LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Eduardo Asensi Pallarés
Socio Director de Asjusa-Letramed
Abogado Especialista en Derecho Sanitario

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Origen normativo del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea.
3. La doctrina del TJCE sobre la asistencia sanitaria transfronteriza.
4. La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.
5. El informe del Tribunal de Cuentas sobre Fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la Seguridad Social.
6. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se centra en el análisis del derecho a una asistencia sanitaria transfronteriza en el marco de la Unión Europea. El reconocimiento de la libre circulación de personas y trabajadores ha abierto muchas posibilidades a los ciudadanos de los Estados miembros, entre ellas, buscar asistencia sanitaria más allá del Estado de su nacionalidad, y al mismo tiempo ha generado problemas de planificación y equilibrio económico a los Estados.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europa, en adelante TJCE, ha analizado en numerosas ocasiones estos conflictos, todos ellos con un mismo denominador común, la vulneración del principio de libre circulación en el ámbito de la seguridad social en supuestos de denegación de reembolsos de gastos sanitarios, y es interesante como el tribunal ha consolidado y delimitado al mismo tiempo este derecho. Por otro lado, la jurisprudencia del TSJCE, y las distintas posturas de los estados miembros han tenido reflejo en la última Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza de 9 de marzo de 2011 (2011/24/UE).

Es indudable que este movimiento afecta y complica los costes que soportan los sistemas nacionales de salud, a la planificación y gestión eficaz de los hospitales y centros sanitarios. Y en el caso concreto de España, debido a que es uno de los principales destinos del denominado turismo sanitario le afecta de forma especial, hasta el punto que ha sido recientemente objeto de estudio por nuestro Tribunal de Cuentas por el riesgo financiero que supone para el Sistema Nacional de Salud determinadas prácticas, y ha motivado reformas de calado recientes, como es el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

2. ORIGEN NORMATIVO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA

El acceso a la asistencia sanitaria en otros Estados miembros se ha basado durante muchos años en el

Reglamento (CEE) 1408/71[1], de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad. Establece el derecho de un asegurado autorizado por la autoridad competente a desplazarse a otro Estado miembro y recibir un tratamiento adecuado a su situación, y el disfrute de las prestaciones de asistencia sanitaria por cuenta de la institución competente[2].

Esta normativa mostro enseguida deficiencias, y dio lugar a reformas posteriores hasta su derogación definitiva por la entrada en vigor, con fecha 1 de mayo de 2010, de dos nuevos Reglamentos (CEE), el Reglamento nº 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento nº987/2009, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/04.

Por otro lado, junto a la normativa específica recogida en los citados reglamentos, es interesante como la jurisprudencia sobre asistencia sanitaria transfronteriza refleja como los ciudadanos a la hora de reclamar por la denegación de un reembolso por gastos sanitario no se han limitado a invocar los reglamentos, sino que esgrimen, y además como argumento principal, la normativa sobre libre circulación de bienes y servicios[3]. Así, a través del Tratado de la Comunidad Europea, en adelante TCE, se ha creado un procedimiento alternativo, según el cual los pacientes podían elegir de manera libre una prestación en el extranjero sin pedir autorización previa, y solicitando el reembolso hasta el límite que su país de afiliación hubiera previsto en su sistema de salud.

3. LA DOCTRINA DEL TJCE SOBRE LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha construido una doctrina solida sobre el mercado común sanitario o, en concreto, sobre la libre circulación de pacientes, en lo que se refiere al denominado turismo sanitario y, en general, a la asistencia sanitaria transfronteriza.

Entre las primeras sentencias del TJCE se encuentra el Caso Kohll, C-158/96, sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, que resultó de enorme relevancia y sorpresa para las expectativas de los Estados miembros, puesto que abrió la vía alternativa a la normativa específica sobre la base de la libre circulación de bienes y servicios recogida por el Tratado, y, a su vez, precipitó que los ciudadanos europeos se atrevieran a recibir tratamiento en otros Estados sin obtener autorización previa, y en su caso, ante la denegación, que acudieran al TJCE.

