de forma especial, las novedades del Tratado de Lisboa en esta materia. En términos generales, la Comisión mantiene su enfoque, aunque introduce una nueva distinción entre SSIG y servicios de carácter no económico, tomando como fundamento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto europeo de servicio (y por tanto, la interpretación de los conceptos de actividad económica y remuneración). Dicha jurisprudencia tendría el efecto de atraer hacia el concepto de SIG a gran parte de los SSIG, puesto que estos podrían tener la consideración tanto de *actividad económica* como de *no económica*, dependiendo del régimen de la actividad considerada en cada Estado miembro.

En lo que respecta a los servicios sanitarios, la Comisión mantiene un proceso de consultas diferenciado para los servicios sociales, debido no solo a sus características específicas sino también a la propia prevención del entonces artículo 152 del TCE (art. 168 TFUE) que, según la Comisión, *deja claro* que la acción de la UE debe respetar las competencias de los Estados miembros en materia de servicios sanitarios. Sin embargo, esto no supondrá un matiz que implique una acción europea de menor intensidad, pues a diferencia de lo que sucede respecto al resto de SSIG, la Comisión anuncia con claridad sus pretensiones de iniciar el planteamiento de propuestas para un marco europeo de los servicios sanitarios transfronterizos, tras las Conclusiones del Consejo sobre valores y principios comunes en los sistemas sanitarios de la UE.

IV. DIRECTIVA 2011/24/UE, RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

A) Antecedentes

Tras las sentencias *Kohll* y *Decker* se inicia un proceso de debate sobre la movilidad de los pacientes en el seno de las instituciones europeas. Dentro de este proceso, podemos destacar cuatro hitos.

En 2003, el Comité de Alto Nivel sobre Salud, grupo de trabajo de la Comisión compuesto por altos cargos de los Estados miembros, emite un In-

⁹¹ El PE también ha elaborado actos de *soft law* sobre los SIG, a modo de contestación a la actividad de la Comisión, entre las que caben destacar la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés general y la Resolución del Parlamento Europeo sobre los servicios sociales de interés general en la UE (ver nota 66 *supra*). En ellas asume en términos generales las propuestas de la Comisión, si bien introduce ciertas consideraciones acerca de la prevalencia, en caso de conflicto, de los objetivos de interés general sobre las normas de mercado interior.

forme⁹² que analiza la aplicación en los Estados miembros de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de movilidad de pacientes, en la que se detecta que la misma no está siendo adecuadamente aplicada, ya que los pacientes se encuentran con múltiples dificultades para ejercer sus derechos. Por lo tanto, se considera necesario un marco europeo para la asistencia transfronteriza, sin bien las estadísticas señalaban entonces que la movilidad de pacientes no tendría, hasta ese momento, un impacto relevante desde un punto de vista presupuestario en los sistemas de seguridad social.

A partir de este Informe, la Comisión impulsa un Proceso de Reflexión de Alto Nivel sobre movilidad de los pacientes y evolución de la asistencia sanitaria en Europa⁹³. El resultado de dicho proceso se plasmó en una serie de recomendaciones a las que la Comisión da respuesta a través de una Comunicación⁹⁴, en la que se atienden diversos aspectos de la política de salud de la UE, abordando de forma general los sistemas sanitarios en los Estados miembros (y no solo la movilidad de pacientes). En relación a la asistencia sanitaria transfronteriza, destaca la propuesta de estudio de su alcance, la elaboración de una estrategia en materia de información, el establecimiento de un marco europeo para la prestación de servicios de salud en línea y la protección de datos. Por otro lado, se propone analizar la capacidad de los sistemas sanitarios estatales para absorber la atención transnacional y establecer redes de cooperación transfronteriza, en ámbitos como la creación de centros europeos de referencia y la coordinación sobre evaluación de tecnologías sanitarias. Se plantea además la posibilidad de realizar mejoras para facilitar la movilidad de los profesionales sanitarios y, a nivel de política europea, se propone el desarrollo de una visión europea común sobre sistemas sanitarios. Por último, la Comisión prevé el establecimiento de un Grupo de Reflexión de Alto Nivel sobre servicios de salud y atención médica, compuesta por representantes de los Estados Miembros y de la Comisión, que tendría como función primordial canalizar la cooperación entre los Estados miembros, en el respeto de sus propias competencias, y en definitiva «hacer realidad» las propuestas resultantes del proceso de reflexión. También serviría como punto de contacto con otros organismos internacionales y como receptor de la participación de las partes interesadas de la sociedad civil.

