CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN presentadas el 10 de junio de 2010 [1]

1. El presente asunto plantea importantes y delicadas cuestiones tanto de Derecho procesal como sustantivo. Por un lado, el Administrativen sad Sofia grad (Tribunal administrativo de Sofía) pregunta al Tribunal de Justicia si el Derecho de la Unión se opone a que un tribunal inferior dé cumplimiento a una sentencia de su Tribunal Supremo cuando le son remitidos los autos, habiendo serias dudas por su parte sobre la conformidad de dicha resolución con el Derecho de la Unión. Por otro lado, se interroga pormenorizadamente sobre la cobertura de los gastos efectuados en un centro médico de otro Estado miembro, como resultado de la imposibilidad material de que el paciente reciba el servicio en Bulgaria, una vez constatado que existen prestaciones alternativas, pero menos eficaces y, al mismo tiempo, más radicales, para su salud.

2. Inmediatamente se observará que ambas cuestiones encuentran sus respectivas respuestas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, también es cierto que los últimos años han sido testigos de importantes cambios que explican por qué se plantean nuevamente tales cuestiones. La irrupción relativamente reciente de una importante jurisprudencia sobre la relación entre la justicia de la Unión y los tribunales nacionales (Köbler, Kühne & Heitz, Comisión/Italia, [2] entre otras sentencias) puede explicar que el Tribunal administrativo de Sofía cuestione la vigencia de la doctrina contenida en una sentencia del Tribunal de Justicia, Rheinmühlen I, [3] dictada en el año 1974. Asimismo, la adhesión a la Unión de nuevos Estados con distintos sistemas sanitarios, tanto desde la óptica de la organización como desde la de sus respectivas disponibilidades financieras, plantea dudas sobre la aplicabilidad de una jurisprudencia, que a continuación se examinará, concebida y correspondientemente desarrollada en tiempos anteriores a la ampliación.

3. Estos cambios en las circunstancias jurisprudenciales y fácticas de la Unión explican que el Tribunal de Justicia haya decidido resolver el asunto en su Gran Sala.

1 — Lengua original: español.

2 — Sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239); de 13 de enero de 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, Rec. p. I-837), y de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia (C-129/00, Rec. p. I-14637).

3 — Sentencia de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, Rec. p. 33).

I. Marco normativo

A. *Normativa de la Unión*

Artículo 267 TFUE

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.»

Artículo 56 TFUE

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

[…]»

4. El Derecho derivado aplicable a este asunto se reduce, sustancialmente, al artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71,[4] donde se recogen las normas relativas a la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto al de afiliación en la seguridad social, con el siguiente tenor:

«1. El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones,

4 — Reglamento 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 (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98, modificado en varias ocasiones).

teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del artículo 18 y:

[…]

c) que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado;

tendrá derecho:

i) a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente;

ii) a las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de estancia o de residencia, estas prestaciones podrán ser servidas por esta última institución por cuenta de la primera, según las disposiciones de la legislación del Estado competente.

1*bis*. La Comisión Administrativa elaborará una lista de las prestaciones en especie que, para poder ser servidas durante una estancia en otro Estado miembro, precisen, por motivos de orden práctico, un acuerdo previo entre la persona interesada y la institución que sirva la prestación.

2. La autorización requerida en virtud de la letra b) del apartado 1 solamente podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico.

La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure 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 serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside.

[…]»

B. *Normativa nacional*

5. El artículo 224 de la Ley de procedimiento contencioso-administrativo (en adelante, «APK») regula los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Bulgaria respecto de la instancia en los siguientes términos:

«Las instrucciones del Tribunal Supremo Administrativo relativas a la interpretación y la aplicación del Derecho vincularán [a la instancia] en el nuevo examen del asunto.»

6. La Ley sobre el seguro de enfermedad recoge en su artículo 36, apartado 1, el derecho de toda persona sujeta al seguro obligatorio «a percibir en todo o en parte el importe de los gastos de asistencia médica en el extranjero únicamente si han recibido la autorización previa de la Caja Nacional de Enfermedad [en adelante, "Caja"]».

7. La cobertura básica del seguro obligatorio se encuentra prevista en el artículo 45 de la citada Ley, según el cual:

«(1) La Caja Nacional de Enfermedad pagará por la prestación de las siguientes clases de asistencia médica:

[…]

3. asistencia médica dentro o fuera de hospitales para el diagnóstico y tratamiento en caso de enfermedad;

[…]

5. asistencia médica urgente;

[…]

(2) […] La asistencia médica prevista en el apartado 1, con excepción de lo dispuesto en el número 10, se establece como conjunto básico de prestaciones que se garantizarán con cargo a los presupuestos de la [Caja]. El conjunto básico de prestaciones será determinado mediante reglamento del Ministro de Sanidad.»

8. El Reglamento que menciona la Ley es el nº 40 de 2004, relativo a la determinación del paquete básico de prestaciones sanitarias garantizadas con cargo a los presupuestos de la

Caja, en cuyo artículo único se establece que «el paquete básico de asistencia médica contendrá prestaciones que están establecidas, conforme a su naturaleza y alcance, en los anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10».

9. El anexo 5 del citado Reglamento recoge la «lista de vías de tratamiento clínico», donde se incluyen las siguientes:

«133. Tratamiento quirúrgico del glaucoma

134. Operaciones oculares mediante técnica de láser o de criones

135. Operaciones de la zona ocular

136. Otras operaciones del globo ocular

[…]

258. Tratamiento por irradiación de alta tecnología de enfermedades oncológicas y no oncológicas».

II. Los hechos

10. Al Sr. Georgi Ivanov Elchinov, residente en Bulgaria y acogido al seguro de enfermedad de la Caja de dicho país, le fue diagnosticada una enfermedad oncológica maligna del ojo derecho. Por indicación de su médico, se le indicó al paciente un tratamiento consistente en la fijación de placas radioactivas o una terapia de protones.

11. El 9 de marzo de 2007 el Sr. Elchinov solicitó, al amparo del artículo 22 del Reglamento 1408/71, la expedición del documento E nº 112 a la Caja (documento que autoriza un tratamiento médico en el extranjero), a fin de recibir el tratamiento prescrito en una clínica especial para enfermedades oculares radicada en Berlín, con cargo a su seguro de enfermedad búlgaro. La petición se justificaba en la imposibilidad de recibir el tratamiento prescrito en el país de residencia, donde únicamente se le ofrecía un tratamiento alternativo, consistente en la extracción completa del ojo enfermo (enucleación).

12. Ante la gravedad de su situación médica, y antesde que la referida Caja respondiera a su solicitud, el 15 de marzo el Sr. Elchinov se trasladó urgentemente a la clínica alemana, donde se procedió al tratamiento prescrito. Pocas semanas después, y tras haber recibido un informe del Ministerio de Sanidad en el que se confirmaba que el tratamiento indicado no se prestaba en Bulgaria, la Caja acordó, con fecha de 18 de abril, denegar la solicitud del Sr. Elchinov.

13. Contra dicha decisión el Sr. Elchinov interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Administrativen sad Sofia grad,

que el 13 de agosto del mismo año dictó sentencia en su favor, anulando la resolución recurrida y remitiendo el expediente a la Caja para que procediera a expedir el citado formulario E 112; asimismo, el Administrativen sad Sofia grad condenó en costas a la Caja. En el razonamiento de la sentencia se rechaza la interpretación del artículo 22 del Reglamento 1408/71 realizada por la Caja y se concluye que la prestación prescrita está contemplada en la legislación búlgara. En opinión del Administrativen sad Sofia grad, el hecho de que el tratamiento estuviera previsto en la legislación, por más que no se pudiera prestar efectivamente, es suficiente para la aplicación del citado precepto, por lo que procedía otorgar la autorización de tratamiento fuera del país.

14. La sentencia de instancia fue recurrida por la Caja ante el Varchoven administrativen Sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo). El 4 de abril de 2008 éste dictó sentencia estimando el recurso, con revocación de la sentencia del Administrativen sad Sofia grad y remisión del asunto para un nuevo pronunciamiento por parte de otra Sala de la instancia. El alto tribunal apreció directamente que la interpretación del reiterado artículo 22 del Reglamento 1408/71 efectuada por la instancia era errónea, dado que la imposibilidad de prestar el tratamiento controvertido en Bulgaria, a pesar de estar contemplado en la legislación nacional, introduce la presunción de que el mismo no está recogido entre las prestaciones legalmente exigibles.

15. En el curso del «nuevo examen» del asunto por el Administrativen sad Sofia grad, el Sr. Elchinov solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

III. La cuestión prejudicial y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. Con fecha de 14 de mayo de 2009 tuvo entrada en el Tribunal de Justicia la petición de cuestión prejudicial del Administrativen sad Sofia grad, articulada con arreglo a las preguntas siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, […], en el sentido de que, si el tratamiento concreto para el que se solicita la expedición del formulario E 112 no puede dispensarse en una institución sanitaria búlgara, ha de presumirse que este tratamiento no es financiado con cargo a los presupuestos de la Caja Nacional de Enfermedad (NZOK) o del Ministerio de Sanidad y, viceversa, si este tratamiento se financia con cargo a los presupuestos de la NZOK o del Ministerio de Sanidad, ha de presumirse que puede dispensarse en una institución sanitaria búlgara?

2) ¿Debe interpretarse la expresión "esta asistencia no pueda serle dispensada […] en el Estado miembro en que reside", contenida en el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (CEE) nº 1408/71, en el sentido de que comprende los casos en los que el tratamiento que es dispensado en el territorio del Estado miembro en el que reside el asegurado es, en cuanto al tipo de tratamiento, claramente menos efectivo y más radical que el tratamiento que se dispensa en otro Estado miembro, o bien incluye únicamente los casos en los que el interesado no puede ser tratado en tiempo útil?

3) En observancia del principio de autonomía procesal, ¿debe el órgano jurisdiccional nacional tener en cuenta las observaciones vinculantes que le ha formulado un tribunal superior en el marco de la anulación de su resolución y de la remisión de los autos para un nuevo examen, cuando existen motivos para suponer que estas observaciones son contrarias al Derecho comunitario?