En esta ocasión el Tribunal analiza dos cuestiones prejudiciales en el marco de un litigio entre el Sr. Kohll[4], nacional luxemburgués, y la seguridad social competente (UCM) a la cual estaba afiliado, por la denegación de un tratamiento ortodoncista establecido en Trier (Alemania). El motivo de la denegación fue que no era urgente, y que por tanto podía prestarse en Luxemburgo[5].

El Señor Kholl no se limitó a invocar la normativa específica, sino que acudió también, y como argumento principal, a la libre circulación de bienes y servicios que el TCE garantizaba.

La sentencia, ante la sorpresa de más de un Estado miembro, sobre todo el Luxemburgués, que había alegado la no pertenencia de esas disposiciones

1 Reglamento (CEE) nº 574/72, de 21 de marzo de 1972, del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71.

2 El artículo 22.2 establece que "la autorización requerida en virtud de la letra c) el apartado 1 (autorización de la autoridad competente para desplazarse al territorio de otro estado miembro para recibir asistencia médica), no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate entre las prestaciones previstas por la legislación del estado miembro en cuyo territorio resida el interesado, y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda ser dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que se reside".

3 El artículo 59 de tratado se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre estados miembros que la puramente interna en un estado miembro. De hecho, en el caso Kohll, C-158/96 abrió nuevas vías con la aplicación de esta normativa, que los Estados entendían que no cabía por tratarse de normas económicas no aplicables a cuestiones de seguridad social.

4 El Sr. Kholl interpuso recurso de casación por entender que la normativa nacional que supedita el reembolso conforme al baremo del estado de afiliación, vulnera los artículos 59 y 60 del TCEE. De hecho, solicitando el reembolso conforme a lo que habría tenido derecho si el tratamiento se hubiera aplicado por el único especialista en ese momento en Luxemburgo.

5 El artículo 27 de la UCM establece que la autorización se concede sólo tras haber efectuado un control médico y previa presentación de una solicitud escrita de un médico establecido en la que se indique el médico o el centro hospitalario aconsejado al asegurado, así como los criterios y circunstancias que imposibilitan que se dispense dicho tratamiento en Luxemburgo.

por tratarse de normas económicas no aplicables a cuestiones de seguridad social, admite la reclamación y declara que la negativa de una autorización previa por parte de las autoridades nacionales debe estar justificada por un riesgo real y efectivo de ruptura del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, de lo contrario se opone a los artículos 59 y 60 del tratado. Admitiendo por tanto un nuevo marco jurídico, al estimar que la exigencia de autorización previa era contraria al libre movimiento de bienes y servicios.

El 12 de Julio de 2001 el Tribunal dictó dos sentencias sobre la misma cuestión, en los asuntos de Smits y Peerbooms C-157/99, y Abdon Vanbreakel y otros, C-368/98. En la primera sentencia, el Tribunal analiza la reclamación de la señora Smits, una enferma de Parkinson que acudió a una clínica experimental alemana en busca de un tratamiento, haciendo frente ella misma al coste del mismo. En Holanda le denegaron el reembolso porque consideraron que el tratamiento holandés para la enfermedad era adecuado, y que el alemán no había demostrado ventajas adicionales. Por su parte, el Sr. Peerboms, en coma por accidente de tráfico, fue trasladado por su familia a una clínica austriaca para una terapia que en Holanda sólo era experimental y se aplicaba a mayores de 25 años, negándosele igualmente el reintegro de los gastos.

En ambos casos, el Tribunal, siguiendo la línea marcada en el caso de Kholl, declara que el tratamiento hospitalario había sido remunerado por ambos demandantes, con lo que debería considerarse un servicio en el sentido del TCE y, por tanto, la autorización previa supondría poner un obstáculo a la libre prestación de servicios.

El segundo caso es una de las sentencias más relevantes en la materia que nos ocupa, o al menos la más citada por recurrentes y el propio Tribunal, es el Caso Abdon Vanbreakel y otros, C-368/98*, sentencia de 12 de julio de 2001.* En esta sentencia, el Tribunal declaró que, *"no se puede pretender que el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia existente entre el régimen de intervención previsto por la legislación del Estado miembro de afiliación y el estado miembro de estancia, cuando el primero sea más favorable que el segundo, pueda comprometer el mantenimiento en el Estado miembro de afiliación de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, así como de una capacidad de asistencia médica en el territorio nacional"*.

