# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 16 de septiembre de 1997 *

1. La realización del mercado único, es decir, de ese espacio sin fronteras internas en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, debería haberse completado ya y constituir uno de los aspectos esenciales y más definitorios del acontecer comunitario. No obstante, las cuestiones sometidas a este Tribunal por dos órganos jurisdiccionales luxemburgueses, el Conseil arbitral des assurances sociales (asunto C-120/95) y la Cour de cassation (asunto C-158/96), permiten albergar algunas dudas a este respecto, evidenciando que aún hoy el ciudadano comunitario está en principio obligado, si no quiere renunciar al reembolso de los gastos correspondientes, a disfrutar de las prestaciones médicas en el territorio del Estado en que esté asegurado.

En efecto, el reembolso de los gastos médicos efectuados en otro Estado miembro —ya hayan sido ocasionados por la adquisición de medicamentos o por tratamientos terapéuticos— está supeditado a la posesión de una autorización previa, cuya concesión por parte del organismo de Seguridad Social competente está por lo demás sujeta a requisitos especialmente restrictivos. Esta situación no puede dejar de desincentivar la *libre circulación de los enfermos,* al menos de los menos acomodados, lo que ya de por sí constituye un factor negativo, claro está, para los enfermos de que se trata. Y es precisamente una situación como ésta la que dio lugar a los litigios pendientes ante el Conseil arbitral des assurances sociales y la Cour de cassation. El primero de ellos debe resolver sobre la legalidad de la negativa de la Entidad Gestora del seguro de enfermedad a reembolsar un par de gafas adquiridas en otro Estado miembro por un asegurado que no solicitó y obtuvo previamente la preceptiva autorización. En cambio, la segunda conoce de la denegación de la concesión de una autorización, solicitada por un asegurado en nombre y por cuenta de su hija menor, para que se asumiera a cargo un tratamiento ortodental que debía efectuarse en otro Estado miembro.

2. Las cuestiones sometidas por dichos órganos jurisdiccionales tienen por objeto, fundamentalmente, que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa nacional, en el presente caso luxemburguesa, que supedita el reembolso de los gastos médicos efectuados fuera del territorio nacional al requisito de que el tratamiento médico o la adquisición de los productos o accesorios médicos de que se trate estén debidamente autorizados por el organismo de Seguridad Social competente. La validez de esta normativa se cuestiona desde dos puntos de vista diferentes: el de la limitación que establece a la libre circulación de los productos y accesorios médicos, en el presente caso un par de gafas, y, por tanto, en relación con los artículos 30 y 36 del Tratado CE (asunto C-120/95), y el de la eventual restricción a la libre prestación de servicios médicos, en el presente caso un tratamiento

* Lengua original: italiano.

ortodental, como consecuencia de las limitaciones impuestas a los destinatarios de los mismos, y, por tanto, en relación con los artículos 59 y 60 del Tratado (asunto C-158/96).

Se trata, por tanto, de determinar si la autorización previa necesaria a los efectos del reembolso puede constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías (asunto C-120/95) o a la libre prestación de servicios (asunto C-158/96), y, en caso afirmativo, si cabe, no obstante, considerarla un obstáculo justificado en razón de las exigencias particulares inherentes al servicio nacional de sanidad.

3. Si bien los dos asuntos examinados proceden de dos órganos jurisdiccionales diferentes y versan, al menos a primera vista, sobre la interpretación de normas diferentes, considero oportuno, en la medida en que la medida nacional impugnada es la misma en ambos procedimientos y que las alegaciones formuladas por las partes y los Gobiernos son sustancialmente idénticas, proceder a analizarlas de manera conjunta. Por lo demás, esta decisión no es ajena al hecho de que la misma normativa comunitaria en materia de Seguridad Social podría tener una incidencia nada despreciable en la apreciación de los efectos restrictivos sobre los intercambios, ya sea de mercancías o de servicios, denunciados por las partes demandantes en los procedimientos *a quo*, una incidencia que, en principio, ciertamente no difiere por el hecho de que sean pertinentes el artículo 30 o los artículos 59 y 60.