4) Si el tratamiento de que se trate no puede dispensarse en el territorio del Estado miembro en el que la persona afiliada al seguro de enfermedad tiene su residencia, ¿basta, para que este Estado miembro deba conceder una autorización de tratamiento en otro Estado miembro conforme al artículo 22, apartado 1, letra c), del Reglamento (CEE) nº 1408/71, con que dicho tratamiento esté incluido como categoría en las prestaciones previstas en la normativa del Estado miembro mencionado en primer lugar, aun cuando esta normativa no mencione expresamente el método de tratamiento concreto?

5) ¿Se oponen los artículos 49 CE y 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 a una disposición nacional, como la del artículo 36, apartado 1, de la Ley sobre el seguro de enfermedad, según la cual las personas acogidas al seguro de enfermedad obligatorio tienen derecho a percibir una parte o la totalidad del importe de los gastos de asistencia sanitaria en el extranjero únicamente si se les ha concedido previamente una autorización?

6) ¿Debe obligar el órgano jurisdiccional nacional a la institución competente del Estado, en la cual el interesado está acogido al seguro de enfermedad, a expedir el documento para un tratamiento en el extranjero (formulario E 112) cuando considera ilícita la negativa a expedir tal documento, en el caso de que la solicitud de expedición de tal documento se haya presentado antes de la realización del tratamiento en el extranjero y dicho tratamiento haya finalizado ya en la fecha de adopción de la resolución judicial?

7) En caso de respuesta afirmativa a la anterior cuestión, y si el órgano jurisdiccional considera ilícita la denegación de la autorización para un tratamiento en el

extranjero, ¿cómo deberán reembolsarse los gastos del afiliado al seguro de enfermedad para su tratamiento:

a) directamente por el Estado en el que está asegurado, o bien por el Estado en el que se ha dispensado el tratamiento, tras la presentación de la autorización de asistencia en el extranjero;

b) y en qué medida, si el alcance de las prestaciones previstas en la normativa del Estado miembro de residencia es distinto del alcance de las prestaciones previstas en la normativa del Estado miembro en el que se dispense el tratamiento, habida cuenta del artículo 49 CE, que prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios?»

17. Dentro del plazo señalado por el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, han presentado observaciones, además del demandante en el litigio principal, los Gobiernos de Bulgaria, República Checa, España, Finlandia, Grecia y el Reino Unido, así como la Comisión. Al no haber solicitado ninguna de las partes en el juicio principal, ni los Estados ni la Comisión, la celebración de una vista, el asunto quedó listo para la presentación de estas conclusiones una vez terminado el procedimiento escrito.

IV. Sobre la obligatoriedad de las instrucciones del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo

18. Como se acaba de ver, la tercera de las siete preguntas formuladas por el órgano remitente se aparta sustancialmente de las demás, planteando un interrogante de orden procesal, distinto a las materias del fondo. Una respuesta eventualmente positiva a esta pregunta desembocará, por las razones que se expondrán, en la inadmisión de las restantes cuestiones prejudiciales. Por tanto, procede comenzar abordando este aspecto procesal.

19. La tercera cuestión, en efecto, versa sobre la conformidad de una disposición procesal búlgara con el Derecho de la Unión y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto. Concretamente, se pregunta si un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar una norma nacional, tal como es el artículo 224 de la APK, que le obliga a tener en cuenta las instrucciones vinculantes que le formula un tribunal superior tras anular una sentencia de instancia procedente de dicha jurisdicción nacional, cuando tales instrucciones tienen visos de ser contrarias al Derecho de la Unión. De este modo, lo que viene a solicitar el tribunal de reenvío, como en seguida se verá, es un examen de la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia dictó en el asunto Rheinmühlen I en 1974 y, en el caso

concreto, su aplicación a un sistema procesal como el contencioso-administrativo búlgaro. En efecto, el hecho de que los últimos treinta y seis años hayan presenciado una importante evolución en lo que se refiere a la aplicación del Derecho de la Unión por parte de los tribunales nacionales, lleva a que nos preguntemos, y por invitación del órgano remitente, por el modo en que la doctrina contenida en la sentencia Rheinmühlen I debe ser ahora interpretada.

A. *La jurisprudencia Rheinmühlen I, su contexto y su aplicación al presente asunto*

20. En la ya citada sentencia Rheinmühlen I, el Tribunal de Justicia declaró que «una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas». [5] Esta proclamación suponía un importante respaldo para la fuerza normativa del Derecho de la Unión, que desde entonces recibía, por este cauce, la posibilidad de imponerse frente a una sentencia de un tribunal superior cuya doctrina vinculaba a la instancia. Aunque la dicción alude únicamente a la facultad de la instancia de plantear la cuestión prejudicial, es obvio que tal planteamiento se realiza a fin de, en su caso, desoír los dictados de la sentencia del tribunal superior. La única excepción que admitió el Tribunal de Justicia concernía al supuesto de que el tribunal inferior hubiera planteado antes una cuestión prejudicial que «fuera materialmente idéntica a la ya planteada por el órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia». [6]

21. Rheinmühlen I introducía así una suerte de control descentralizado de comunitariedad, no frente a normas, sino frente a resoluciones judiciales. En efecto, los jueces de instancia cuyas resoluciones resultaban anuladas por un tribunal superior podían, con invocación de esta doctrina y en los casos en los que el asunto les era devuelto, ignorar dicha anulación cuando ésta, en su criterio, fuera contraria al Derecho de la Unión. En el conflicto entre la autonomía procesal nacional y la oportunidad, que así se reabría, de afirmar la primacía del Derecho europeo, se daba prioridad a esta última. [7]

22. Una aplicación automática de Rheinmühlen I llevaría a responder negativamente a esta tercera pregunta, para pasar

5 — Sentencia Rheinmühlen I, antes citada, apartado 4.

6 — *Ibid.*

7 — Así se interpretó la sentencia desde el momento en que fue dictada, tal como se desprende de los comentarios de la fecha de Bebr, G., *Europarecht,* 1974, p. 354; Winter, A., *Common Market Law Review,* 1974, p. 210; Hartley, T., «Article 177 EEC: appeals against an order to refer», *European Law Review,* 1975, p. 48.

directamente a dar respuesta a las restantes. Ocurre, no obstante, que Rheinmühlen I es una resolución particularmente tributaria de unas circunstancias procesales e históricas, muy distintas a las que rodean el presente caso. Una lectura, por así decir, unidireccional, y centrada únicamente en la primacía, corre el riesgo de ignorar ese cambio de escenario.

B. *Los tribunales nacionales de última instancia y la redefinición de su lugar en la aplicación del Derecho de la Unión, así como de su responsabilidad en el marco de esta tarea*

23. El crecimiento del Derecho de la Unión, acompañado de la atribución a los tribunales nacionales de la responsabilidad de interpretación y aplicación de este ordenamiento, han convertido a las instancias supremas de los Estados miembros en las claves de bóveda de la cooperación judicial entre el Tribunal de Justicia y sus homólogos nacionales. Si a ello se suma que, tras las sucesivas modificaciones de los Tratados constitutivos, no existe, ni se contempla, la introducción de un recurso directo ante el Tribunal de Justicia contra las resoluciones de los tribunales nacionales, es evidente que las instancias superiores de los Estados miembros son actores determinantes en la supervisión de la recta aplicación del Derecho de la Unión. Esta atribución de poderes a las jurisdicciones nacionales supremas ha tenido lugar en un contexto en el que simultáneamente se ha incrementado su deber de velar por la recta aplicación del Derecho de la Unión, así como el de tutelar los derechos que este ordenamiento confiere a los ciudadanos.

24. Es en este sentido como debe, a mi juicio, interpretarse la sentencia Köbler, [8] al instaurar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por acto judicial, incluso en aquellos Estados miembros que no conocían estas vías resarcitorias frente a los tribunales. [9] En paralelo a este desarrollo, el Tribunal de Justicia, instado por la Comisión, quebró en el asunto Comisión/Italia la persistente resistencia de ambos a iniciar y sustanciar, respectivamente, recursos por incumplimiento contra los Estados miembros con fundamento en sentencias de los tribunales nacionales. [10] Tanto en Köbler como en Comisión/Italia el Tribunal de Justicia colocó en su punto de mira a los tribunales de última instancia, identificándolos como actores cardinales en los que recae la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir el Derecho de la Unión. [11] Asimismo, resulta especialmente relevante en la aplicación de estos remedios el hecho de que estos tribunales hayan planteado o no una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, así

8 — Sentencia antes citada.

9 — A este respecto, véase el análisis del Abogado General Léger en sus conclusiones en el asunto Köbler, con relación al arraigo de la responsabilidad del Estado por los actos de sus tribunales en los Estados miembros (puntos 77 a 86).

10 — Sentencia de 9 de diciembre de 2003 (C-129/00, Rec. p. I-14637).

11 — Sentencia Köbler, antes citada, apartados 34 y 35; sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 32.

como los términos en que se haya aplicado, en su caso, la jurisprudencia CILFIT. [12]

25. Dicho lo anterior, también hay que observar que los Estados miembros han desarrollado garantías que contribuyen a que los tribunales de última instancia no queden indemnes al dictar resoluciones que pasen por alto la intervención del Tribunal de Justicia. Las jurisdicciones constitucionales de varios Estados miembros han reorientado en este sentido, si bien con distintas intensidades, los recursos directos para la protección de derechos fundamentales, inicialmente en la República Federal de Alemania, [13] posteriormente en Austria [14] y España, [15] y más recientemente en la República Checa [16] y Eslovaquia. [17] Así, en algunos Estados miembros la responsabilidad creciente que recae sobre las instancias supremas no sólo encuentra mecanismos de control en el Tribunal de Justicia, sino también en sus propios Tribunales Constitucionales, que, de manera creciente, interiorizan el Derecho de la Unión para incorporarlo a su parámetro de enjuiciamiento constitucional.