De todas formas, aclara a sentencia, en primer lugar, que cuando "la institución competente autorice a un beneficiario de la seguridad social a trasladarse al territorio de otro estado miembro para recibir asistencia en él (o bien la denegación se declare posteriormente infundada, como es el caso), la institución del lugar de estancia está obligada a concederle las prestaciones en especie conforme a las normas previstas por la legislación que ésta aplique, y como si el interesado estuviera afiliado a ella".

Añade que "*el artículo 22 del Reglamento 1408/71 no tiene por efecto impedir ni exigir a dicho Estado el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia entre el régimen de intervención previsto por la legislación de dicho Estado y el aplicado por el Estado miembro de estancia, cuando el primero sea más favorable que el segundo y cuando el reembolso esté previsto por la legislación del Estado miembro de afiliación*". Eso sí, una interpretación en conjunto con el artículo 59 del Tratado, debe interpretarse en el sentido "*de que si el reembolso de los gastos realizados por los servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dio Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización de este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario_correspondiente a dicha diferencia"*.

Esta jurisprudencia sobre el alcance del reembolso se ha visto matizada después en otras sentencias, como el caso Watts (TSJCE 2006\141)[6], y muy especialmente los asuntos C-211/08 (TSJCE 2010\175) y C-512/08 (TSJCE 2010\288). Ambos casos tienen por objeto un recurso de la Comisión Europea por denegar a beneficiarios de los Sistemas nacionales de salud el reembolso de los gastos médicos en que incurrieron en otro Estado miembro por tratamiento hospitalario[7].

6 La Sra. Watts pidió autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro por su osteoartritis, pues en Reino Unido la lista de espera era de casi un año. Se le denegó, y pese a ello se operó en Francia. La sentencia admite la existencia de lista de espera en el país de origen como razón válida para solicitar el reembolso, aunque el país del asegurado tenga un sistema que preste servicios gratuitamente.

7 La Comisión solicitó al Tribunal que declare que las obligaciones que incumben a España en virtud del artículo 49 C respecto de la prestación de servicios transfronterizos, puesto que se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difícil las prestaciones entre estados miembros que las prestaciones puramente internas.

El primer caso tiene su origen en una denuncia de un ciudadano francés que residía en España y estaba afiliado al sistema español de Seguridad Social, al que se le denegó el reembolso de unos gastos de hospitalización que le hizo pagar la institución francesa durante una estancia en Francia. España por su parte respondió al requerimiento de la Comisión que nuestra normativa no contempla la posibilidad de que un afiliado al Sistema Nacional de Salud obtuviera el reembolso de gastos médicos generados fuera de dicho sistema, salvo en circunstancias excepcionales previstas en el RD 63/1995, y que en cualquier caso, este obstáculo está justificado por razones de interés general ligadas a la preservación del equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud.

La Comisión sostiene en su denuncia que la normativa española vulnera la normativa comunitaria porque puede disuadir a los asegurados que sufran enfermedades crónicas que conllevan riesgo de hospitalización de desplazarse como turistas a un Estado miembro en el que las condiciones de cobertura de asistencia hospitalaria sean menos ventajosa que en España, y que no se ha justificado la necesidad de esta restricción en relación con el objeto consistente en garantizar el equilibrio financiero del sistema nacional de salud, teniendo en cuenta que el coste de este tratamiento en ningún caso podría superar el coste que habría supuesto un tratamiento equivalente en España.