Por otra parte, la Comisión propuso ampliar el Método Abierto de Coordinación (MAC) en materia de asistencia sanitaria y asistencia de larga duración, que hasta entonces se había limitado a la inclusión social y las pensio-

⁹² *Commission Staff Working Paper Report on the application of internal market rules to health services implementation by the member states of the court's jurisprudence, SEC (2003) 900.*

⁹³ Informe del Proceso de Reflexión de Alto Nivel sobre la movilidad de los pacientes y evolución de la asistencia sanitaria en la UE, *HLPR/2003/16*.

⁹⁴ Comunicación de la Comisión: Seguimiento del proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la UE, *COM (2004) 301 final*.

nes. Actualmente, se ha unificado la coordinación en todas estas materias en el MAC Social⁹⁵, a cargo de un Comité de protección social.

Por último, en 2006 la Comisión abrió una Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud cuyo resultado fue hecho público en 2007. Tras la exclusión de la asistencia sanitaria de la Directiva de Servicios⁹⁶ y teniendo en cuenta las Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la UE, así como la postura del PE reflejada en su Resolución de 9 de junio de 2005, sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la UE⁹⁷, la Consulta pretende recabar información sobre aquellos aspectos de los servicios sanitarios, considerando un concepto de asistencia transfronteriza en sentido amplio (esto es, tanto la movilidad de pacientes como la de prestadores de servicios sanitarios), en los que la intervención europea sería bien recibida por parte de los Estados. El resultado de la consulta indicaba la ausencia de datos actualizados y fiables acerca de la movilidad de pacientes, aunque la mayoría de la información disponible mostraba que no representaba más del 1% del total del gasto sanitario. Por otra parte, se mostró la existencia de consenso en puntos como la necesidad de fortalecer la información a los pacientes, y si bien también existe cierto acuerdo acerca de la necesidad de una acción europea en materia de servicios de salud, hay discusión acerca de la relación entre el principio de subsidiariedad y libertades fundamentales, o los efectos de la asistencia transfronteriza en los sistemas sanitarios a nivel estatal.

Tras esta Consulta, la Comisión anuncia la aprobación de la propuesta de Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, presentada el 2 de julio de 2008⁹⁸, de forma

⁹⁵ Véase: Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2005 «Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea», *COM (2005) 706*; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social», *COM (2008) 418*. En el ámbito de la asistencia sanitaria y de larga duración, los objetivos fijados dentro del MAC son tres: (i) asegurar la accesibilidad en términos de universalidad y equidad; (ii) garantizar la calidad de la asistencia, y su adecuación a los cambios en las necesidades individuales y sociales, reforzando para ello la responsabilidad tanto de los profesionales como de los pacientes; y por último, (iii) conseguir la viabilidad financiera de los mismos, como presupuesto para conseguir los dos objetivos anteriores, entre otros medios, a través de la racionalización de los recursos y la adecuada coordinación entre el sector público y el privado, así como el establecimiento de incentivos adecuados tanto a los profesionales como a los pacientes.

⁹⁶ Excluida del ámbito de aplicación. Véase artículo 2.2.f de la Directiva 2006/123/UE, así como los considerandos 22 y 23 del Preámbulo de la misma.

⁹⁷ El PE emitirá otra Resolución en 2007, sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, ver nota 66 *supra*.

⁹⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (*COM [2008] 414*).

simultánea a una serie de medidas en materia de política social en el marco de la Comunicación sobre la agenda social renovada (también llamado «paquete social»). Con esta estrategia la Comisión trata de distinguir el enfoque de esta nueva regulación sobre los servicios sanitarios de aquel adoptado con ocasión de la Directiva de Servicios⁹⁹.