26. Como corolario, hay también que destacar otro desarrollo jurisprudencial que a primera vista no parece caminar en la línea hasta ahora apuntada, pero que es asimismo un resultado coherente con esta evolución. En su sentencia Kühne & Heitz, [18] el Tribunal de Justicia ha declarado que un acto administrativo nacional confirmado por una sentencia de última instancia cuya interpretación del Derecho de la Unión se demuestra incorrecta con posterioridad como consecuencia de una resolución del Tribunal de Justicia no exige, sin embargo, su revisión. De este modo se viene a otorgar preferencia al principio de la Unión de seguridad jurídica, que protege la fuerza de cosa juzgada de la sentencia nacional. [19] En la misma línea, la sentencia recaída en el asunto Kapferer ha dado un paso más, aplicando este planteamiento a una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada dictada por una instancia inferior. [20] En este último caso, el Tribunal de Justicia no pudo

12 — Sentencia de 6 de octubre de 1982, CILFIT (283/81, Rec. p. 3415). Sobre la aplicación de esta jurisprudencia en el contexto de la responsabilidad patrimonial y los incumplimientos judiciales, véanse, respectivamente, las sentencias Köbler, antes citada, apartado 35 y de 12 de noviembre de 2009, Comisión/España (C-154/08), apartados 64 y 65.

13 — Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339, confirmada posteriormente por la sentencia de 31 de mayo de 1990, BVerfGE 82, 159.

14 — Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1995, B 2300/95 WBl 1996, 24.

15 — Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, confirmada posteriormente por la sentencia 194/2006.

16 — Autos del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 2008, IV. ÚS 154/08 y de 24 de julio de 2008, III. ÚS 2738/07, posteriormente confirmados por la sentencia de 8 de enero de 2009, II. ÚS 1009/08.

17 — Autos del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2007, III. ÚS 151/07 y de 3 de julio de 2008, IV ÚS 206/08.

18 — Sentencia antes citada.

19 — No obstante, el Tribunal de Justicia estableció que el Derecho de la Unión no se opondría a la revocación del acto siempre y cuando se cumplieran cuatro condiciones: cuando, (a) según el Derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución; (b) la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; (c) dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3, y (d) el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

20 — Sentencia de 16 de marzo de 2006, Kapferer (C-234/04, Rec. p. I-2585).

expresarse con mayor claridad al declarar que «el Derecho [de la Unión] no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario para la decisión en cuestión». [21] El paso del tiempo no ha hecho sino confirmar esta jurisprudencia, tal como ha sucedido en los asuntos i.21, Kempter y Fallimento Olimpiclub. [22] Esta línea doctrinal sólo parece excepcionarse cuando la norma europea cuya primacía se invoque se ha adoptado al amparo de una competencia exclusiva de la Unión. [23]

27. En suma, esta jurisprudencia revela cómo los principios de la Unión de seguridad jurídica y de autonomía institucional pueden condicionar, llegado el caso, la operatividad de la primacía del Derecho de la Unión. Si esta apreciación puede parecer contradictoria con la doctrina que resulta de sentencias como Köbler y Comisión/Italia, en realidad no es sino el reverso de la misma moneda. A medida que los tribunales de última instancia comienzan a responder directamente por sus resoluciones contrarias al Derecho de la Unión, el sacrificio de la seguridad jurídica y de la autonomía procesal nacional pierde urgencia en orden a garantizar la efectividad de este ordenamiento. En particular, no parece igualmente necesario que un tribunal de instancia vea abierta la posibilidad de excepcionar su organización jerárquica interna a fin de preservar la efectividad del Derecho de la Unión, pues, entre otras cosas, el titular de los derechos que confiere aquél puede ahora acudir a una acción de responsabilidad por acto judicial (asunto Köbler); y, si lo permite su Derecho interno, también tendrá a su disposición la revisión de oficio del acto que confirmó la sentencia ilegal (asunto Kühne & Heitz). Incluso el procedimiento por incumplimiento puede ahora servir para tutelar a la parte que ha sufrido la interpretación errónea del Derecho de la Unión por parte del tribunal superior (astunto Comisión/Italia), sobre todo en los casos en los que Estados miembros prevén recursos extraordinarios de revisión para anular sentencias firmes que son declaradas ilegales por el Tribunal de Justicia en el marco de un incumplimiento. [24]

28. Desde el momento en que un tribunal supremo nacional debe responder ante el justiciable a través de los remedios que vienen impuestos por el Derecho de la Unión, pierde correlativamente sentido el que los tribunales inferiores que deben aplicar la resolución dictada por el tribunal superior acaso contraria al Derecho de la Unión, pero firme, preserven su facultad de ignorarla allí incluso donde

21 — *Ibid*, apartado 21.

22 — Sentencias de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germany y Arcor (C-392/04 y C-422/04, Rec. p. I-8559); de 12 de febrero de 2008, Willy Kempter (C-2/06, Rec. p. I-411), y de 3 de septiembre de 2009, Fallimento Olimpiclub (C-2/08, Rec. p. I-7501).

23 — Sentencia de 18 de julio de 2007, Lucchini (C-119/05, Rec. p. I-6199).

24 — Véase Alemanno, A., «La responsabilità dello Stato nei confronti dei privati per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza», en Spitalero, F., *Il risarcimento dei danni causati da sentenze definitive*, en *L'incidenza del Diritto Comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 65 a 72.

su Derecho interno no se lo permite. En mi opinión, la autonomía procesal de los Estados miembros, en particular en elementos tan sensibles como los que comentamos, recupera su razón de ser cuando la efectividad del Derecho de la Unión comienza decididamente a estar protegida a través de otros cauces.

29. Una última consideración merece, en este sentido, el aumento de la carga de trabajo a la que está expuesto el Tribunal de Justicia. El elevado número de cuestiones prejudiciales que llegan a las puertas de esta institución, así como la creación de procedimientos urgentes destinados a recibir respuesta en plazos muy reducidos, hacen acaso más imperiosa la necesidad de que nuestra jurisdicción comparta funciones con los tribunales nacionales. La creación de remedios europeos ante los tribunales nacionales, tal como ha sucedido con la responsabilidad patrimonial de los Estados o con los principios de efectividad y de equivalencia, es una opción que fortalece y fomenta el trabajo colectivo entre el Tribunal de Justicia y sus homólogos nacionales. De otro lado, el aumento del número de Estados miembros, unido al contacto cada vez más frecuente y directo del ciudadano con el ordenamiento europeo, hacen cada vez menos realista la pretensión de que el Tribunal de Justicia afronte en solitario la tarea de interpretar de forma autorizada el Derecho de la Unión. [25] En este sentido, la sentencia Rheinmühlen I, que es fruto de su tiempo y de un contexto, puede acaso, paradójicamente, terminar dificultando, más que salvaguardando, la efectividad del ordenamiento. Tanto más es esto así, cuanto, en las circunstancias del caso, el Sr. Elchinov podrá utilizar otros cauces procesales ante sus tribunales, cauces que, por lo demás, le vienen garantizados por el Derecho de la Unión.

30. El presente asunto pone en particular de manifiesto cómo una pretensión cual la del Sr. Elchinov encuentra ahora unas vías procesales efectivas y alternativas a las que resultan de la sentencia Rheinmühlen I. Así, después de que el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo hubiera remitido los autos al Administrativen sad Sofia grad, y éste dictase una sentencia desestimatoria del recurso, cabría la posibilidad por parte del Sr. Elchinov de ejercer una acción de responsabilidad frente al Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión. En el curso de ese proceso, el tribunal nacional competente podrá plantear una cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia declare si ha habido un error manifiesto de Derecho, en términos de

25 — En esta misma línea, véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Wiener, presentadas el 10 de julio de 1997 (sentencia de 20 de noviembre de 1997, C-338/95, Rec. p. I-6495), puntos 40 y ss; así como las del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Gaston Schul Douane-expediteur, presentadas el 30 de junio de 2005 (sentencia de 6 de diciembre de 2005, C-461/03, Rec. p. I-Rec. p. I-10513), puntos 80 a 87.

su jurisprudencia. [26] Si se confirma la infracción, el órgano remitente dictará sentencia y resarcirá al recurrente, en definitiva, en términos semejantes a como habría tenido lugar con base en la jurisprudencia Rheinmühlen I. Por último, en caso de que los tribunales jurisdiccionales no apreciaran de forma efectiva la acción de responsabilidad, cabe decir que siempre quedará el remedio subsidiario del recurso por incumplimiento, que el particular podrá, mediante denuncia, instar a la Comisión a plantear. [27]

31. En fin, y en contraste con lo sucedido en los años setenta, hoy podemos afirmar que el ordenamiento de la Unión ha alcanzado un grado de madurez que le permite asegurar su efectividad práctica ante los tribunales nacionales con una incidencia menos enérgica en la autonomía de las jurisdicciones internas que la que sin duda resulta de Rheinmühlen I. De ahí que parezca llegada la hora de abordar una reconsideración de dicha jurisprudencia.

32. Dicho todo lo anterior, reconozco que la propuesta que formulo al Tribunal de Justicia tiene algún coste. Privar a los tribunales de las facultades derivadas de la doctrina Rheinmühlen I puede impedirles dar una solución inmediata al justiciable, forzando a que éste acuda a una acción indemnizatoria de tramitación larga y costosa, que en ocasiones puede tener un resultado desfavorable. Sin embargo, esta deficiencia no será muy distinta a la que sufrirá quien litiga en un caso puramente interno y a quien un tribunal de última instancia, aplicando el Derecho nacional, le dicta una sentencia errónea y perjudicial. En estas circunstancias, el justiciable que se halla en una situación ajena al Derecho de la Unión se verá obligado a acudir también al cauce de la responsabilidad, en términos idénticos a los que debería afrontar el Sr. Elchinov llegado el momento de exigir los derechos que le confiere la Unión. Una vez que el Tribunal de Justicia ha reconocido que las exigencias de la primacía pueden ocasionalmente ceder ante el principio de seguridad jurídica, la solución que propongo no sólo me parece más coherente con la jurisprudencia actual, sino desde luego también con la arquitectura judicial interna de cada Estado miembro,

26 — Véanse, entre otras, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications (C-392/93, Rec. p. I-1631), apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. I-2553), apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros (C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845), apartado 20; y de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratorios (C-127/95, Rec. p. I-1531), apartado 106.