Finalmente, el Tribunal desestima el recurso y admite que en el caso de tratamientos no planificados, en el sentido del artículo 22, apartado a), del Reglamento 1408/71, "*implica por definición una falta de certidumbre en el momento en el que el asegurado decide viajar a otro Estado miembro sobre la necesidad de recibir tratamiento hospitalario durante su estancia temporal en ese otro estado miembro. El mismo carácter aleatorio tiene la situación de los asegurados de edad avanzada y de los asegurados que sufren enfermedades crónicas o preexistentes. Por ello, concluye que resulta demasiado aleatorio que los afiliados al sistema de salud español puedan verse incitados a adelantar su regreso, o renunciar a viajar, al no poder contra, salvo en el caso del art 4 de la normativa española.* Así concluye que en términos generales la normativa española no supone un obstáculo a la libre prestación de servicios de asistencia hospitalaria.

El Segundo caso es el asunto C-512/08 (TJCE\2010\288), que tiene por objeto un recurso por incumplimiento de la Comisión frente a Francia por haber subordinado a autorización previa el reembolso de las prestaciones médicas accesibles en consultorio (centro no hospitalario) que requieran la utilización de equipos materiales particularmente onerosos, así como la falta de una disposición que permita conceder al asegurado del sistema francés de seguridad social un reembolso complementario en las condiciones previstas en el apartado 53 de la sentencia Vanbraekel[8].

La sentencia del TJCE declara que según reiterada jurisprudencia, un régimen de autorización previa debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites de la facultad de apreciación sin que pueda utilizarse de manera arbitraria[9], si bien admite que la Comisión no ha probado que exista una situación que pueda privar a los asegurados del sistema francés de seguridad social de los derechos reconocidos en la sentencia Vanbraekel.

El fenómeno del turismo sanitario y de los problemas derivados de la asistencia transfronteriza ha supuesto un avance importante del espacio común europeo, y como pone de manifiesto algún autor[10], es relevante como no ha sido liderado por ninguna de las Instituciones comunitarias de base política, como el Consejo, el Parlamento Europeo o la Comisión, sino por el Poder Judicial de la Unión Europea.

El problema de que la evolución del espacio común europeo se haya producido a golpe de resolución judicial es que su creación es sobre la base del casuismo. Y es que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación de pacientes es extremadamente casuística, ya que responde a las peculiaridades de cada caso, sin que pueda extraerse una doctrina común que pueda aplicarse a todos

8 La sentencia declara que el artículo 49 de la CE debe interpretarse en el sentido de que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios en un estado miembro de estancia, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el estado miembro de afiliación, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha referencia.

9 El Tribunal de Justicia precisó con posterioridad que el derecho del asegurado social a ese reembolso complementario está limitado por los gastos realmente incurridos en el Estado miembro de estancia (caso watts, TJCE 2006/141).

10 Sobre la evolución del Espacio Común Europeo puede verse, Federico Montalvo De Jääskeläinen, «El espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿Una realidad o un mito?» Revista de las Cortes Generales. Segundo cuatrimestre 2011.

los Estados miembros ni en todos los casos. Por tanto, se echa en falta el elemento del interés de la comunidad[11].

4. LA DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 2011/24/UE, DE 9 DE MARZO DE 2011, RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA.

La Directiva 2011/24 es un fiel reflejo de los problemas derivados de la aplicación del Reglamento comunitario, y de la jurisprudencia que lo ha venido interpretando en los últimos años. La norma garantiza el derecho de los ciudadanos europeos a recibir tratamiento sanitario en otro Estado miembro, pero también se recoge las peticiones de los Estados sobre los riesgos financieros de una interpretación amplia de este derecho (salvaguardar el equilibrio financiero del los sistemas nacionales de salud).

Efectivamente, la presente Directiva viene motivada en gran parte por las numerosas sentencias del TJCE en las que se interpreta de forma amplia el derecho a la libre circulación de pacientes (también la inseguridad que supone apoyar una serie de derechos únicamente en la jurisprudencia comunitaria), y por los recelos de los Estados por sus implicaciones económicas.