**Marco normativo**

4. En el párrafo primero del artículo 20 del code luxembourgeois des assurances sociales (Código de Seguros Sociales de Luxemburgo; en lo sucesivo, «Código»), adoptado mediante Ley de 27 de julio de 1992 y que entró en vigor el 1 de enero de 1994, se establece que, salvo que se trate de un tratamiento de urgencia recibido en caso de accidente o de enfermedad sobrevenidos en el extranjero, los asegurados sólo pueden recibir tratamiento en el extranjero o dirigirse a un centro de tratamiento o a un centro que proporcione medios accesorios en el extranjero previa autorización del organismo de Seguridad Social competente. Las condiciones y modalidades de concesión de la autorización se definen en los artículos 25 a 27 de los Estatutos de la Union des caisses de maladie (en lo sucesivo, «Estatutos de la UCM»), en la versión que entró en vigor el 1 de enero de 1995. Más concretamente, dichas normas establecen que la autorización no puede concederse para prestaciones excluidas del reembolso con arreglo a la normativa nacional (artículo 25); que los tratamientos debidamente autorizados se asumen a cargo sobre la base de las tarifas aplicables a los asegurados del Estado en que se dispense el tratamiento (artículo 26), y que la autorización se concede sólo tras haber efectuado un control médico y previa presentación de una solicitud por escrito emanada de un médico establecido en Luxemburgo en la que se indique el médico o el centro hospitalario aconsejado al asegurado, especificando, asimismo, los criterios y circunstancias que hacen imposible dispensar dicho tratamiento en Luxemburgo (artículo 27).

Procede precisar asimismo, habida cuenta de que la normativa nacional que acaba de

recordarse no estaba aún vigente cuando se produjeron los hechos que dieron lugar al asunto C-120/95, que el régimen previsto en el Código anterior estaba formulado, por lo que aquí importa, en términos sustancialmente idénticos. En particular, la cuestión de los tratamientos en el extranjero y de la correspondiente autorización previa estaba regulada en el párrafo tercero del artículo 60, una disposición sustancialmente análoga al párrafo primero del artículo 20 del Código actualmente vigente. Añadiré, por otra parte, que las modalidades de reembolso de las gafas estaban contempladas, por aquel entonces, en el artículo 78 de los Estatutos de las cajas de enfermedad de los trabajadores por cuenta ajena, que se remitía a un convenio especial en la materia. Basta recordar aquí que entonces, al igual que ahora, el reembolso se efectuaba mediante una cantidad a tanto alzado por un importe máximo, en el caso de las monturas, equivalente a 1.600 LFR. [1]

5. Por lo que respecta a la normativa comunitaria pertinente, además de las normas relativas a la circulación de mercancías y la prestación de servicios, reviste una importancia considerable, como se verá más adelante, 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, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad [2] (en lo sucesivo, «Reglamento»).

Por lo que importa a los efectos del presente asunto, en dicha norma se dispone:

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

a) [...]

b) [...]

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

1 — A este respecto, véase el artículo 119 de los actuales Estatutos de la UCM.

2 — Véase la versión codificada del Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1).

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.

2. [...]

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.

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 serán aplicables por analogía a los miembros de la familia del trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.

[...]» [3]

En consecuencia, la disposición de referencia establece, al igual que la legislación luxemburguesa impugnada en el presente caso, que el reembolso de los gastos médicos efectuados en otro Estado miembro está supeditado a la condición de que el asegurado (que se ha beneficiado de las prestaciones de que se trata) recibiera una autorización previa del organismo de Seguridad Social competente. En efecto, sólo en ese caso el organismo de Seguridad Social competente asumirá la carga de los gastos producidos. [4]

## Hechos y cuestiones prejudiciales

— *Asunto C-120/95*

6. El litigio que dio origen al asunto C-120/95 opone al Sr. Decker, nacional

3 — No está de más recordar que, de conformidad con el artículo 22 *bis*, insertado mediante el Reglamento (CE) nº 3095/95, de 22 de diciembre de 1995 (DO L 335, p. 1): «No obstante lo dispuesto en el artículo 2 del presente Reglamento, las disposiciones de las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 22 se aplicarán igualmente a las personas que sean nacionales de un Estado miembro que estén aseguradas en virtud de la legislación de un Estado miembro y a los miembros de su familia que residan con ellas.» En consecuencia, a partir de dicha modificación, ya no es indispensable ser trabajador o miembro de la familia de un trabajador para poder invocar lo dispuesto en el artículo 22; por el contrario, es suficiente con estar asegurado, sin que importe por qué concepto.