27 — Véase, a título de ejemplo y en unas circunstancias similares a las del señor Elchinov, el reciente asunto Comisión/España (C-211/08, pendiente de sentencia), un procedimiento por incumplimiento que surgió como consecuencia de la queja de un ciudadano francés, el Sr. Chollet, residente en España y afiliado al sistema de seguridad social español. Tras haber sido hospitalizado durante una estancia en Francia, la institución competente española había rechazado la solicitud del Sr. Chollet de reembolso del porcentaje de los gastos que le hizo pagar la institución del lugar de estancia con arreglo a la legislación francesa (el denominado «ticket modérateur»), motivando así la queja ante la Comisión que ha desembocado en el procedimiento citado.

cuyo diseño y equilibrio no debería alterar innecesariamente.

33. Asimismo podrá objetarse que la primacía, con arreglo a nuestra jurisprudencia, sólo admite una excepción cuando una sentencia nacional firme adquiere fuerza de cosa juzgada, y que así sucedía en casos como Kühne & Heitz o Kapferer, pero no en el asunto de autos. Pero este argumento tiene sentido sólo si se aprecia la cosa juzgada en términos muy formales, algo que no es compatible con el enfoque que ha aplicado el Tribunal de Justicia en su más reciente jurisprudencia. Tal como se desprende de las sentencias antes citadas, tanto en los asuntos Kühne & Heitz, como en Kapferer, Willy Kempter, i-21 Germany y Arcor y, más recientemente, en Fallimento Olimpiclub, la apreciación que hace el Tribunal de Justicia de la cosa juzgada de una resolución judicial nacional depende mucho de las circunstancias concretas de cada caso. Tal como apuntó el Abogado General Mazák en sus conclusiones en el referido asunto Fallimento Olimpiclub, esta jurisprudencia refleja la pertinencia de realizar una ponderación, caso por caso, a la vista de las circunstancias fácticas y jurídicas particulares. [28] Un planteamiento de este tipo, atento a las peculiaridades del marco nacional, es justo el que la doctrina Rheinmühlen I no permite realizar. Llevando al juez de instancia hasta la inaplicación de una resolución judicial de un tribunal supremo que le vincula directamente, Rheinmühlen I niega todo margen de maniobra a la consideración de factores como la estabilidad de las relaciones jurídicas, la firmeza de las sentencias o la seguridad jurídica. [29] Por tanto, la apreciación de la cosa juzgada prevista en un ordenamiento nacional, así como su relación con el ordenamiento de la Unión, merecen un tratamiento pormenorizado y, al mismo tiempo, atento a la autonomía procesal de cada Estado.

34. Volviendo a las circunstancias del caso, una sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo búlgaro no admite recurso alguno, pudiendo no obstante devolver los autos a la instancia a fin de que se realice un nuevo examen en el que podrá únicamente acometer nuevas valoraciones de hecho. Ahora bien, no cabe duda alguna de que la sentencia del tribunal superior ha puesto fin al litigio en lo que concierne al Derecho, sin que quepa discusión alguna al respecto, ni siquiera ante la vía extraordinaria de un recurso ante el Tribunal Constitucional. [30] Es más, y según se desprende de comentarios autorizados en la materia, la valoración de Derecho que en el caso realiza el Tribunal Supremo le vinculará en el futuro en el supuesto de que la sentencia de instancia fuese recurrida nue-

28 — Conclusiones presentadas el 24 de marzo de 2009, punto 54.

29 — El mismo enfoque, centrado en las circunstancias concretas de cada ordenamiento, es el que ha aplicado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a la apreciación de oficio del Derecho de la Unión. Al respecto, compárense las sentencias de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y van Veen (C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705) y Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), y de 25 de noviembre de 2008, Heemskerk y Schaap (C-455/06, Rec. p. I-8763).

30 — El Tribunal Constitucional búlgaro (artículo 149 de la Constitución búlgara) no conoce de recursos directos interpuestos por particulares para la protección de derechos fundamentales.

vamente ante la jurisdicción superior. [31] Por tanto, desde el momento en que el Tribunal Supremo dictó la sentencia en cuestión en 2008, puede decirse que ésta gozaba de fuerza de cosa juzgada material, ya que no formal. Su contenido era pues inamovible, y el Derecho procesal búlgaro confiere a las valoraciones de Derecho ahí vertidas toda la estabilidad que se le otorga a una sentencia firme. En fin, entiendo que basta con que una decisión, como la que nos ocupa, no pueda ser recurrida respecto de los motivos de Derecho para que se dé lugar a una estabilidad jurídica merecedora de singular protección.

35. Por último, se podrá acaso reprochar que esta propuesta no es del todo coherente con la solución por la que se inclinó el Tribunal de Justicia en el asunto Cartesio. [32] Hay que señalar, sin embargo, que esta resolución versa sobre una problemática distinta y toca además un instante procesal totalmente diferente al planteado en el caso de autos. Como es bien sabido, la sentencia Cartesio matizó los términos de la sentencia Rheinmühlen II [33] en el punto concerniente a la impugnabilidad de los autos de planteamiento. [34] Esta resolución, debe recordarse, adoptada pocas semanas después de la sentencia Rheinmühlen I y en el curso de un mismo litigo nacional, declaró que el artículo 267 TFUE (entonces artículo 177 del Tratado CEE) no se opone a que la decisión de un órgano de instancia de plantear una cuestión prejudicial «continúe sometida a las vías de recurso normales previstas por el Derecho nacional». Por contra, y aun citando la jurisprudencia Rheinmühlen como autoridad, el fallo de la sentencia Cartesio matizó este resultado al afirmar que la competencia que confiere el artículo 267 TFUE de acudir ante el Tribunal de Justicia «se pondría en tela de juicio si, al reformar la resolución en la que se acuerde la remisión prejudicial, revocarla y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó esa resolución proseguir el procedimiento suspendido, el órgano jurisdiccional de apelación pudiera impedir al órgano jurisdiccional remitente ejercer la facultad que le confiere el Tratado CE de plantear la cuestión prejudicial». [35] La sentencia prosigue su razonamiento para terminar por declarar que corresponde al juez de instancia «extraer las consecuencias de una sentencia dictada en un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerda plantear la cuestión prejudicial y, en particular, llegar a la conclusión de que debe ya mantener su petición de decisión prejudicial, ya modificarla, ya renunciar a ella». [36]

36. Ante todo, salta a la vista que la problemática de la impugnabilidad de los autos de planteamiento, y sus eventuales consecuencias,

31 — Пенчев, К., Тодоров, И., Ангелов Г. и Йорданов, Б., Административнопроцесуален кодекс – Коментар, Първо издание, София 2006, чл. 224, ал. 2.

32 — Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06, Rec. p. I-9641).

33 — Sentencia de 12 de febrero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (146/73, Rec. p. 139).

34 — Al respecto, véanse Alonso García, R., «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio», Revista Española de Derecho Europeo, núm. 30, 2009, pp. 209 a 211, y Barbato, J.-C., «Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi», *Revue Trimestrielle de Droit européen*, núm. 2, 2009, pp. 280 y ss.

35 — Sentencia Cartesio, antes citada, apartado 95.

36 — *Ibid*, apartado 96.

responde a unas peculiaridades bien distintas a las suscitadas en el asunto que en este momento nos ocupa. El marco de referencia de cada caso cambia sustancialmente, pues Cartesio se refiere a lo que podríamos llamar la fase ascendente de un litigio, es decir, la fase de gestación natural, desde que el asunto se inicia en la instancia hasta que finaliza mediante una sentencia contra la que no cabe recurso. Por el contrario, el caso de autos se centra en lo que podemos llamar la –eventual– fase descendente de un litigio, es decir, el momento terminal del pleito, una vez dictada la sentencia definitiva y devolviéndose los autos a la instancia a los simples efectos de dar cumplimiento a una decisión en Derecho cuyos términos no pueden ser cuestionados.

37. Por fin, la conclusión que aquí se propone no significa que la sentencia Rheinmühlen I deba perder toda su razón de ser. Al contrario, en mi opinión, esta jurisprudencia seguirá plenamente vigente cuando, en el curso de la fase ascendente de un litigio, se produzcan interferencias que requieran que un tribunal de instancia desoiga las instrucciones de su jurisdicción superior. El caso paradigmático se refleja cuando se recurre un auto de planteamiento, tal como se plantea en la sentencia Cartesio. En esa circunstancia se justificaría el mantenimiento de la sentencia Rheinmühlen I, y no es casual que la sentencia Cartesio, en su apartado 94, la cite y la reproduzca. En tal supuesto, en la fase ascendente de la vida de un litigio en el que se aplica Derecho de la Unión, la sentencia Rheinmühlen I debe servir como una herramienta en manos del juez de instancia, a quien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia protege especialmente en dicho instante. [37]

38. En consecuencia, y por los motivos que se han expuesto con anterioridad, invito al Tribunal de Justicia a que declare que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un tribunal de instancia, como en el caso de autos el Administrativen sad Sofia grad, en el curso de un proceso en el que ya dictó una primera sentencia, esté obligado por su ordenamiento interno, una vez devueltos los autos, a aplicar las instrucciones contenidas en la sentencia de casación dictada por un tribunal superior en ese mismo proceso.

39. Si el Tribunal de Justicia siguiera esta propuesta, las cuestiones prejudiciales restantes relativas al fondo carecerían de utilidad, pues todas ellas parten del supuesto de que el órgano remitente no tendría necesariamente que seguir el pronunciamiento del Tribunal Supremo administrativo búlgaro. En efecto, el Tribunal de Justicia debería lógicamente, en tal caso, declarar la inadmisibilidad

37 — Caso distinto es la aplicación de la doctrina Rheinmühlen I cuando se inicia un nuevo procedimiento que no esté afectado por la fuerza de cosa juzgada formal de la sentencia del tribunal superior. Así sucedió en el reciente asunto ERG y otros (sentencia de 9 de marzo de 2010, C-378/08, Rec. p. I-1919), donde el Tribunal de Justicia invocó la citada sentencia, pero en un contexto donde las partes iniciaron un nuevo litigio contra actos administrativos distintos a los impugnados en el asunto que anteriormente adquirió fuerza de cosa juzgada.

de dichas cuestiones en aplicación de su jurisprudencia. [38]

40. Para el supuesto, no obstante, de que el Tribunal de Justicia no alcance a compartir esta propuesta, procede analizar las seis preguntas restantes, relativas al fondo, que conciernen, como se ha dicho, a los servicios médicos transfronterizos recibidos por el Sr. Elchinov.