La Directiva respeta la esencia de la jurisprudencia del TJCE, pero introduce novedades significativas sobre la asistencia transfronteriza: no se aplica a la dependencia o cuidados de larga duración, excluye las enfermedades raras, el acceso a órganos para trasplantes (considerando 154 y art. 1.3) y programas de vacunación pública; se recoge como principio general el derecho de los ciudadanos europeos a solicitar asistencia sanitaria sin autorización previa en un estado miembro distinto al Estado de afiliación (art. 7.2 b); en tratamientos iguales o similares si a ellos tenían derecho en sus países de afiliación (artículo 7.1); los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados o abonados directamente por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que hubiera asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiese prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente realizada (art. 7.4); El Estado miembro de afiliación podrá limitar la aplicación de las normas de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, como necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos (art.7.9); en el caso de los jubilados, establece que en el supuesto de que regresen a su país de origen para obtener algún tratamiento, será éste quien corra con los gatos (art. 7.2a).

Por otro lado, la Directiva admite en su artículo 8 un elenco tan amplio y abstracto de excepciones al principio general de no autorización que puede llegar a desvirtuarse en gran medida la excepción. Así, la asistencia sanitaria puede requerir autorización cuando: a) requiera necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o voluntad de controlar costes y evitar cualquier despilfarro; suponga que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche; exija un uso de infraestructuras o equipos sumamente especializados; entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población; sea proporcionada por un prestador que pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad y seguridad de los ciudadanos.

Aunque el artículo 4.3 de la norma comunitaria establece que la autorización previa no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria, tras la lectura del artículo 8, podemos concluir que se amplían las potestades de los estados miembros, y que su vaguedad va a llevar de nuevo a que sea el TJCE el que establezca los derechos y los límites en lo que a la libre circulación de pacientes se refiere.

Los Estados defendieron un texto de la directiva que les resultara más favorable, y en gran medida han logrado su propósito, al conseguir un incremento significativo de los casos en los que se puede exigir autorización previa. De hecho, algún autor ha defendido que la actual normativa comunitaria supone más una victoria para los estados que para los pacientes[12], puesto que introduce elementos

11 Federico Montalvo De Jääskeläinen, «El espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿Una realidad o un mito?» op. Cit, p.249.

12 María José Cervell Hortal, «Pacientes en la Unión

determinantes para la negación que se formulan de manera abstracta, y ofrecen para los Estados un mayor margen de maniobra.

Algún autor[13] ya había advertido de los riesgos de la posición del Tribunal de Justicia y apuntado la posibilidad de que la consolidación de la doctrina sobre el turismo sanitario pudiera forzar a la Unión Europea, a los Estados miembros o a ambos, a decidirse por una reducción de las prestaciones sanitarias.

5. EL INFORME DEL TRIBUNAL DE CUENTAS SOBRE FISCALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Nº 937)

El informe del Tribunal de Cuentas aborda el análisis de la gestión financiera de las prestaciones de asistencia sanitaria prestadas por el Sistema Nacional de Salud, y en el extranjero a personas protegidas por la Seguridad Social española, en el marco de los reglamentos comunitarios, lo que se conoce como la "exportación del derecho a recibir asistencia sanitaria".

El informe pone de manifiesto el volumen económico y administrativo que supone la gestión de asistencia sanitaria derivada de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios. Destaca que el importe facturado en el 2009 por el INSS por la asistencia sanitaria prestada a los asegurados a cargo de los Estados miembros ascendió a un total de 441.181.488,22, más de un 600% superior al importe de la facturación recibida por la asistencia prestada en dichos países asegurados a cargo de España, que ascendió a 61.361.532,13 euros[14].

En concreto, respecto a los ciudadanos asegurados en Estados miembros de la Unión Europea, esto es dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios y que residen habitualmente en España, el informe verifica que hasta el 31 de diciembre de 2008, las prestaciones sanitarias proporcionadas a ciudadanos protegidos por la Seguridad Social del Reino Unido durante estancias temporales en España fueron facturadas mediante estimaciones basadas en el número de turistas recibidos en España, a diferencia con el resto de Estados, que se emitieron facturas en función del coste efectivo de la prestación, y que el mismo supuso una pérdida estimada anual de, al menos 20 millones de euros, en los ejercicios 2007 y 2008[15].