B) Base jurídica

Pese al intento fallido de incluir a los servicios sanitarios en la Directiva de Servicios, la Comisión ha identificado al artículo 114 del TFUE como base idónea¹⁰⁰. A juicio de la Comisión, los obstáculos a remover mediante la Directiva atañen en especial a las dificultades que encuentran los pacientes para la satisfacción del derecho a reembolso, frente a las instituciones de seguridad social o los servicios públicos de salud de los Estados miembros, de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza, en los términos reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁰¹. Desde el punto de vista de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la Comisión justifica su propuesta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por la cual la aplicación de las libertades fundamentales europeas en el ámbito de los servicios sanitarios y seguridad social no menoscaba las competencias estatales en la materia¹⁰². Por otra parte, la Comisión se ha esforzado en sus Comunicaciones por demostrar que el mero efecto prohibitivo del artículo 49 del TCE (art. 56 del TFUE) no es suficiente para garantizar

La propuesta se presentó acompañada de una Comunicación de la Comisión y un *Impact Assessment* que sirven como justificación jurídica y política, respectivamente, de la misma. Se pueden consultar todos los documentos relativos a la propuesta en el enlace PreLex: http://www.ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosID=197193 (consultado por última vez el 26.4.2011).

⁹⁹ SAUTER, W., *supra cit.*, p. 37.

¹⁰⁰ Como es bien conocido, las medidas adoptadas conforme a dicha disposición tienen por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, contribuyendo así a eliminar obstáculos a las libertades de circulación y distorsiones sensibles a la competencia. El Tribunal de Justicia también ha interpretado el 114 del TFUE en el sentido de que las medidas de armonización adoptadas dentro de su ámbito de aplicación admiten la consecución de objetivos relativos a la protección de la salud. Ver STJ, de 5.10.2000, as. *Alemania/PE contra Consejo* (C-376/98); STJ, de 10.12.2002, as. *British American Tobacco* (C-491/01).

¹⁰¹ Véase punto 4, letra a) de la Exposición de Motivos de la propuesta de la Comisión. La Comisión considera que en relación a la movilidad de pacientes es esencial garantizar, además, aspectos como la información a los pacientes, la seguridad y la calidad de la asistencia sanitaria, la continuidad de la atención y las vías de recurso e indemnización.

¹⁰² El artículo 152.5 del TCE ha sido modificado por el Tratado de Lisboa, resultando su actual redacción, en el artículo 168.7 del TFUE, mucho más específica respecto a las competencias estatales que deben ser preservadas frente a la acción de la UE en materia de salud pública, que incluyen la definición de su política de salud, la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica (incluida la gestión y asignación de recursos a las mismas). Cabe preguntarse, por tanto, si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tendría el mismo alcance y sentido después de esta modificación.

de forma plena el ejercicio de esta libertad¹⁰³, y que en consecuencia, resulta necesario establecer «un marco claro para la asistencia sanitaria transfronteriza en la UE a fin de posibilitar el ejercicio de los derechos de los pacientes y garantizar al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud»¹⁰⁴, sin perjuicio de permitir, en la propia Directiva, un amplio margen a los Estados miembros para actuar dentro de un marco de cooperación.

La primera lectura del Consejo (ya durante la vigencia del Tratado de Lisboa) introdujo como segunda base jurídica el artículo 168 del TFUE, que regula las competencias de la UE en materia de salud pública. Desde el punto de vista procedimental, la doble base jurídica no plantea mayores dificultades ya que ambas contemplan el procedimiento legislativo ordinario. No obstante, desde una perspectiva material, nos encontramos frente a competencias atribuidas de muy distinta naturaleza, ya que el artículo 168 del TFUE atribuye competencias de carácter complementario y de fomento en materia de salud pública, estableciendo una especial garantía al principio de subsidiariedad y excluyendo claramente la armonización. En la propuesta original de la Comisión, resulta difícil identificar la necesidad de acudir a la segunda base, pues la regulación de ámbitos de cooperación intergubernamental se debería supeditar a la eliminación de obstáculos a la asistencia sanitaria transfronteriza¹⁰⁵. No obstante, de acuerdo con la exposición de motivos y de los considerandos de la propuesta del Consejo en primera lectura, la segunda base resulta necesaria, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, para fundamentar la regulación relativa a la cooperación intergubernamental y, al mismo tiempo, a modo de delimitación de las competencias ejercidas frente a las responsabilidades estatales en materia de servicios sanitarios (art. 168.7 del TFUE). Sin embargo, aunque tanto en la propuesta del Consejo como en la del PE la regulación de los ámbitos de cooperación intergubernamental no se limita a facilitar la asistencia sanitaria transfronteriza¹⁰⁶, resulta difícil hallar alguna conexión con las competencias atribuidas en el artículo 168, que en especial tras el Tratado de Lisboa, establece unos objetivos muy específicos en materia de salud pública¹⁰⁷.