V. Sobre el fondo

41. A fin de otorgar una respuesta útil, se hace preciso reordenar una vez más las preguntas planteadas por el Administrativen sad Sofia grad. En primer lugar, se estudiará la compatibilidad con los Tratados y el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 del sistema de autorización previa búlgaro para percibir asistencia sanitaria en el extranjero. En segundo lugar, se examinará el cumplimiento de los requisitos impuestos por el citado artículo 22, centrando la atención en el grado de concreción de la legislación búlgara al contemplar la cobertura de la prestación, las consecuencias de la imposibilidad material de prestar dicha cobertura en Bulgaria, y la posibilidad de ofrecer un tratamiento alternativo, aunque menos eficaz y más radical. En tercer lugar, se considerará el régimen de reembolso aplicable en caso de que el Sr. Elchinov cumpliera los requisitos para percibir el cobro de la prestación efectuada en Alemania. Por último, habrá que pronunciarse sobre los poderes del juez nacional, llegado el caso de declarar que el recurrente tiene derecho al citado reembolso.

A. *Sobre la autorización previa como requisito para percibir el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria en el extranjero (quinta cuestión)*

42. En la quinta de sus preguntas, el órgano remitente plantea sus dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un régimen de autorización previa para obtener una prestación médica en otro Estado miembro. Dado que el Sr. Elchinov recibió el tratamiento en Alemania *después* de haber solicitado la autorización, pero *antes* de que ésta fuera otorgada, se suscita si un régimen como el previsto en el artículo 36 de la Ley búlgara del seguro obligatorio es compatible con el artículo 56 TFUE, así como con el Reglamento nº 1408/71.

43. Los Estados que han presentado observaciones han adoptado una postura parcialmente común. Por un lado, todos ellos coinciden al afirmar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite a los Estados introducir regímenes de autorización previa en caso de

38 — Veánse, entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045), apartado 21; de 3 de febrero de 1983, Robards (149/82, Rec. p. 171), apartado 19, y de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 25.

percepción en otro Estado miembro de un servicio médico que requiera hospitalización. Sin embargo, mientras que España y Bulgaria sostienen que el régimen búlgaro, al excluir de forma taxativa cualquier obtención del reembolso en caso de que no se haya solicitado la autorización, no entra en conflicto con el Derecho de la Unión, tanto la Comisión como los gobiernos de la República Checa y de Polonia llegan a una conclusión contraria.

44. La respuesta a esta cuestión se desprende, sin más, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

45. En sus sentencias Decker y Kohll, [39] el Tribunal de Justicia declaró que una normativa nacional que «supedita a una autorización previa el reembolso de los gastos en [otro] Estado y deniega dicha reembolso a los asegurados que no posean dicha autorización» supone una restricción de la libre prestación de servicios, en tanto en cuanto «disuade a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro». [40] Tras realizar un examen de las justificaciones, el Tribunal de Justicia consideró que un régimen de autorización previa no encontraba amparo ni en la excepción de salud pública recogida en los artículos 52 y 62 TFUE ni en una razón imperiosa de interés general.

46. Esta relevante afirmación, que confirmaba una evolución ya latente en las dos sentencias Pierik, [41] implicaba dos importantes precisiones. Por un lado, y siguiendo las conclusiones del Abogado General Tesauro, [42] confirmaba la posibilidad de que el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 se interpretara a la luz de los Tratados, o que éstos fueran aplicables cuando no podía invocarse el Reglamento citado. [43] Por otro lado, y como resultado de lo anterior, se dejaba constancia de que los servicios sanitarios, tanto públicos como privados, eran actividades económicas plenamente subsumibles bajo las normas de libre circulación. [44]

47. No obstante, es de tener en cuenta que ambas sentencias se referían a prestaciones que no requerían hospitalización, sino de tratamientos ambulatorios cuya organización y coste no era equiparable a los que requieren un ingreso en un centro médico. Y es en función precisamente de esta última consideración cómo el Tribunal de Justicia,

39 — Sentencias de 28 de abril de 1998 (C-120/95, Rec. p. I-1831 y C-158/96, Rec. p. I-1931, respectivamente).

40 — Sentencia Decker, apartados 35 y 36, y sentencia Kohll, apartados 34 y 35.

41 — Sentencia de 16 de marzo de 1978 (117/77, Rec. p. 825) y de 31 de mayo de 1979 (182/78, Rec. p. 1977).

42 — Puntos 17 a 24, así como el punto 32 de las conclusiones presentadas conjuntamente el 16 de septiembre de 1997 en los asuntos Decker y Kohll, citados.

43 — Sentencia Decker, apartados 22 a 25, y sentencia Kohll, apartados 20 a 21.

44 — Sentencia Kohll, apartados 31 a 35. Precisión ya anunciada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (286/82 y 26/83, Rec. p. 377), pero sin aplicar al sector sanitario hasta la citada sentencia Kohll.

en sus sentencias Smits y Peerbooms y Müller-Fauré, [45] dictadas poco después de Decker y Kohll, estableció que, «en comparación con las prestaciones médicas efectuadas por los médicos en sus consultas o a domicilio, las prestaciones médicas dispensadas en un establecimiento hospitalario se insertan en un marco que presenta particularidades indiscutibles». [46] A continuación, el Tribunal de Justicia concretó esas especificidades e hizo referencia a la necesaria planificación que requiere este tipo de centros, para lo cual debe conocerse «el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o incluso la clase de médicos que pueden ofrecer». [47] Como resultado de todo lo anterior, el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión no se opone «en principio» a un sistema de autorización previa exigible a quienes deseen percibir una prestación hospitalaria en otro Estado miembro. [48]

48. A este mismo resultado llegó el Tribunal de Justicia en la sentencia Vanbraekel y otros, [49] aportando un importante elemento a las resoluciones anteriores: cuando una solicitud sea rechazada, tal negativa no impide al solicitante, una vez declarado que el rechazo era contrario al artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, exigir el reembolso que le garantiza dicho precepto. [50] En estas circunstancias, el beneficiario del reembolso podrá obtenerlo directamente de la institución a la que está afiliado en su país de residencia.

49. A la vista de todo lo anterior, un precepto como el artículo 36, apartado 1, de la Ley búlgara sobre el seguro de enfermedad debe aplicarse teniendo en cuenta la interpretación que el Tribunal de Justicia ha hecho de los artículos 56 TFUE y 22 del Reglamento nº 1408/71. Esto implica que la exigencia de una autorización previa para percibir un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro no resulta, «en principio», incompatible con las normas de la Unión. Ahora bien, ello no implica, tal como se desprende de las sentencias Smits y Peerbrooms y Müller-Fauré, que el precepto de la Ley búlgara antes citado esté libre de toda duda. Si el ordenamiento búlgaro introdujera un régimen tan severo que imposibilitase o hiciese menos atractiva la libre prestación de servicios, la jurisprudencia citada forzaría un juicio negativo de compatibilidad con el Derecho de la Unión.

50. Por el tenor de la norma cuestionada, que deja cierto margen a la ambigüedad, no parece que exista tal incompatibilidad.

45 — Sentencias de 12 de julio de 2001 (C-157/99, Rec. p. I-5473), y de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y Van Riet (C-385/99, Rec. p. I-4509).

46 — Sentencia Smits y Peerbooms, apartado 76, y sentencia Müller-Fauré y Van Riet, apartado 77.

47 — *Ibid.*

48 — Sentencia Smits y Peerbooms, apartado 82, y sentencia Müller-Fauré y Van Riet, apartado 83.

49 — Sentencia de 12 de julio de 2001 (C-368/98, Rec. p. I-5363).

50 — Sentencia Vanbraekel, apartado 34. En este mismo sentido, véanse también la sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 55, así como las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en dicho asunto, punto 41.

51. En efecto, el mencionado artículo 36, apartado 1, garantiza el derecho de toda persona sujeta al seguro obligatorio «a percibir en todo o en parte el importe de los gastos de asistencia médica en el extranjero únicamente si han recibido la autorización previa de la [Caja]». Es cierto que la norma podría interpretarse, tal como apuntan la Comisión y el Sr. Elchinov, como una prohibición taxativa a cualquier cobro del reembolso, *a priori* o *a posteriori*, en caso de que no se hubiera solicitado la autorización. Sin embargo, la dicción podría apuntar hacia una interpretación más matizada: la norma también podría declarar que sólo cabe el reembolso cuando previamente se ha recibido la autorización *al reunir los requisitos exigidos por el artículo 22, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71*. De esta manera, si se lee el precepto como una derivación del artículo 22 del citado Reglamento, también debería interpretarse en el sentido de que, una vez declarada infundada la denegación de la autorización por la propia institución competente o mediante decisión judicial, la autorización ya no resultaría necesaria.

B. *Sobre el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 22, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71*

52. Como es bien sabido, corresponde sólo al juez remitente, y no al Tribunal de Justicia, acometer la interpretación de las normas nacionales. Sin embargo, sí compete a nuestra jurisdicción proporcionar al órgano de reenvío todos los elementos necesarios para que el ordenamiento interno se aplique correctamente a la luz del Derecho de la Unión. En tales circunstancias, considero queel artículo 56 TFUE y el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma como el artículo 36, apartado 1, de la Ley búlgara sobre el seguro de enfermedad, en la medida en que ésta instaura un régimen de autorización previa para la percepción de prestaciones hospitalarias en otro Estado miembro, y siempre, en todo caso, que dicha norma no impida al solicitante reclamar el reembolso con posterioridad, en los supuestos en los que el rechazo a la correspondiente petición hubiera sido declarado infundado por la propia institución competente, o mediante decisión judicial.

53. El órgano remitente ha formulado varias preguntas acerca de la interpretación que debe darse al apartado 2 del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, donde se establecen las condiciones que deben cumplirse como paso anterior a la obtención del derecho a ser autorizado a percibir un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro. También en esta ocasión la respuesta a estos diversos interrogantes se encuentra ya en la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia, en aplicación exclusivamente de dicho Reglamento, debiendo acudirse al TFUE únicamente como canon de interpretación.

1. Sobre la inclusión de la prestación en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado (cuarta cuestión)

54. El órgano jurisdiccional nacional alberga dudas sobre el alcance del artículo 22, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, cuando establece en su párrafo segundo que la autorización para recibir el tratamiento en otro Estado miembro «no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado». Tales dudas son consecuencia de la opción efectuada por el legislador búlgaro por una lista exhaustiva de los tratamientos cubiertos por el seguro al que está acogido el Sr. Elchinov, pero define sólo de una manera general el tratamiento que le ha sido prescrito.