4 — A este respecto, recuerdo que, con arreglo al apartado 1 del artículo 36 del Reglamento, «las prestaciones en especie servidas por la institución de un Estado miembro por cuenta de la institución de otro Estado miembro, en virtud de lo preceptuado en el presente capítulo, darán lugar al reembolso de su coste íntegro».

luxemburgués, y a la Caisse de maladie des employés privés (en lo sucesivo, «Caisse») en razón de la negativa de esta última a proceder al reembolso del coste de un par de gafas adquiridas —previa presentación de receta médica extendida por un oftalmólogo luxemburgués— a un óptico de Arlon (Bélgica). Por considerar que dicha negativa, motivada por la no presentación de una solicitud de autorización previa exigida por la normativa pertinente, era contraria a las normas comunitarias sobre la libre circulación de mercancías, el Sr. Decker interpuso una reclamación ante la propia Caisse y posteriormente un recurso ante el Conseil arbitral des assurances sociales. [5]

7. Este último estimó oportuno, con el fin de resolver el litigio pendiente de que conoce, someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Dicha cuestión está formulada del siguiente modo:

«El artículo 60 del Code des assurances sociales de Luxemburgo conforme al cual un organismo de Seguridad Social de un Estado miembro A deniega a un asegurado, nacional de ese Estado miembro A, el reembolso de las gafas con lentes correctoras, prescritas por un médico establecido en ese mismo Estado pero compradas a un óptico establecido en un Estado miembro B, en razón de que cualquier tratamiento médico en el extranjero debe ser autorizado previamente por dicho organismo de Seguridad Social, ¿es compatible con los artículos 30 y 36 del Tratado CEE, en la medida en que penaliza con carácter general la importación por parte de particulares de medicamentos o, como en el presente caso, de gafas procedentes de otros Estados miembros?»

— *Asunto C-158/96*

8. El protagonista del asunto C-158/96 es otro nacional luxemburgués, el Sr. Kohll, el cual, a diferencia del Sr. Decker, solicitó con carácter previo a la Union des caisses de maladie (en lo sucesivo, «UCM»), a la que está afiliado, la autorización para permitir a su hija menor, Aline, recibir un tratamiento ortodental en Tréveris (Alemania). No obstante, dicha autorización le fue denegada, mediante decisión de 7 de febrero de 1994, en razón, por un lado, de que el tratamiento solicitado no era urgente y, por otro, de que ese tipo de asistencia era posible y adecuada en Luxemburgo.

El Conseil arbitral des assurances sociales, ante el cual el Sr. Kohll impugnó la Decisión denegatoria, confirmada por el Consejo de Administración de la UCM, desestimó su recurso mediante sentencia de 6 de octubre de 1994. El Sr. Kohll interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Conseil supérieur des assurances sociales. Este último, mediante sentencia de 17 de julio de 1995, confirmó la decisión del primer órgano jurisdiccional, declarando que el artículo 20 del Código y los artículos 25 y 27 de los Estatutos de la UCM, en los que se fundaba

5 — Hay que precisar, a este respecto, que el Conseil arbitral des assurances sociales desestimó este recurso mediante decisión de 24 de agosto de 1993. Asimismo, mediante sentencia de 20 de octubre de 1993 desestimó el recurso de oposición interpuesto por el Sr. Decker contra dicha decisión. Tras la anulación de dicha decisión por parte de la Cour de cassation, el asunto le fue devuelto al Conseil arbitral des assurances sociales.

la Decisión denegatoria, eran plenamente conformes al artículo 22 del Reglamento.

9. Dado que el Juez de apelación tan sólo había comprobado la compatibilidad de la normativa luxemburguesa con respecto al Reglamento, sin haber tenido en cuenta en modo alguno las normas en materia de libre prestación de servicios, la Cour de cassation, ante la cual el Sr. Kohll recurrió la sentencia en apelación, estimó necesario plantear una petición de decisión prejudicial a este Tribunal. Las cuestiones están formuladas del siguiente modo:

«1) Los artículos 59 y 60 del Tratado constitutivo de la CEE, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa que supedite la asunción de prestaciones reembolsables a una autorización de un organismo de Seguridad Social del asegurado si las prestaciones se efectúan en un Estado miembro distinto del Estado de residencia del asegurado?

2) La respuesta a la cuestión precedente, ¿sería diferente si dicha normativa tuviera por objeto mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos en una determinada región?»

**Términos del problema y plan de las presentes conclusiones**

10. Las cuestiones planteadas por el Conseil arbitral des assurances sociales y por la Cour de cassation, tal como están formuladas, versan únicamente sobre la interpretación de las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías y servicios. En efecto, lo que se pide a este Tribunal es que dilucide si la solicitud de autorización previa para el reembolso de los gastos médicos efectuados en un Estado miembro diferente al de residencia es contraria a los artículos 30 y 59 del Tratado.