¹⁰³ En diferentes Comunicaciones e Informes de la Comisión, incluido el *Impact Assessment* que acompaña a la proposición.

¹⁰⁴ Exposición de motivos, p. 9.

¹⁰⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite la doble base jurídica siempre que se puedan identificar en el acto legislativo dos objetivos indisolublemente ligados entre sí, sin que ninguno de los dos sea indirecto o accesorio respecto del otro. STJ, de 10.12.2002, as. *British American Tobacco* (C-491/01).

¹⁰⁶ Así por ejemplo, artículo 13 de la Directiva, *supra cit.* (cooperación en materia de enfermedades raras).

¹⁰⁷ En general, las competencias atribuidas en el artículo 168 no se conectan sino vagamente con la asistencia sanitaria transfronteriza, salvo una mención específica al fomento de la complementariedad de los servicios de salud en regiones transfronterizas (introducida por el Tratado de Lisboa, aptdo. 2). El resto de objetivos están más vinculados a la salud pública (p.e. cuestiones fitosanitarias, amenazas a la salud pública de relevancia transfronteriza, estándares de calidad y seguridad de productos sanitarios) que a la prestación de servicios sanitarios, lo cual resulta coherente con lo dispuesto en el

C) Contenido

La propuesta de la Comisión ha sido objeto de importantes enmiendas tanto por parte del Consejo como por parte del PE, lo cual ha llevado a que el resultado no mantenga la coherencia del texto original. A continuación presentamos su contenido más relevante, destacando las posturas divergentes de las instituciones en su caso:

– *Objetivos*¹⁰⁸: La Comisión fijó como objetivos la positivación de los valores y principios comunes de los sistemas de salud de los Estados miembros, tal como se han formulado por el Consejo¹⁰⁹, aplicados en un marco jurídico específico para la asistencia sanitaria transfronteriza y apoyado por un marco para la cooperación europea en la materia¹¹⁰. El PE ha optado por sustituir la expresión «marco específico» por la menos ambiciosa «reglas para facilitar el acceso», declarando expresamente el respeto a las competencias estatales. Además, la Directiva, tras una enmienda del PE, añade como objetivo aclarar la relación con el Reglamento (CE) 883/2004.

– *Ámbito de aplicación*¹¹¹: a la propuesta inicial de la Comisión, por la cual la Directiva se aplica a todo tipo de asistencia sanitaria, con independencia del modo de organización, financiación y suministro, se añaden tres ámbitos de exclusión: cuidados de larga duración y dependencia, trasplantes de órganos (asignación y acceso) y programas de vacunación¹¹². Además se excluye expresamente la posibilidad de reembolso, fundada en la Directiva, de la asistencia sanitaria proporcionada por prestadores establecidos en el propio territorio del Estado miembro de afiliación que no formen parte de los sistemas sanitarios estatales.

– *Relación con otras normas de Derecho de la UE*¹¹³: particularmente importante es la relación con el Reglamento (CE) 883/2004. En la propuesta de la Comisión, la aplicación de la Directiva era independiente de la aplicación del Reglamento, de modo que la Directiva no sería aplicable si concurren las circunstancias previstas en el Reglamento para conceder la autorización previa para el traslado a otro Estado miembro distinto al de afiliación a fin de recibir asistencia sanitaria, y en consecuencia, podría interpretarse que tampoco debería ser aplicada a los supuestos de denegación indebida de la autorización¹¹⁴. En la primera lectura del PE se corrige este último punto, guardando así mayor coherencia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que reconoce la posibilidad de aplicación concurrente y complementaria.

apartado 7 del artículo 168 del TFUE y la reserva expresa de competencias estatales sobre la materia.

¹⁰⁸ Artículo 1.1 de la Directiva *supra cit.*

¹⁰⁹ Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea (2006/C 146/01).