En la misma línea, el informe también detecta una serie de incidencias en función de la facturación derivada del sistema de gasto real. Así, el número de facturas recibidas por España durante el año 2009 procedentes de Alemania fue de un 716% superior al número de facturas emitidas por España a este país, y el importe facturado por Alemania en relación a los españoles que visitaron Alemania fue un 477,2% superior a la facturación emitida por España en proporción a los alemanes que visitaron España.

España recibió un gran número de facturas procedentes de Alemania, Francia y Bélgica que sólo incluían prestaciones odontológicas. Se pone de manifiesto que asegurados a cargo de la Seguridad Social Española se desplazan a otros Estados en los que las prestaciones odontológicas están cubiertas por sus respectivos Sistemas de Seguridad Social, con el fin de eludir la aplicación de la normativa española, al recibir prestaciones odontológicas no soportadas por nuestro sistema de seguridad social.

El informe pone también de manifiesto que existe el riesgo que con estados miembros fronterizos, dada la cercanía territorial, España sirva prestaciones a ciudadanos protegidos por la seguridad social de Portugal y Francia que se trasladan específicamente para acceder a los centros y establecimientos sanitarios españoles, lo que desnaturaliza el objeto que persigue la tarjeta sanitaria europea[16].

Europea: Libertad restringida y vigilada», Cuadernos de Derecho Trasnacional (Octubre 2011), Vol. 3, nº 2, pp.51-70.

13 F.F.Silió Villamil, M.A. prieto Rodríguez y N. Romo Avilés,«Impacto de las políticas de Unión Europea sobre los sistemas sanitarios»; en VVAA; informe SESPAS 2002, op. Cit, p. 374.

14 La diferencia entre ambas magnitudes entendidas, en términos de gestión, como España acreedora y España deudora) se debe a que España es un país eminentemente receptor de turistas y residentes extranjeros.

15 A partir del 1 de enero de 2009, España dejó de aplicar el sistema de estimaciones y comenzó a facturar al reino Unido por el Sistema de costes efectivos o gasto real. De hecho, la facturación por las tarjetas sanitarias emitidas por el Reino Unido en el 2009 ascendió a 39.155.240 euros, a pesar que la cifra de turistas procedentes de este país fue más baja que en ejercicios anteriores.

16 Las provincias de Badajoz y Pontevedra fueron las que más facturas emitieron en el 2009 por las prestaciones sanitarias a titulares de tarjetas sanitarias europeas emitidas por Portugal, y un 70% de las facturas

En relación con el uso de la tarjetas sanitarias europeas emitidas por España, el informe resalta un importe elevado de facturas por una asistencia sanitaria superior a un año, lo que pone de manifiesto el uso indebido de formularios de estancia temporal por asegurados a cargo de España que podrían estar residiendo en los Estados en los que se les esta prestando la asistencia sanitaria. Igualmente, destaca que no existe ninguna base de datos centralizada de beneficiarios vinculados a asegurados de titulares con derecho a la asistencia sanitaria, por lo que existe el riesgo de que existan beneficiaros indebidos, ya asegurados en sus estados de origen[17].

6. REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES

El Real Decreto-Ley pone de manifiesto en su exposición de motivos la grave dificultad económica del Sistema Nacional de Salud, una situación "claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad". La norma nacional busca mejorar la eficiencia en el proceso de prescripción, dispensación y uso de medicamentos. Es más, la extraordinaria puesta en marcha de estas medidas es lo que justifica, según la propia exposición de motivos, que se apruebe la norma mediante el mecanismo de un real decreto-ley.

Resulta también llamativo la mención expresa en la exposición de motivos a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea, y al informe emitido por el Tribunal de Cuentas, destacando la "resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que debilitan de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud".

El artículo uno del Real Decreto-Ley 16/2012, modifica el artículo 3 de la ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en lo que se refiere a la condición de asegurado, estableciendo en, su apartado segundo, los cuatro supuestos en los que se entenderá que se tiene condición de asegurado a los efectos de recibir asistencia sanitaria en España a través del Sistema Nacional de Salud, e igualmente, en el apartado cuarto del primer artículo de la norma, se establece quién tendrá la condición de beneficiario de un asegurado.