No obstante, durante el procedimiento se ha debatido, y en profundidad, sobre la aplicabilidad al presente caso de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social y, más concretamente, del inciso i) de la letra c) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento. En particular, se sostuvo que es dicha disposición la que regula el problema de la autorización previa y del reembolso, y que, al ser la normativa controvertida plenamente conforme con dicha disposición, no cabe plantear ninguna hipótesis de contradicción con los artículos 30 y 59. Esta postura está estrechamente vinculada a la tesis, asimismo sostenida durante el procedimiento, según la cual el carácter de norma de Seguridad Social de la medida controvertida lleva en todo caso a excluir, aún en el caso de que el Reglamento no se aplicara a los casos de autos, una apreciación de la misma en relación con la normas comunitarias que consagran la libre circulación de mercancías y servicios. Y esto debido, fundamentalmente, a que, hoy por

hoy, el ámbito de la Seguridad Social forma parte, al menos en la medida en que no está regulado por normas comunitarias *específicas*, de la competencia de los Estados miembros.

11. En estas circunstancias, considero oportuno dilucidar, en primer lugar, si la normativa nacional controvertida en los presentes casos está comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 30 y 59. Para ello, será indispensable comprobar, a la luz también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, hasta qué punto y dentro de qué límites el hecho de que se trate de una normativa en materia de Seguridad Social puede llevar a excluir cualquier comprobación con respecto a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

Desde ese mismo punto de vista, será necesario comprobar, además, si el artículo 22 del Reglamento se aplica a los casos de autos y si este hecho por sí solo debe llevar a concluir que los artículos 30 y 59 carecen de pertinencia. A este respecto, no puedo dejar de observar, desde ahora mismo, que una norma de Derecho derivado, como es el artículo 22 del Reglamento, no puede considerarse en ningún caso suficiente para excluir cualquier comprobación con arreglo a normas del Tratado, como son los artículos 30 y 59. En consecuencia, estimo, sin perjuicio de las oportunas comprobaciones, que, aun cuando hubiera que concluir que la normativa luxemburguesa está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y es conforme al mismo, no por eso cabría deducir la inaplicabilidad de los artículos 30 y 59 a los casos de autos.

12. En segundo lugar, una vez determinado que ni el carácter de norma de Seguridad Social de la medida nacional controvertida ni la existencia de una norma comunitaria con un tenor sustancialmente análogo pueden excluir la aplicabilidad de los artículos 30 y 59, procederá comprobar la compatibilidad de dicha medida con esas normas comunitarias. Se tratará, por tanto, de dilucidar si la obligación de autorización previa para obtener el reembolso de los gastos médicos efectuados en un Estado miembro distinto al de residencia se traduce, al menos en principio, en un obstáculo a los intercambios de mercancías o servicios.

Huelga decir que la conclusión a que lleguemos valdrá igualmente por lo que respecta al artículo 22 del Reglamento, en el supuesto, claro está, de que la normativa nacional controvertida sea conforme al mismo. En otras palabras, si el obstáculo a la circulación de mercancías y a la prestación de servicios lo constituye la obligación de solicitar una autorización previa —cuya no posesión da lugar, por parte de la institución competente, a la negativa a proceder al reembolso de los gastos efectuados por el asegurado en otro Estado miembro—, es de todo punto evidente que se trata de un obstáculo provocado en los mismos términos tanto por la medida nacional como por la norma comunitaria.

13. Por último, quedará por comprobar si, pese a todo, es posible justificar los eventuales efectos restrictivos derivados de la medida nacional de referencia y, por ende, del artículo 22 del Reglamento. Para ello, habrá que

dilucidar, ante todo, si la medida controvertida es discriminatoria o se aplica indistintamente, habida cuenta de las diversas justificaciones que pueden considerarse en uno y otro caso: excepciones expresamente contempladas (artículos 36 y 56) en el primer supuesto; exigencias imperiosas o, si se prefiere, razones de interés general en el segundo. En efecto, sólo en este segundo supuesto podrán tenerse en consideración las exigencias especiales, en su caso también de índole económica, inherentes a la existencia, al funcionamiento y al mantenimiento de un servicio nacional de sanidad accesible a todos.

Añado que el análisis que se efectuará respecto de las justificaciones invocadas y el resultado al que se llegarán presuponen inevitablemente una definición de postura sobre la validez del artículo 22 del Reglamento. En efecto, la eventual incompatibilidad de la normativa controvertida con los artículos 30 y 59 podría resultar suficiente —en la medida y dentro de los límites en que las dos normas (nacional y comunitaria) impongan un mismo régimen, respondan a una misma lógica y persigan el mismo objetivo— para dar lugar de inmediato a una declaración de invalidez de las disposiciones comunitarias de referencia.