55. Una vez más, los Estados miembros asumen aquí posiciones divergentes, aunque todos coinciden en reivindicar su competencia para determinar las prestaciones específicas a las que tienen acceso los cotizantes de la seguridad social. A partir de esta posición común, los Gobiernos de la República Checa y de Finlandia destacan la necesidad de que un sistema de lista como el adoptado en Bulgaria no sea discriminatorio. Por su parte, el Reino de España insiste en la necesidad de que las categorías sean lo suficientemente específicas y que no generen inseguridad jurídica. El Gobierno de Polonia defiende una interpretación restrictiva del artículo 22, apartado 2, ya citado, mientras que el Gobierno de Grecia, al igual que la Comisión, optan por una lectura más generosa del precepto y defienden que las normas búlgaras deben aplicarse de modo que no perjudiquen al perceptor del servicio.

56. En las ya citadas sentencias Smits y Peerbooms y Müller-Fauré así como en las dictadas en los asuntos Inizan y Watts, [51] quedó patente la preocupación del Tribunal de Justicia por la forma en que algunos Estados miembros aplicaban el régimen de autorización previa para la obtención de un tratamiento en otro Estado miembro. Sobre este punto, las citadas resoluciones insistieron en que un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones de la Unión. A partir de esta premisa, el Tribunal de Justicia declaró que un sistema de autorización administrativa previa como el previsto para recibir un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro «debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria». [52]

51 — Sentencias de 23 de octubre de 2003 (C-56/01, Rec. p. I-12403) y de 16 de mayo de 2006 (C-372/04, Rec. p. I-4325), respectivamente.

52 — Sentencia Smits y Peerbooms, apartado 90; sentencia Müller-Fauré, apartado 85; Sentencia Inizan, apartado 57, y sentencia Watts, apartado 116.

57. En el asunto Smits y Peerbooms, la norma neerlandesa cuestionada no introducía una lista de prestaciones, sino una regla general que preveía la cobertura de los tratamientos médicos siempre que correspondieran a lo «habitual en el medio profesional». El Tribunal de Justicia declaró que una disposición tan ambigua corría el riesgo de privilegiar, de hecho, a los prestadores de asistencia nacionales frente a los establecidos en otros Estados miembros. [53] La sentencia Watts destacó igualmente el difícil encaje con el Derecho de la Unión de un régimen como el británico, que no precisaba criterios de concesión o de denegación de la autorización previa para el tratamiento hospitalario en otro Estado miembro. [54]

58. A diferencia de lo sucedido en los casos recién mencionados, el sistema búlgaro ha optado por un régimen de lista que recoge de forma exhaustiva y exclusiva los tratamientos cubiertos por el seguro obligatorio. Por tanto, las dudas del órgano remitente no se refieren a un sistema discrecional, sino a un régimen que pretende ser objetivo, transparente y no discriminatorio, pero que suscita dudas de interpretación.

59. En efecto, el anexo 5 del Reglamento nº 40 de desarrollo de la Ley recoge la «lista de vías de tratamiento clínico» cubiertas por el seguro obligatorio, donde se incluyen los «tratamientos quirúrgicos del glaucoma», «operaciones oculares mediante técnica de láser o de criones», «operaciones de la zona ocular», «del globo ocular», así como el tratamiento «por irradiación de alta tecnología de enfermedades oncológicas y no oncológicas». Dentro de este grupo de tratamientos que afectan a la zona ocular, el órgano remitente nos plantea si la irradiación de un tumor con partículas de protones seguida de la posterior extirpación del tumor, es una prestación que se incardina en alguno de los supuestos enumerados en el anexo 5.

60. Como ha afirmado correctamente la Comisión, un régimen nacional de listas cerradas que, sin embargo, opta, en ocasiones, por una descripción en términos amplios de los tratamientos, tiene que ser coherente y otorgar a la definición de dichos tratamientos una interpretación consecuente con su tenor. En otras palabras, si el régimen búlgaro pretende definir de manera exhaustiva y muy específica todos y cada uno de los tratamientos que cubre el seguro obligatorio, la inclusión de una prestación descrita en términos genéricos, como la «irradiación de alta tecnología de enfermedades oncológicas y no oncológicas», prevista en el punto 258 del anexo 5 del Reglamento de desarrollo, no puede admitir una interpretación tal que la deje vacía de contenido. Esta apreciación no quiere decir que el citado punto 258 tenga que recibir una interpretación amplia, tal como sugiere el Gobierno griego. Al contrario, de lo que se trata es de que dicho punto se interprete de manera coherente con el fin último tanto

53 — Sentencia Smits y Peerbooms, antes citada, apartado 96.
54 — Sentencia Watts, antes citada, apartado 118.

de la normativa búlgara como del Derecho de la Unión. En la parte que le corresponde a este Tribunal de Justicia en la interpretación de este último, se desprende que el referido punto 258, para que sea conforme con los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, tantas veces enunciados en nuestra jurisprudencia, debe entenderse en los términos que aquí se sugieren.

61. Asimismo, una lectura de este tipo debe asentarse en unos parámetros técnicos que, por más que no sean jurídicos, deben integrar la valoración del Derecho que impone el ordenamiento de la Unión. Tal como ha destacado en sus observaciones la Comisión, la sentencia Smits y Peerbooms precisó que, a la hora de determinar si un tratamiento estaba «suficientemente probado y validado» en la práctica médica, las autoridades nacionales deben tomar en consideración todos los elementos pertinentes disponibles, entre ellos, en particular, las publicaciones y los estudios científicos existentes, así como las opiniones autorizadas de los especialistas. [55]

62. En el caso de autos, no se trata de apreciar si estamos ante un tratamiento «suficientemente probado y validado», como exigía el ordenamiento neerlandés en el asunto Smits y Peerbooms, sino ante un tratamiento «de alta tecnología». Lógicamente, la definición de este término corresponde exclusivamente al órgano remitente, pero en su apreciación deberá tener en consideración las pautas antes marcadas por la jurisprudencia. Así, al observar si un tratamiento es de alta tecnología o no, la doctrina citada del Tribunal de Justicia debe llevar al órgano jurisdiccional a realizar una valoración prudente, pues existirán técnicas de tal naturaleza que, por razón de su elevada complejidad, no son corrientes en la praxis médica. Puede establecerse una línea fronteriza que marque el límite entre un tratamiento «de alta tecnología» habitual y otro que no lo es, utilizando como criterio el carácter experimental del mismo. De tal manera, si el tratamiento prescrito requiriese el empleo de técnicas de «alta tecnología», éstas entrarían bajo la órbita del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, siempre y cuando no tuvieran un carácter experimental. La definición de este rasgo deberá acometerse, en línea con la jurisprudencia Smits y Peerbooms, tomando en consideración todos los elementos pertinentes disponibles, entre ellos, en particular, las publicaciones y los estudios científicos existentes, así como las opiniones autorizadas de los especialistas.

63. A partir de estos criterios hermenéuticos, corresponde al tribunal remitente apreciar el alcance preciso de las normas cuestionadas. Asimismo, a ese mismo tribunal corresponderá realizar el juicio fáctico relativo al carácter experimental o no experimental del tratamiento de alta tecnología empleado en el caso. Sin embargo, esa apreciación ha de conciliarse con las pautas europeas aquí propuestas; lo cual lleva a proponer que el artículo 22,

55 — Sentencia Smits y Peerbooms, apartado 98.

apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, sea interpretado en el sentido de que no se opone a un régimen como el previsto en el anexo 5 del Reglamento nº 40 de 2004, en tanto éste permita, basándose en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, el conocimiento de los tratamientos recogidos en el mismo. Cuando el Derecho nacional opere con un sistema de lista, y un tratamiento esté previsto de forma genérica haciendo alusión a prácticas de «alta tecnología», el juez remitente deberá apreciar, a fin de no vaciar de contenido el derecho concedido por el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, si el tratamiento recibido tiene o no carácter experimental a la luz de los elementos pertinentes disponibles, entre ellos, en particular, las publicaciones y los estudios científicos existentes, así como las opiniones autorizadas de los especialistas.

2. Sobre la presunción de no cobertura en caso de que la prestación no se financie con cargo a los presupuestos del sistema de previsión (primera cuestión)

64. En su primera cuestión prejudicial, el órgano remitente pregunta si el Derecho de la Unión es conforme con una presunción según la cual, en caso de que un tratamiento no se financie con cargo a los presupuestos del sistema de previsión, pero esté recogido en la legislación nacional, deba entenderse que no está cubierto por el sistema. Esta cuestión toca un importante elemento aún por desarrollar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el relativo a la insuficiencia de medios para prestar los tratamientos médicos garantizados y su conciliación con la libre prestación de servicios.

65. Con la excepción de Bulgaria y del Reino Unido, todos los Estados que han presentado observaciones en este proceso, así como la Comisión, coinciden al declarar que tal presunción no encuentra fundamento en el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71. En su opinión, una interpretación semejante conduciría a vaciar de contenido el derecho que tiene todo paciente a percibir un servicio hospitalario en otro Estado miembro, dejando en manos de cada autoridad nacional (y de los fondos disponibles) la efectividad del Reglamento. Por contra, Bulgaria y el Reino Unido defienden que la presunción es coherente con la disponibilidad de recursos de cada Estado, algo que beneficia o perjudica por igual a todos los pacientes, quieran o no ejercer la libre circulación.

66. Del conjunto de cuestiones suscitadas en el presente procedimiento, ésta es la única que aún no encuentra una solución concreta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, la respuesta que debe dársele

puede hacerse derivar tanto de las sentencias ya citadas como de la jurisprudencia en materia de libre prestación de servicios.