En este sentido, se establece expresamente un mecanismo de control de la condición de asegurado (artículo 3 bis, apartado tercero), habilitando al Instituto Nacional de la Seguridad Social para tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o de los órganos de las administraciones públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia de la condición de asegurado o beneficiario, sin contar con el consentimiento del interesado[18].

También de acuerdo con las recomendaciones del informe de Tribunal de Cuentas, se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, en lo referente al derecho de residencia por un periodo superior a tres meses.

7. CONCLUSIONES

1.- El Derecho comunitario reconoce el derecho de los ciudadanos (asegurados y beneficiarios) a obtener en otro Estado miembro, distinto del que es beneficiario, asistencia sanitaria. La libre prestación de servicios incluye la libertad de un asegurado establecido en un Estado miembro de desplazarse

correspondían al Hospital materno Infantil, lo que parece razonable considerar que estas personas no recibieron asistencia sanitaria materno-infantil por encontrarse en estancia temporal en España y necesitar eventualmente dicha asistencia, sino como acto delibrado por la proximidad geográfica.

17 En cualquier caso, las posibles desviaciones advertidas en la facturación que podrían derivarse de la asistencia sanitaria prestada a los asegurados de otros Estados miembros residentes en España durante su estancia temporal en su país, han dejado de ser posibles desde la entrada en vigor de los nuevos Reglamentos, en virtud de los cuales los formularios de estancia temporal por motivos distintos a los médicos deben ser emitidos por el país de aseguramiento y no por el de residencia. Esta regulación es favorable para España por su condición de país eminentemente receptor de pensionistas extranjeros.

18 Disposición adicional tercera. Cesión de información tributaria. La Administración tributaria facilitara, dentro de cada ejercicio, al órgano de la Administración Pública responsable del reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, los datos relativos a sus niveles de renta en cuanto sean necesarios para determinar el porcentaje de participación en el pago de las prestaciones de la cartera común se servicios sujetos a aportación.

a otro Estado miembro con el fin de permanecer allí durante un tiempo, y de recibir en asistencia hospitalaria cuando su estado de salud haga necesaria dicha asistencia en el curso de su estancia. La norma actualmente aplicable, Reglamento (CEE) nº 883/2004 (LCEur 2004,2229), reconoce tres supuestos distintos: residencia en otro estado miembro, asistencia no programada (o estancia temporal) y asistencia programada autorizada.

2.- El Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, de lo que se deriva una falta de armonización a escala comunitaria. Así, corresponde a cada Estado miembro establecer los requisitos para afiliarse a un régimen de Seguridad Social, y los requisitos que permiten el derecho a las prestaciones. Eso sí, todo ello, respetando el Derecho Comunitario. Así lo ha reconocido en numerosas ocasiones el TJCE, el hecho de que la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal esté comprendida dentro del ámbito de la seguridad social no puede bastar para excluir la aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios[19].

3.- El Interés general como límite a la libre prestación de servicios. Los estados miembros sostienen que la libre prestación de servicios no es absoluta y que deben tomarse en consideración razones enlazadas con el control de los gastos sanitarios. Así, como limite alegado por los estados miembros se encuentra el riesgo de ruptura del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, dirigido a mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados, constituye una razón de interés general que puede justificar restricciones a la libre prestación de servicios.

4.- La Directiva 2011/24/UE refleja la enorme dificultad que tiene conciliar la libre circulación de pacientes y los intereses de los Estados miembros en la Unión Europea. Cualquier nacional de un Estado miembro puede buscar asistencia sanitaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, con la garantía de que le serán reembolsados los gastos en el nivel previsto en su propio régimen. Se le reembolsaran todos los gastos por las prestaciones a las que el asegurado hubiera tenido derecho en sus propio sistema de afiliación y sólo hasta la cuantía que habría asumido ese Estado, si él mismo hubiera asumido la asistencia, sin exceder el coste real de la misma (Directiva, artículo 7.1 y 7.4). Aunque los Estados miembros pueden decidir reembolsar el coste total de las asistencia prestada, incluso si excediera de lo que hubiera supuesto prestarla en su territorio. Y permite también el reembolso, si así lo desea el Estado de afiliación, de los gastos de alojamiento y viaje.