14. Subrayo, para terminar, que seguramente el razonamiento lógico de la argumentación podría ser más ágil y asequible si se omitiera alguna de las disquisiciones que acabo de indicar. Con todo, considero que, al menos en las conclusiones, no debe renunciarse al rigor del análisis que un asunto de tanta trascendencia requiere.

## I. Sobre la aplicabilidad de los artículos 30 y 59

15. Aunque las cuestiones controvertidas en los presentes procedimientos son muchas, por no decir demasiadas, afortunadamente quedan algunos puntos fundamentales no discutidos, que resultan esenciales para plantear correctamente los términos del problema. En efecto, en los presentes procedimientos las partes están de acuerdo en que los medicamentos constituyen mercancías a efectos del artículo 30 del Tratado, lo que tiene como consecuencia que una restricción injustificada a la importación de dicha categoría de productos, aunque sea por un particular para sus necesidades personales, es contraria a dicha norma. [6] De igual modo, las partes están de acuerdo asimismo, por un lado, en que las actividades médicas constituyen servicios, como por lo demás se establece expresamente en el artículo 60; [7] por otro, en que, como precisó el propio Tribunal de Justicia, «la libertad de prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios de desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse en él de un servicio [...] y que los turistas, los beneficiarios de cuidados médicos y las personas que realizan viajes de estudios o de negocios deben considerarse destinatarios de servicios». [8]

En estas circunstancias, considero igualmente indiscutible que una normativa que supedita el reembolso de los gastos médicos al requisito de que los medicamentos y/o las prestaciones médicas que los han ocasionado hayan

6 — Véanse, sobre este extremo, las sentencias de 7 de marzo de 1989, Schumacher (215/87, Rec. p. 617), y de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania (C-62/90, Rec. p. I-2575).

7 — En este sentido, véase, además, la sentencia de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Rec. p. I-4685), en la que el Tribunal declaró que «la interrupción médica del embarazo, practicada con arreglo a la normativa del Estado en el que se realiza, es un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado» (apartado 21).

8 — Sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16.

sido «adquiridos» en el territorio nacional muy bien puede, al menos en principio, afectar negativamente a los intercambios de bienes y servicios. A este respecto, bastará, por el momento, con señalar que una normativa como ésta —precisamente por el hecho de negar a los asegurados, a no ser que estén en posesión de la autorización previa, el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero— puede hacer menos atractivo para los interesados adquirir dichos productos o recibir tratamiento en un Estado miembro diferente al de residencia, lo que podría suponer, según los casos, una restricción a la importación de los productos o a la libre prestación de los servicios de que se trate.

16. No obstante, como queda indicado, la aplicabilidad de las normas del Tratado que regulan la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios se ha puesto en duda por el hecho de que la medida nacional controvertida pertenece al ámbito de la Seguridad Social, así como por el hecho de que su pretendida conformidad con una norma precisa y específica del reglamento. Estos dos elementos, que como se verá no carecen de puntos en común, tendrían como consecuencia excluir la medida controvertida del ámbito de aplicación de los artículos 30 y 59. Las observaciones que siguen tienden a demostrar la falta de fundamento de esta tesis, sostenida por la mayor parte de los Estados que presentaron observaciones en los presentes procedimientos.

*— El carácter de norma de Seguridad Social de la medida controvertida*

17. Comienzo observando que el carácter de norma de Seguridad Social de la normativa nacional controvertida no es desde luego suficiente, al menos por sí solo, para determinar su exclusión del ámbito de aplicación del régimen comunitario de circulación de mercancías y prestación de servicios. Añado de inmediato que la reiterada afirmación del Tribunal de Justicia según la cual «el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de Seguridad Social» [9] no implica en modo alguno que el ámbito de la Seguridad Social constituya un islote al margen de la influencia del Derecho comunitario y que, en consecuencia, la totalidad de la normativa nacional al respecto escape a su ámbito de aplicación. [10]

18. Desde luego, es muy cierto que, en el estado actual del Derecho comunitario, «corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliación a un régimen de Seguridad Social», [11] con la

9 — Sentencia de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16. En el mismo sentido, véase, como más reciente, la sentencia de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 27.

10 — Para una exposición exhaustiva de la jurisprudencia en la materia, así como de sus implicaciones, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly, de 6 de febrero de 1997, Sodemare y otros, citada en la nota 9 *supra*, puntos 23 a 30.