¹¹⁰ Considerando 8, propuesta de la Comisión, *supra cit.*

¹¹¹ Apartados 2 a 4 del artículo 1 de la Directiva, *supra cit.*

¹¹² Artículo 1.3 de la Directiva, *supra cit.*

¹¹³ Artículo 2 de la Directiva, *supra cit.*

¹¹⁴ Artículo 3.2, propuesta de la Comisión, *supra cit.*

ria de ambos regímenes. No obstante, a partir de la primera lectura del Consejo, se establece de modo general que la Directiva se aplica, «sin perjuicio de lo establecido» en el Reglamento y los posibles conflictos entre ambas normas se abordan solo desde la perspectiva de la regulación de la autorización previa en cuanto límite a la asistencia sanitaria transfronteriza, como veremos más adelante.

– *Definiciones*¹¹⁵: el PE y el Consejo han hecho una profunda revisión de la propuesta original en este aspecto. Podemos destacar, por ejemplo, que tras la lectura del Consejo la asistencia sanitaria transfronteriza incluye tanto la “prestada” como la “recetada” y se limita a facilitar la movilidad de pacientes (y no de prestadores, como pretendía la Comisión, sin perjuicio de las normas sobre sanidad electrónica); las definiciones de persona asegurada o Estado miembro de afiliación guardan correspondencia con el régimen de coordinación de seguridad social; por otra parte, el Estado de tratamiento se define por el lugar de prestación de la asistencia y por el lugar de establecimiento del prestador (en los supuestos de telemedicina).

– *Deberes del Estado miembro de tratamiento*¹¹⁶: dentro de los deberes fijados en la propuesta original, destacan las garantías de los principios comunes a los sistemas de salud de los Estados miembros (universalidad, calidad, equidad, solidaridad), el establecimiento de un régimen de responsabilidad profesional y garantías en cuanto a la información relacionada con la asistencia sanitaria transfronteriza (desde las tarifas a los tratamientos), tanto en los puntos nacionales de contacto como por parte de los prestadores de servicio. El PE y el Consejo han añadido otros deberes como la garantía del derecho a la intimidad del paciente, establecimiento de medidas para asegurar la continuidad del tratamiento en el Estado de origen y, en particular, se amplían las consideraciones relacionadas con el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad. En este sentido, el Consejo introduce la posibilidad de que el Estado miembro de tratamiento limite el acceso a los tratamientos de pacientes no autóctonos, si el límite tiene por objeto garantizar un acceso suficiente y permanente a la asistencia sanitaria en su territorio. El PE especifica además las razones imperiosas de interés general que puedan justificar una medida de este tipo, fundados en objetivos relativos a la necesidad de programación de los servicios sanitarios, o relacionados con la organización y eficiencia de los recursos¹¹⁷.

– *Deberes del Estado miembro de afiliación*¹¹⁸: además de los deberes de reembolso en los términos establecidos en la Directiva, se incluyen obligaciones relativas a la información sobre el acceso a la asistencia transfronteriza (que

¹¹⁵ Artículo 3 de la Directiva, *supra cit.*

¹¹⁶ Artículo 4 de la Directiva, *supra cit.*

¹¹⁷ Si ponemos en relación esta disposición con el artículo 8 de la Directiva, podemos observar que el PE se ha asegurado de que las razones que sean invocables para limitar la movilidad de pacientes resulten equivalentes tanto en el Estado de tratamiento como en el de afiliación.

¹¹⁸ Artículo 5 de la Directiva, *supra cit.*

deberá distinguir claramente los derechos de los pacientes con base en la Directiva de aquellos fundados en el Reglamento), así como garantías de continuidad del tratamiento, incluido el acceso al historial médico.