5.- Aunque el artículo 4.3 de la norma comunitaria establece que la autorización previa no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria, tras la lectura del artículo 8, podemos concluir que se amplían las potestades de los Estados miembros, y que su vaguedad va a llevar de nuevo a que sea el TJCE el que establezca los derechos y los límites en lo que a la libre circulación de pacientes se refiere.

6.- Los criterios manejados por la Directiva, por ejemplo respecto de la denegación de autorización previa en una lista (artículo 8.6 de la Directiva), pueden crear cierta inseguridad jurídica, puesto que no queda claro como determinar la existencia de los mismos. Así por ejemplo cuando se dice "grado razonable de certeza", "riesgo sustancial para la población", "plazo medicamente justificable".

7.-Pese a que la libre circulación de ciudadanos es uno de los principios básicos bajo el que se construye la Unión Europea, no existe una política común sanitaria, y nada hace pensar que vaya a suceder. Muy al contrario, dado los elevados intereses económicos, y la complejidad de los trámites formales para beneficiarse, así como la ambigüedad para poder denegarlo, todo ello hace presagiar que el TJCE va a seguir siendo una pieza crucial en el desarrollo y cumplimento del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea.

8.- El informe del Tribunal de Cuentas sobre fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios

19 El artículo 56 del Tratado permite a los estados miembros restringir la libre circulación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de la población (sería necesario acreditar que la medida es necesaria para garantizar un servicio médico hospitalario equilibrado y accesible a todos). En este sentido, el TSJCE tiene declarado que el hecho de imponer a un Estado miembro la obligación de garantizar a sus propios afiliados un reembolso adicional por parte de la institución competente, cada vez que el nivel de cobertura aplicable en el estado miembro de estancia de los gastos hospitalarios imprevistos sea inferior al aplicable en virtud de su propia normativa supondría quebrantar la estructura del sistema introducido en el Reglamento número 1408/71.

internacionales de la Seguridad Social pone de manifiesto el volumen económico y administrativo que supone la gestión de asistencia sanitaria derivada de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios, destacando una serie de incidencias e irregularidades con un gran impacto económico. El informe concluye sobre la necesidad de implementar una serie de medidas dirigidas a garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

9.- El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, establece una serie de medidas dirigidas a buscar mejorar la eficiencia en el proceso de prescripción, dispensación y uso de medicamentos, y, en relación con la asistencia sanitaria transfronteriza, atendiendo a la deficiencias apuntadas por el informe del Tribunal de Cuentas, establece una serie de mecanismos de control para verificar la condición de asegurado, beneficiario y el permiso de residencia.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS FLORES, L.F., « Europa y sanidad pública: el fenómeno del turismo sanitario» *XIV Congreso derecho y Salud, vol. 14,* 2006.
- CARRASCOSA BERMEJO, D., «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante la estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el «complemento diferencial Vanbraekel»? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 15-06-2010 Asunto Comisión Europea contra Reino de España C-211/08, TJCE 2010/175)». Aranzadi, 2010.
- CERVELL HORTAL, Mª.J., «Pacientes en la unión Europea: libertad restringida y vigilada». *Cuadernos de Derecho Transacional, vol. 3, nº 2*, 2011.
- GOMEZ MARTIN, M., «La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001». *DS Vol. 10, Núm. 2*, 2002.
- MONTALVO DE JÄÄSKELÄINEN, F., «El espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿una realidad o un mito?». *Revista de las Cortes Generales* 2011.
- ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, P.J., «La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de los usuarios», *XI Congreso Derecho y Salud,* 2003.
- PEREZ GOMEZ, J.Mª., «El problema del reintegro de gastos sanitarios realizados en un Estado miembro sin la autorización del Estado de origen del paciente». *XIV Congreso derecho y Salud, vol. 14,* 2006.
- RODRIGUEZ MEDINA, C.,«Salud Pública y Asistencia Sanitaria en la Unión Europea. Una unión más cercana al ciudadano». *Biblioteca de derecho y ciencias de la vida,* Comares 2007.