11 — Semejante afirmación constituye, no por casualidad, una constante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del Reglamento nº 1408/71. Véanse, entre otras, las sentencias de 24 de abril de 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445), apartado 12, y de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 15.

consiguiente exclusión, para las personas sometidas a dicha legislación, en el caso de que ésta imponga una obligación de afiliación, de cualquier posibilidad de elección del régimen al que afiliarse. Pero igualmente cierto es que, tal y como declaró el Tribunal en la sentencia Poucet y Pistre, la actividad de las Entidades Gestoras del seguro de enfermedad y de los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social «no es una actividad económica y que, por lo tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado». [12]

No obstante, esta jurisprudencia tiene un alcance mucho más limitado y definido que el que le atribuyen los Estados miembros con el fin de sostener la inaplicabilidad del Derecho comunitario en el ámbito de la Seguridad Social. Por tanto, considero que es indispensable situarla en el contexto que le es propio y apreciar sus implicaciones en su justa medida.

19. En primer lugar, es absolutamente evidente que, a falta de armonización a escala comunitaria, son los Estados miembros los que establecen los requisitos a los que está supeditada la afiliación al régimen de Seguridad Social, así como, al menos en principio, «los requisitos que dan derecho a prestaciones en materia de Seguridad Social». [13] No obstante, el propio Tribunal ha precisado que la libertad así conferida a los Estados miembros no debe traducirse en una «discriminación entre los nacionales de un Estado [de acogida] y los de los demás Estados miembros». [14]

En otras palabras, si bien es cierto que la configuración del sistema de Seguridad Social sigue siendo competencia de los Estados miembros y que la relación entre los organismos de Seguridad Social y sus afiliados se rigen por la legislación nacional, no por ello pueden dichos Estados violar impunemente un principio fundamental formulado por el Tratado con el fin de garantizar la libre circulación de personas, como el que impone la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad. [15]

20. En segundo lugar, no puede dejar de señalarse que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que los organismos de Seguridad Social escapan a la aplicación de las normas sobre la competencia, ello se debe únicamente a que la actividad de dichos organismos se basa «en el principio de solidaridad», en el sentido de que las prestaciones abonadas están «legalmente determinadas e [y son] independientes

12 — Sentencia de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), apartado 19.

13 — Así se afirma en la sentencia de 30 de enero de 1997, Stöber y Piosa Pereira (asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511), apartado 36.

14 — Véanse las sentencias Coonan y Paraschi, citadas en la nota 11 *supra*, apartados 12 y 15, respectivamente.

15 — Baste recordar, a este respecto, que uno de los principios cardinales del Reglamento nº 1408/71, que sin embargo se limita a establecer una simple coordinación de las legislaciones nacionales en la materia, es precisamente el de la igualdad de trato, consagrada en el apartado 1 del artículo 3 del mismo, entre los nacionales y los nacionales de otros Estados miembros que residan en el mismo Estado.

de la cuantía de las cotizaciones». [16] En otras palabras, es indudable que el elemento determinante para la solución adoptada —aunque, en la misma sentencia, el Tribunal pusiera asimismo de relieve, la función de carácter exclusivamente social desempeñada por dichos organismos, cuya actividad carece de toda finalidad lucrativa— radica precisamente en el hecho de que el régimen de que se trataba estaba basado en el principio de solidaridad. [17] Esto se vio confirmado en una sentencia posterior en la que el Tribunal de Justicia declaró que, por el contrario, cuando los mismos (o similares) organismos operan en el ámbito de la gestión de un régimen de seguro complementario, basado en el principio de capitalización y en la existencia de un vínculo directo entre la cuantía de las cotizaciones y la de las prestaciones (por lo que está ausente, por tanto, el principio de solidaridad), procede calificarlos como empresas a efectos de las disposiciones del Tratado en materia de competencia. [18]

En definitiva, por tanto, la obligación de afiliarse a un determinado régimen, aun pudiendo eliminar cualquier posible competencia por parte de otros organismos o en todo caso reducir su ámbito de actividad hasta convertirlo en meramente residual, constituye un elemento indispensable para el funcionamiento de un régimen de Seguridad Social basado en el principio de solidaridad y que necesita, por tanto, de las cotizaciones de todos para garantizar las prestaciones a cada uno. En consecuencia, sólo los organismos que gestionan regímenes de Seguridad Social que presentan tales características escapan a la aplicación de la normativa comunitaria en materia de competencia.