– *Principios de reembolso*¹¹⁹: la Directiva positiviza los principios básicos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; así por ejemplo, el reconocimiento del derecho a reembolso por la asistencia sanitaria transfronteriza que se corresponda con las prestaciones cubiertas en el Estado miembro de afiliación, hasta la cuantía asumible para los tratamientos prestados *ad intra*. Además se establece que, como regla general, el reembolso no pueda estar sujeto a autorización previa, si bien se admite que se apliquen los mismos requisitos o procedimientos médicos o administrativos que sean pertinentes para la asistencia sanitaria interna. También se establecen algunas novedades respecto a la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes, incluso en el ámbito del Reglamento (CE) 883/2004: los titulares de una pensión y sus beneficiarios que residan en un Estado miembro distinto al de afiliación y decidan acudir al Estado de afiliación para recibir asistencia sanitaria, solo pueden exigir el reembolso frente a este último Estado y no frente al Estado de residencia (constituyendo una excepción, por tanto, a las reglas del Reglamento); además, el Estado de afiliación puede limitar (con carácter general y no solo mediante la autorización previa) la movilidad de pacientes por razones imperiosas de interés general. Por otro lado, el establecimiento de un sistema de autorización previa para el reembolso, además de excepcional, razonada y proporcional, se limitará a un catálogo determinado de asistencia sanitaria. La definición de los tratamientos susceptibles de ser sometidos a autorización previa, introducida en la Directiva por el Consejo en primera lectura, va más allá de la distinción jurisprudencial entre asistencia hospitalaria y no hospitalaria¹²⁰, y tiene fundamento en razones relacionadas con la necesidad de planificación de los sistemas sanitarios, la existencia de riesgos para la salud, y por sospechas sobre la seguridad o calidad del servicio (si bien en ámbitos no armonizados por la UE). En cuanto al derecho a la autorización, se establecen los mismos requisitos fijados por el Tribunal de Justicia¹²¹ y además se limitan los motivos de denegación¹²².

¹¹⁹ Capítulo III de la Directiva, *supra cit.*

¹²⁰ Tal distinción, que recogía la propuesta original de la Comisión y que se apoyaba en la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes, está siendo también revisada por el Tribunal de Justicia (Asunto *Comisión contra Francia*, ver nota 34 *supra*).

¹²¹ Esto es, cuando el paciente tenga derecho (*ad intra*) a la asistencia sanitaria de que se trate, y cuando esa asistencia sanitaria no pueda prestarse en su territorio en un plazo que esté médicamente justificado, sobre la base de una evaluación médica objetiva del estado de salud del paciente, su historial y la evolución probable de su enfermedad, el grado de dolor que padezca y/o la naturaleza de su discapacidad en el momento en que la solicitud de autorización fue efectuada o renovada.

¹²² En realidad, la descripción viene a ser redundante, ya que estos motivos se corresponden con la comprobación de las circunstancias que hacen susceptible de autorización previa a la asistencia sanitaria o con el incumplimiento de algunas de las condiciones que dan derecho a la autorización.

– *Garantías procedimentales*¹²³: se establecen con sumo detalle una serie de principios procedimentales que el Estado de afiliación debe asegurar en los procedimientos administrativos aplicables, a fin de facilitar el acceso de los pacientes a la asistencia sanitaria transfronteriza (transparencia, objetividad, celeridad, proporcionalidad y motivación, no discriminación, revisión judicial, etc.). Como medida innovadora respecto a la propuesta de la Comisión y del Consejo, el PE contempla la posibilidad de que los Estados de afiliación establezcan un sistema voluntario de notificación previa, de modo que los pacientes puedan conocer con antelación los costes cubiertos. Además, se admite que los Estados puedan optar por aplicar las normas de coordinación en supuestos en los que en principio no sería aplicable el Reglamento (CE) 883/2004.

– *Cooperación intergubernamental*¹²⁴: se ha mantenido el diseño de la propuesta de la Comisión de una cooperación en materia de asistencia sanitaria sobre la base de cuatro pilares: asistencia mutua (en especial en cuestiones de información sobre prestadores de servicios sanitarios), reconocimiento de recetas, sanidad electrónica, evaluación de tecnologías sanitarias y redes europeas de referencia. El PE ha agregado, además, la cooperación en materia de enfermedades raras. Además se reconocen a la Comisión una serie de competencias para impulsar la cooperación, en especial para adoptar medidas mediante actos delegados en materia de redes europeas de referencia y reconocimiento de recetas¹²⁵.

V. CONCLUSIONES

El alcance de la acción europea sobre los sistemas sanitarios es más amplio e intenso que las competencias efectivamente atribuidas a la UE. Aunque las competencias de la UE en materia de seguridad social y salud pública son de carácter secundario en relación a las competencias estatales, la aplicación del Derecho de la UE tiene importantes efectos en la configuración de los sistemas sanitarios. La permeabilidad de los mismos frente a las normas sobre libre circulación y competencia se puede explicar por el hecho de que involucran bienes y servicios que se ofrecen de forma simultánea tanto fuera como dentro del mercado; por otra parte, los procesos de modernización de los servicios públicos sanitarios también han facilitado este efecto, debido a la introducción de mecanismos de mercado y a las exigencias derivadas de los criterios de convergencia en materia presupuestaria. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la apertura de los sistemas sanitarios al Derecho de la UE está determinado fundamentalmente por tres factores: (i) la flexibilidad con que el Tribunal de Justicia ha interpretado los conceptos europeos de *servicio*, *remuneración* y *actividad económica*; (ii) la dificultad para formular una distinción clara entre el paciente como usuario de servi-