67. Es, en efecto, doctrina reiterada de este Tribunal que el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difíciles las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro. [56] El Reglamento nº 1408/71, cuya finalidad es hacer claramente operativas las libertades de circulación en el preciso ámbito de la seguridad social, persigue ese mismo objetivo, y se opone, por lo mismo, a cualquier interpretación de su artículo 22 que deje en peor situación a los prestadores de otros Estados miembros que a los del Estado de residencia. [57] A partir de esta premisa, es necesario encarar con suma cautela cualquier práctica o normativa nacional que dé prioridad, directa o indirectamente, a los prestadores de servicios internos frente a los de otros Estados miembros. La presunción que ha aplicado el Tribunal Supremo administrativo de Bulgaria al aplicar el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 debe considerarse de manera evidente como una limitación en este sentido.

68. Ahora bien, a pesar del carácter restrictivo de esta interpretación, es necesario detenerse a apreciar si la presunción cuestionada admite algún margen adicional que permitiera avalarlo a la luz del Reglamento citado. A este fin, Bulgaria se ha limitado a reiterar que el tratamiento prescrito no está contemplado en su legislación, sin cuestionar por tanto el potencial lesivo de la presunción. Por otro lado, el Reino Unido ha argumentado que la terapia de protones, por su complejidad y elevado coste, justifica una interpretación como la realizada por el Tribunal Supremo administrativo de Bulgaria. Esta lectura da por supuesto que la integridad financiera de los sistemas de previsión resultaría amenazada si se autorizara a los pacientes a acceder en otro Estado miembro a tratamientos tan evolucionados como costosos.

69. Estos argumentos no resultan convincentes.

70. En primer lugar, debe señalarse que la presunción debatida no encuentra acogida expresa en el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, ni en ningún otro precepto de este texto. Se trata, pues, de una excepción a un derecho que confiere el Derecho de la Unión en términos claros y taxativos. Si a ello se suma, como se expone en el punto 67 de estas conclusiones, que la medida beneficia a los

56 — Sentencias del 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17; Kohll, antes citada, apartado 33, Smits y Peerbooms, antes citada, apartado 61; Watts, antes citada, apartado 94.

57 — Véanse los considerandos primero y segundo del Reglamento nº 1408/71.

prestadores de servicios búlgaros frente a los de otros Estados miembros, debe descartarse *a priori* cualquier aproximación que implique una presunción como la aquí discutida.

71. En segundo lugar, el argumento según el cual una presunción de este tipo no salvaguarda la integridad financiera de la Caja resulta igualmente débil. Debe tenerse en cuenta que, tal como apuntan todos los Estados miembros que han presentado observaciones en este proceso, ellos son las autoridades competentes para determinar los tratamientos cuya cobertura incluya la autorización a percibirlos en otro Estado miembro. [58] Esto significa que son ellos los responsables de definir de forma objetiva, transparente y no discriminatoria la relación de servicios que cubre su sistema de previsión social. Si las disponibilidades presupuestarias de un Estado miembro no le permiten hacer frente a un tratamiento como la terapia de protones, en sus manos está el no incorporarlo en la relación de servicios cubiertos. En el caso de autos, si el órgano jurisdiccional llegara a la conclusión de que el tratamiento prescrito está contemplado en la legislación búlgara (y los informes periciales emitidos en las instancias nacionales así parecen indicarlo), su prestación en otro Estado miembro sería la consecuencia de una decisión adoptada libremente por las autoridades búlgaras. En ningún caso estaría el Derecho de la Unión ampliando los tratamientos contemplados por el régimen de seguridad social nacional.

72. En tercer lugar, hay que incorporar un argumento de eficacia. Un sistema como el búlgaro, cuya relación de prestaciones por la Caja pretende ser muy avanzada, por el sólo hecho de integrarse en la Unión se beneficia del conocimiento y de las tecnologías de aquellos otros Estados miembros que disponen de los medios técnicos a los que aspira Bulgaria. Si un Estado miembro desea estar a la vanguardia de las prestaciones médicas (lo que desde luego requiere su tiempo), el Derecho de la Unión le permite que sus ciudadanos perciban en otro Estado miembro los tratamientos que aquél desea poner a su disposición internamente, si bien por el momento no está en condiciones de hacerlo. Además, siempre que el Estado contemple un determinado tratamiento en su legislación nacional, la pretensión de impedir su recepción en otro Estado miembro, no sólo resulta contraria a las normas que rigen el mercado interior, sino que contribuye a fragmentar un sector que requiere de la colaboración y de la compartición de medios, conocimiento y destrezas profesionales, como el sanitario. Con un enfoque como el defendido por el gobierno búlgaro, no sólo se resiente la eficacia del sistema de cara al ciudadano en el interior del

58 — Véanse, entre otras, las sentencias Decker, antes citada, apartados 21 a 24; Kohll, antes citada, apartados 17 a 20; Smits y Peerbooms, antes citada, apartados 53 a 58; Vanbraekel, antes citada, apartados 40 a 44; Müller-Fauré y Van Riet, antes citada, apartados 38 a 43; Inizan, antes citada, apartados 16 a 18, y Watts, antes citada, apartados 90 a 92.

Estado miembro en cuestión, sino también el conjunto del sector sanitario europeo, cuyo funcionamiento en común potencia, además, la efectividad, calidad y conocimiento de los servicios de salud de cada Estado miembro.

73. Por todo lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 1408/71 sea interpretado en el sentido de que se opone a una presunción según la cual un tratamiento que esté recogido en la legislación nacional, pero que no se financie con cargo a los presupuestos, no se encuentra cubierto por dicho sistema.

3. Sobre la posibilidad de ofrecer una prestación alternativa en el país de residencia, pero menos efectiva y más radical (segunda cuestión)

74. Con su segunda cuestión, el órgano remitente plantea una duda de interpretación respecto del segundo requisito contenido en el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 1408/71. Según dicha disposición, la autoridad competente estará obligada a emitir la autorización cuando, «habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside». Se interroga al Tribunal de Justicia si esta prescripción permite a un Estado miembro denegar la autorización cuando existan tratamientos equivalentes, pero menos efectivos y más radicales, en su territorio. Concretamente, debe analizarse si la extracción completa del ojo enfermo es un tratamiento equivalente a una terapia de protones.

75. Una vez más, los Estados que han presentado observaciones se encuentran divididos en sus respectivas posturas. Por un lado, la República Checa, Polonia, Finlandia y Grecia, así como la Comisión, propugnan un enfoque flexible, que atienda caso por caso a las circunstancias de cada paciente a la hora de apreciar si existen medios alternativos en el Estado de residencia, y en plazos razonables. Por otro lado, Bulgaria, España y el Reino Unido asumen una lectura estricta del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, y esgrimen que sólo cuando ninguno de los tratamientos disponibles, incluso los alternativos, puedan ser prestados en un plazo oportuno en el Estado de residencia, es preceptivo otorgar la autorización.

76. De entrada, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en su jurisprudencia Pierik, declarando que, «desde el momento que la institución competente reconoce que la asistencia de que se trata constituye un tratamiento necesario y eficaz de la enfermedad», queda cumplido el requisito citado del Reglamento

nº 1408/71. [59] Es cierto que esta sentencia fue posteriormente rectificada por el legislador comunitario, al introducir una dimensión temporal en el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del citado Reglamento. [60] Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente a partir de las reiteradamente citadas sentencias Smits y Peerbooms y Müller-Fauré, ha reducido una vez más, tal como hizo en Pierik, el alcance del elemento temporal.

77. En efecto, en dichas decisiones el Tribunal de Justicia, si bien en un caso donde se aplicaba directamente el artículo 56 TFUE y no el Reglamento nº 1408/71, declaró que una autoridad nacional sólo puede denegar la autorización a percibir un tratamiento en otro Estado miembro «cuando un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno acudiendo a un establecimiento con el que la caja de enfermedad del asegurado haya celebrado un concierto». [61] Esta doctrina se reiteró en los asuntos Inizanº [62] y Watts, [63] donde resultaba de aplicación el Reglamento nº 1408/71, produciéndose así una equiparación jurisprudencial entre la interpretación del Tratado y la del Derecho secundario. La conclusión es que sólo los tratamientos nacionales con un grado significativo de equivalencia podrían justificar una denegación de la autorización para percibir el servicio en otro Estado miembro.

78. A fin de apreciar el nivel de equivalencia, el Tribunal de Justicia aportó también en dichas sentencias los criterios que deben tenerse en cuenta. Así, para apreciar si un tratamiento médico que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente puede obtenerse en tiempo útil en el Estado miembro de residencia, la institución competente está obligada a tomar en consideración «todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo debidamente en cuenta no solamente la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización y, en su caso, el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad de este último, que puede, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional, sino, además, sus antecedentes». [64]

79. Llegados a este punto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente aplicar los criterios expuestos al caso de autos. Recapitulando todo lo dicho con anterioridad, el tribunal deberá, en primer lugar, apreciar si el tratamiento prescrito puede realizarse en su Estado de residencia en un plazo oportuno. Si no es así, deberá tener en consideración si existen tratamientos paralelos en dicho Estado, algo que en el caso de autos, y según se desprende del expediente, se reduce a uno: la extracción completa del ojo enfermo. En ese instante, el tribunal de reenvío ha de apreciar el carácter equivalente del tratamiento alternativo a la luz de los criterios ofrecidos en las

59 — Sentencias Pierik, antes citadas, apartado 13.

60 — Reglamento (CEE) nº 2793/81 del Consejo, de 17 de septiembre de 1981, que modifica el Reglamento nº 1408/71, y el Reglamento (CEE) nº 574/72, que fija las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71 (DO L 275, p. 1).

61 — Sentencia Smits y Peerbooms, antes citada, apartado 103, y sentencia Müller-Fauré y Van Riet, antes citada, apartado 89.

62 — Sentencia antes citada, apartado 45.

63 — Sentencia antes citada, apartado 61.

64 — Sentencia Smits y Peerbooms, antes citada, apartado 104; sentencia Müller-Fauré, antes citada, apartado 90; sentencia Inizan, antes citada, apartado 46, y sentencia Watts, antes citada, apartado 62.

sentencias Smits y Peerbooms y siguientes que se vienen citando.

80. Por todo lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que dé respuesta a la segunda cuestión declarando que el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que sólo puede denegarse la autorización a percibir un tratamiento en otro Estado miembro cuando un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno acudiendo a un establecimiento con el que la caja de enfermedad del asegurado haya celebrado un concierto.