21. Bien es cierto, por otra parte, que en la sentencia García y otros el Tribunal afirmó que el apartado 2 del artículo 57 y el artículo 66 del Tratado, base jurídica para la adopción de las Directivas de coordinación tendentes a facilitar el acceso a las actividades por cuenta propia (y su ejercicio), no permiten «regular la materia de la Seguridad Social, que está encuadrada en otras disposiciones del Derecho comunitario». [19] No obstante, considero que dicha afirmación, lejos de poderse interpretar en el sentido de que el régimen en materia de establecimiento y prestación de servicios establecido en el Tratado es inaplicable, por definición, a las normativas nacionales relativas a la Seguridad Social, [20] debe leerse a la luz de las peculiaridades de aquel caso.

16 — Sentencia Poucet y Pistre, citada en la nota 12 *supra*, apartado 18.

17 — Semejante conclusión se ve confirmada, aunque *a contrario*, en la sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90. Rec. p. I-1979), en la que el Tribunal afirmó que el concepto de empresa pertinente a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia «comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (apartado 21).

18 — Sentencia de 16 de noviembre de 1995, Fédération française des Sociétés d'assurance y otros (C-244/94, Rec. p. I-4013), apartados 17 a 22.

19 — Sentencia de 26 de marzo de 1996, García y otros (C-238/94, Rec. p. I-1673), apartado 13.

20 — Por lo demás, dado que se trata de una afirmación tomada, aunque sea en términos más perentorios, de mis conclusiones en aquel asunto (conclusiones de 29 de febrero de 1996, Rec. 1996, p. I-1675), punto 9, no puedo dejar de subrayar que, desde luego, no era mi intención llegar a semejante resultado. Más bien, tal y como se desprende de las propias conclusiones, pretendía poner de manifiesto que, en el estado actual del Derecho comunitario, ninguna de las normas establecidas en el Tratado, comprendidas las relativas más directamente al ámbito de la Seguridad Social o en todo caso de la asistencia social, permite «la adopción de medidas destinadas al desmantelamiento de los sistemas nacionales de Seguridad Social» (véase la nota 6), donde el término «desmantelamiento» se refiere precisamente a la destrucción de los diferentes regímenes tal y como existen actualmente en los diferentes Estados miembros. En cambio, no cabe duda de que, en el caso de que algún día se llegue a una armonización de los regímenes de que se trata, la base jurídica correcta para proceder a la liberalización de la actividad (también) de los organismos que gestionan dichos regímenes la constituirían el apartado 2 del artículo 57 y el artículo 66 del Tratado.

Ahora bien, dado que en aquel caso se cuestionaba la obligatoriedad de la afiliación a un régimen legal de Seguridad Social, esta vez invocando la liberalización introducida mediante una Directiva sobre coordinación de las disposiciones nacionales relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, bastará con señalar que la exclusión de la liberalización de las actividades ejercidas por los organismos que gestionan regímenes legales de Seguridad Social, por lo demás expresamente prevista en la propia Directiva, constituía el corolario indispensable de la ya indicada sustracción de las actividades de dichos organismos a las normas sobre la competencia. En efecto, de lo contrario se hubiera visto inevitablemente menoscabada la obligación de afiliación a tales regímenes, cuya necesidad reiteró el Tribunal, en cambio, «a fin de garantizar tanto la aplicación del principio de solidaridad como el equilibrio financiero de tales regímenes», subrayando que, si se suprimiera dicha obligatoriedad, «los regímenes controvertidos no podrían subsistir». [21]

22. A la luz de las consideraciones precedentes, es de todo punto evidente que la afirmación según la cual el Derecho comunitario no menoscaba la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social implica, lisa y llanamente, que el Derecho comunitario no regula directamente dicha materia, y que tampoco interfiere en ella si su aplicación puede poner en peligro la supervivencia de los regímenes de Seguridad Social que presenten las características anteriormente descritas. No obstante, al margen de dicho supuesto, los Estados miembros están obligados a la observancia del Derecho comunitario también en el ejercicio de la competencia que les corresponde en materia de Seguridad Social.

Cualquier otra conclusión carecería de todo fundamento. En consecuencia, queda claro que no se permite, en el territorio de un mismo Estado miembro, ninguna discriminación basada en la nacionalidad, [22] y que, salvo en el caso de una normativa nacional íntimamente relacionada con el funcionamiento y la supervivencia del régimen de Seguridad Social de que se trate, la materia de la Seguridad Social no se sustrae al ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En particular, a los efectos de los presentes asuntos, conviene subrayar que no se permiten las restricciones injustificadas a la libre circulación de personas (establecimiento y prestación de servicios) y de mercancías por el solo hecho de que la ventaja concedida a los particulares por las normas comunitarias pertinentes tropiece con una medida nacional referida de algún modo a la materia de la Seguridad Social.