¹²³ Capítulo III de la Directiva, *supra cit.*

¹²⁴ Capítulo IV de la Directiva, *supra cit.*

¹²⁵ Artículos 11.5 y 12.5 de la Directiva, *supra cit.*

cios sanitarios y como titular de derechos sociales; y por último, (iii) la noción de los servicios sanitarios como SIG derivada de la interpretación propuesta a través de actos de *soft law* por parte de las instituciones de la UE (en particular la Comisión)¹²⁶. En este sentido, las enmiendas que el Consejo y el PE han introducido a la Directiva, que han terminado por modificar en aspectos esenciales la propuesta de la Comisión, expresan la tensión entre estos factores y los límites de las competencias de la UE en materia de seguridad social y salud pública, esto es, el respeto a las competencias de los Estados miembros para organizar sus sistemas sanitarios y para definir sus SIG.

Los efectos diferenciados de la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes en los sistemas sanitarios de los Estados miembros. De forma reiterada el Tribunal de Justicia ha afirmado que la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación en materia de servicios sanitarios no menoscaba las competencias estatales para configurar y organizar sus sistemas sanitarios y de seguridad social, y que los Estados miembros al ejercer estas competencias no pueden ignorar sus obligaciones derivadas del Derecho de la UE. Sin perjuicio de las críticas que se puedan plantear a los presupuestos de esta argumentación (esto es, la interpretación extensiva de los conceptos europeos de *servicio, remuneración y actividad económica*), del estudio de la jurisprudencia de referencia, quisiéramos señalar dos aspectos que nos parecen relevantes. En primer lugar, es posible identificar una diferencia cualitativa en la argumentación del Tribunal de Justicia en su jurisprudencia sobre movilidad de pacientes cuando se pronuncia en el contexto de sistemas sanitarios basados en el principio de reembolso y, por otra parte, cuando se trata de modelos donde predomina el principio de prestación en especie. En las primeras sentencias sobre movilidad de pacientes, el derecho a reembolso por la asistencia sanitaria transfronteriza, fundado directamente en la libre prestación de servicios, se basaba en el efecto discriminatorio de la legislación nacional al facilitar el reembolso de la asistencia sanitaria ofrecida por prestadores establecidos dentro del Estado miembro y dificultar el reembolso de los costes del tratamiento recibido en otro Estado miembro. En estas sentencias el Tribunal de Justicia califica como servicio en sentido europeo, tanto a la asistencia prestada dentro como fuera del Estado miembro comprometido. Este tipo de argumentación no nos parece discutible. Sin embargo, cuando se trata de reconocer el derecho a reembolso en el contexto de sistemas sanitarios basados en el principio de prestación en especie, el Tribunal cambia la argumentación y considera suficiente que la asistencia

¹²⁶ Las responsabilidades que el TFUE reconoce a la UE respecto de los SIG, pueden abrir un nuevo ámbito para la acción europea, en virtud de la competencia atribuida en el artículo 14 del TFUE para establecer las condiciones y principios de funcionamiento de los SIEG, en especial si se consolida la interpretación que hace la Comisión en el sentido de incluir los servicios sanitarios en dicha categoría. De las Comunicaciones de la Comisión se desprende, en cualquier caso, que su intención es extrapolar los procesos de liberalización realizados sobre los SIEG a los SIG, sin perjuicio de reconocer la vigencia de los principios de solidaridad, universalidad, accesibilidad y calidad en este ámbito.

sanitaria transfronteriza se pueda calificar como servicio, sin entrar a analizar la asistencia prestada dentro del Estado miembro de afiliación, lo cual sin duda plantearía muchas más dificultades para admitir la vigencia de la libre prestación de servicios. En segundo lugar, el efecto de esta jurisprudencia en los sistemas sanitarios puede superar la mera modulación de determinados elementos del mismo; por el contrario, las repercusiones son *diferenciadas*, pues resultan más intensas en los modelos que cuentan con servicios públicos de salud financiados a través de impuestos generales, a los que se les impone el reconocimiento de un derecho a reembolso en supuestos en los que no cabría este derecho si la asistencia fuese prestada dentro del Estado miembro. La aplicación de las normas sobre libre circulación presupone la libertad de elección sobre el prestador del servicio, elemento desconocido hasta ahora en dichos modelos.