C. *Sobre el reembolso de los gastos del afiliado (séptima cuestión)*

81. Por medio de su séptima cuestión, el órgano jurisdiccional pregunta cómo deberán reembolsarse los gastos del afiliado por parte del seguro de enfermedad en caso de que se considere ilícita la denegación de la autorización.

82. En este punto, tanto el Sr. Elchinov como los Estados que han presentado observaciones, así como la Comisión, están de acuerdo en defender la aplicabilidad de la jurisprudencia contenida en las sentencias Vanbraekel, Inizan y Watts.

83. En efecto, según una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia antes citada, cuando una institución competente deniegue una solicitud de autorización al amparo del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 y luego se declare infundada por la propia institución o mediante decisión judicial, el beneficiario «puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que se habría asumido normalmente si la autorización se hubiese concedido debidamente desde el principio». [65] Por tanto, el Sr. Elchinov, en los términos ya expuestos en los puntos 48 a 52 de estas conclusiones, tiene derecho a solicitar el reembolso de forma directa, sin necesidad de reclamar una autorización, siempre que se haya constatado por una autoridad nacional la licitud de sus pretensiones.

84. Respecto del importe al que tiene derecho, el Tribunal de Justicia también ha afirmado en reiteradas ocasiones que el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 no tiene por objeto la regulación de los gastos producidos con motivo de la prestación de asistencia sanitaria en otro Estado miembro. [66] No obstante, el Tribunal de Justicia ha afirmado igualmente que el importe del reembolso es una cuestión que entra en el ámbito de aplicación de los Tratados, concretamente del artículo 56 TFUE. A tal fin, en la citada sentencia Vanbraekel, se declaró que el hecho de que un nivel de cobertura sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento

65 — Sentencia Vanbraekel, antes citada, apartado 34.
66 — Sentencia Vanbraekel, antes citada, apartado 36.

hospitalario en otro Estado miembro que cuando se recibe el mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación, «puede indudablemente disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedírselo, por lo que constituye, tanto para el beneficiario como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios.» [67] En consecuencia, el Estado de residencia, en virtud del artículo 56 TFUE, está obligado a rembolsar los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en otro Estado miembro, conforme a las normas y baremos vigentes (del Estado de residencia o del Estado del tratamiento) que le resulten más ventajosos al beneficiario. [68]

85. Este resultado difiere notoriamente del que se obtiene cuando se recibe un servicio hospitalario en otro Estado miembro al margen del procedimiento previsto en el artículo 22, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71. Para estos supuestos, los asegurados sólo tienen derecho a la cobertura garantizada por el régimen del seguro de enfermedad del Estado miembro de afiliación. [69] Sin embargo, no es éste el caso del Sr. Elchinov, pues se acogió al procedimiento del citado artículo 22 y al amparo del mismo litiga ahora ante los tribunales de su país.

86. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que dé respuesta a la séptima cuestión prejudicial declarando que el artículo 22, apartado 2 del Reglamento 1408/71 no tiene por objeto la regulación de los gastos producidos con motivos de la prestación de asistencia sanitaria en otro Estado miembro. No obstante, el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro, en circunstancias como las del presente asunto, debe rembolsar los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en otro Estado miembro, conforme a las normas y baremos vigentes que resulten más ventajosos al beneficiario.

D. *Sobre las facultades del órgano jurisdiccional nacional para garantizar los derechos contemplados en el artículo 22, apartado 1, letra c) del Reglamento 1408/71 (sexta cuestión)*

87. Para finalizar, el órgano jurisdiccional remitente plantea dudas sobre el procedimiento a seguir una vez declarada la ilicitud de la

67 — Sentencia Vanbraekel, antes citada, apartado 45.

68 — Dicho en palabras del propio Tribunal: «el artículo 22 [...] pretende conferir un derecho a las prestaciones en especie efectuadas, a cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la normativa del Estado miembro en que se realicen las prestaciones, como si el asegurado estuviera afiliado a la misma. La aplicabilidad del artículo 22 [...] no excluye que, en virtud del artículo 49 CE, el interesado pueda disponer paralelamente del derecho a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro en condiciones de cobertura diferentes de las que establece dicho artículo 22» (sentencia Watts, antes citada, apartado 48).

69 — Sentencia Müller-Fauré y Van Riet, antes citada, apartado 106. Sobre las diferencias en el régimen de reembolso en función de la norma aplicable, véanse las conclusiones del Abogado General Tesauro en los asuntos Decker y Kohll, antes citadas, puntos 26 a 34.

denegación de la autorización al Sr. Elchinov. Más concretamente, el tribunal de reenvío quiere saber si, en caso de fallar en favor del recurrente, puede obligar a la administración a que emita la autorización.

88. De forma preliminar, es necesario recordar una vez más que el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia Vanbraekel que un beneficiario al que se le hubiera reconocido su derecho a obtener la autorización *a posteriori*, «puede obtener directamente de la institución competente el reembolso» que le corresponda. [70] Es decir, el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, interpretado a la luz del artículo 56 TFUE, permite al órgano remitente reclamar no sólo la autorización, sino también directamente el importe debido, a fin de restaurar la situación jurídica litigiosa.

89. No obstante, y tal como han destacado el gobierno griego y la Comisión, esta cuestión compete al juez nacional y debe solucionarse aplicando los trámites procesales contemplados en su legislación interna. [71] En la medida en que el cauce para la ejecución de la sentencia que eventualmente dicte el órgano remitente sea acorde con los principios de la Unión de efectividad y de equivalencia, a tales procedimientos ha de remitirse el órgano jurisdiccional. Ahora bien, si dicho órgano tiene poderes, conforme a su Derecho interno, para exigir la emisión de una autorización como la aquí discutida, sería extraño que no los tuviera para reclamar el importe de la deuda que le corresponde asumir a la Caja. En tal supuesto, correspondería al órgano jurisdiccional apreciar, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal, si tal diferencia de trato es conforme con el principio de efectividad. [72]

90. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que, en su caso, dé respuesta a la sexta cuestión prejudicial declarando que corresponde al órgano jurisdiccional remitente, de acuerdo con el principio de la Unión de autonomía institucional, determinar los cauces procesales oportunos, tal como están contemplados en el Derecho nacional, que garanticen la ejecución de la sentencia de instancia. A tal fin, el órgano jurisdiccional remitente debe aplicar el Derecho nacional de conformidad con los principios de la Unión de efectividad y equivalencia.

70 — Sentencia Vanbraekel, antes citada, apartado 34.

71 — Sentencias, entre otras, de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest (C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415), apartados 26 y 27; de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otras (I) (C-465/93, Rec. p. I-3761), apartado 39; de 6 de diciembre de 2005, ABNA y otros (C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, Rec. p. I-10423), apartado 104; de 16 de mayo de 2000, Preston y otros (C-78/98, Rec. p. I-3201), apartado 31; de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, Rec. p. I-723), apartado 67, y de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 79.

72 — Véanse, entre otras, las sentencias de 12 de noviembre de 1981, Birke/Comisión y Consejo (543/79, Rec. p. 2669), apartado 28 y Bruckner/Comisión y Consejo (799/79, Rec. p. 2697), apartado 19; Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 66; de 14 de septiembre de 1999, Comisión/AssiDomän Kraft Products y otros (C-310/97 P, Rec. p. I-5363), apartado 59; y Köbler, antes citada, apartado 57.

VI. Conclusión

91. Por todo lo anterior, y siguiendo el orden empleado en estas conclusiones, propongo al Tribunal de Justicia que dé respuesta a las cuestiones planteadas por el Administrativen sad Sofia grad declarando lo siguiente:

«El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un tribunal de instancia, como en el caso de autos el Administrativen sad Sofia grad, en el curso de un proceso en el que ya dictó una primera sentencia, esté obligado por su ordenamiento interno, una vez devueltos los autos, a aplicar las instrucciones contenidas en la sentencia de casación dictada por un tribunal superior en ese mismo proceso.»

92. Para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta esta solución a la tercera cuestión prejudicial, propongo que dé respuesta a las cuestiones restantes declarando lo siguiente:

«1) El artículo 56 TFUE y el artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 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 y a sus familias que se desplazan dentro de la comunidad, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma como el artículo 36, apartado 1, de la Ley búlgara sobre el seguro de enfermedad, en la medida en que ésta instaura un régimen de autorización previa para la percepción de prestaciones hospitalarias en otro Estado miembro, y siempre, en todo caso, que dicha norma no impida al solicitante reclamar el reembolso con posterioridad, en los supuestos en los que el rechazo a la correspondiente petición hubiera sido declarado infundado por la propia institución competente, o mediante decisión judicial.

2) El artículo 22, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que

— no se opone a un régimen como el previsto en el Anexo 5 del Reglamento nº 40 de 2004, en la medida en que éste admita, basándose en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, el conocimiento de los tratamientos recogidos en el mismo. Cuando el Derecho nacional contemple un sistema de lista y un tratamiento esté previsto de forma genérica haciendo alusión a técnicas de "alta tecnología", el juez remitente deberá apreciar, a fin de no vaciar de contenido el derecho concedido por el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, si el tratamiento recibido no tiene carácter experimental a la luz de los elementos pertinentes disponibles, entre ellos, en particular, las publicaciones y los estudios científicos existentes, así como las opiniones autorizadas de los especialistas;

— se opone a una presunción según la cual un tratamiento que esté recogido en la legislación nacional, pero que no se financie con cargo a los presupuestos, no se encuentra cubierto por dicho sistema;

— sólo puede denegarse la autorización a percibir un tratamiento en otro Estado miembro cuando un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno acudiendo a un establecimiento con el que la caja de enfermedad del asegurado haya celebrado un concierto.

3) El artículo 22, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71 no tiene por objeto la regulación de los gastos producidos con motivos de la prestación de asistencia sanitaria en otro Estado miembro. No obstante, el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro, en circunstancias como las del presente

asunto, debe rembolsar los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en otro Estado miembro, conforme a las normas y baremos vigentes que resulten más ventajosos al beneficiario.

4) De acuerdo con el principio de la Unión de autonomía institucional, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar los cauces procesales oportunos, tal como están contemplados en el Derecho nacional, que garanticen la ejecución de la sentencia de instancia. A tal fin, el órgano jurisdiccional remitente debe aplicar el Derecho nacional de conformidad con los principios de la Unión de efectividad y equivalencia.»