¿Es posible que la UE tenga competencia atribuida para la integración negativa pero no para la integración positiva de los sistemas sanitarios? En principio, se puede observar cierto consenso entre las instituciones europeas acerca de la necesidad de establecer un marco jurídico que facilite el ejercicio de los derechos reconocidos en la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes. Sin embargo, no es fácil determinar la base jurídica para la acción de la UE en este ámbito debido a que los Tratados han impuesto unos límites claros al ejercicio de las competencias de la UE en la materia. ¿Es posible armonizar los sistemas sanitarios sin infringir los artículos 153.4 y 168.7 del TFUE? En principio, parece razonable que el ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 114 del TFUE deba tener como límite la distribución de competencias derivada del mismo TFUE. El objetivo de protección de la salud que admite la base jurídica invocada no basta para modificar la distribución de competencias entre UE y Estados miembros, en especial si entendemos que la aplicación de la jurisprudencia sobre movilidad de pacientes puede llegar a forzar a algunos sistemas sanitarios de manera tal que los Estados deban renunciar a determinados modelos de organización para poder cumplir con sus obligaciones de Derecho de la UE. En consecuencia, una Directiva sobre movilidad de pacientes debería tener en cuenta la diversidad de modelos sanitarios y respetar las opciones que el propio TFUE admite, y podríamos decir que en esa línea se han dirigido las enmiendas del PE y del Consejo a la propuesta de la Comisión. No obstante, la invocación del artículo 168 como segunda base jurídica no aparece suficientemente justificada, en tanto el régimen de cooperación previsto en la Directiva tiene un vínculo más bien remoto con los objetivos perseguidos por dicha base.

Los derechos del paciente transfronterizo: la dificultad de diferenciar al paciente como usuario y como ciudadano. Ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ni la Directiva sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza han distinguido de forma clara la situación del paciente en cuanto usuario y como ciudadano. Así, el Tribunal de Justicia, cuando considera que el Reglamento (CE) 883/2004 al facilitar la libre circulación de personas aseguradas posibilita también la libre prestación de servicios sanitarios entre Estados miembros (asunto *Inizan*), está asimilando la *exportabilidad*

de derechos sociales reconocidos en dicho Reglamento, en supuestos tipificados, a la libertad de elegir el prestador del servicio, elemento que, en nuestra opinión, forma parte de las competencias estatales sobre la organización de los sistemas sanitarios. Con esta afirmación no pretendemos negar la complejidad de realizar dicha distinción. Resulta razonable pensar que la motivación del paciente para acudir a servicios sanitarios en Estados miembros distintos al de residencia se deba a la propia erosión de los sistemas sanitarios más próximos, sea en términos de accesibilidad o de calidad. En otros casos, como puede suceder frente a enfermedades raras o dolencias que requieran tratamientos muy específicos o costosos, la movilidad puede ser la única posibilidad de asegurar una protección de la salud satisfactoria. Sin embargo, la distinción entre el *derecho fundamental* a la protección de la salud y la *libertad* para acceder a prestaciones sanitarias de carácter transfronterizo puede ser no solo lógica sino también necesaria. La Directiva que nos ocupa tiene por objeto (nada más y nada menos) facilitar el ejercicio de una libertad fundamental del mercado interior, de la cual se deriva un derecho a acceder a la asistencia sanitaria transfronteriza y a reclamar un reembolso, bajo determinadas condiciones, a la institución competente del Estado de afiliación. Conviene hacer esta distinción a la hora de analizar la Directiva y las interpretaciones de *soft law* sobre servicios sanitarios propuestas por la Comisión, en las que el lenguaje utilizado no siempre explicita la distinción entre derecho (a la protección de la salud) y libertad (de elegir al prestador del servicio sanitario) que consideramos útil para comprender de forma cabal los límites de la competencia atribuida a la UE.