23. La jurisprudencia pertinente en la materia confirma este planteamiento. Así, por ejemplo, el Tribunal reconoció que, en el estado actual del Derecho comunitario, un Estado miembro puede considerar que el sistema de asistencia social que ha configurado, «cuya ejecución se confía, en principio, a las autoridades públicas, [y que] está basado en el principio de solidaridad», [23] implica necesariamente, para alcanzar sus objetivos, que la admisión en dicho sistema de operadores

21 — Sentencia García y otros, citada en la nota 19 *supra*, apartado 14.

22 — Sobre este extremo, véanse el punto 19 y la nota 14 *supra*.

23 — Sentencia Sodemare y otros, citada en la nota 9 *supra*, apartado 29.

privados esté supeditada al requisito de que no éstos persigan ningún fin lucrativo; por tanto, llegó a la conclusión de que una normativa nacional que imponga dicho requisito no es contraria al artículo 52 del Tratado. [24] Es evidente que la solución adoptada estuvo determinada por la importancia atribuida, no importa si con razón o sin ella, al hecho de que tal sistema estuviera basado en el principio de solidaridad.

Muy distinto es, en cambio, el criterio que se deduce de la jurisprudencia relativa a medidas nacionales que, si bien forman parte de la materia de la Seguridad Social, ya a simple vista no pueden afectar negativamente a la supervivencia de los regímenes de Seguridad Social basados en el principio de solidaridad. Por ejemplo, al afirmar la compatibilidad con el artículo 52 de una normativa belga que denegaba el reembolso de las prestaciones de biología clínica efectuadas a los laboratorios administrados por personas jurídicas, a su vez integradas por otras personas jurídicas, el Tribunal no sólo puso de relieve que dicha normativa se aplicaba indistintamente a los ciudadanos belgas y a los de otros Estados miembros, sino que precisó asimismo que no se apreciaba que dicha normativa hubiera sido adoptada «con fines discriminatorios» ni que produjera «efectos de esa naturaleza». [25] También en relación con el artículo 52, pero en un plano más general, recuerdo asimismo la afirmación del Tribunal según la cual el respeto de dicha norma se imponía a los Estados miembros «aun en el supuesto de que, al no existir una normativa comunitaria sobre el estatuto social de los trabajadores por cuenta propia, aquéllos siguieran siendo competentes para legislar sobre dicha materia». [26]

24. El Tribunal ha tenido asimismo ocasión de subrayar, con respecto a las normas sobre la libre circulación de mercancías, que también las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social que no tengan relación directa con la importación «pueden tener, dependiendo de su conformación y del modo en que se apliquen, una incidencia sobre las posibilidades de comercialización de los productos y que, en esa medida, pueden afectar indirectamente a las posibilidades de importación», [27] incurriendo, eventualmente, en una infracción del artículo 30 del Tratado. Tal sería el caso, por ejemplo, de una normativa nacional que regulase las modalidades de reembolso de modo que sólo fueran reembolsables los productos nacionales.

Recuerdo, por último, que en la propia sentencia Sodemare, en la que también se invocó

24 — *Idem*, apartados 32 y 34. No está de más subrayar que, con todo, en esa misma sentencia el Tribunal se sintió en la necesidad de precisar que el sistema de que se trataba no puede en ningún caso «colocar a las sociedades con ánimo de lucro de otros Estados miembros en una situación de hecho o de Derecho desventajosa respecto de las sociedades con ánimo de lucro del Estado miembro de establecimiento» (apartado 33).

25 — Sentencia de 12 de febrero de 1987, Comisión/Bélgica (221/85, Rec. p. 719), apartado 11.

26 — Sentencia de 7 de julio de 1988, Stanton y otros (143/87, Rec. p. 3877), apartado 10. En el mismo sentido, véase la sentencia de la misma fecha, Wolf y otros (asuntos acumulados 154/87 y 155/87, Rec. p. 3897), apartado 10.

27 — Sentencia Duphar y otros, citada en la nota 9 *supra*, apartado 18. Véase, asimismo, la sentencia de 19 de marzo de 1991, Comisión/Bélgica (249/88, Rec. p. I-1275), apartados 38 y 42, en la que el Tribunal consideró contraria al artículo 30 una normativa que únicamente beneficiaba, en materia de admisión al reembolso, a los productos farmacéuticos nacionales.

una posible infracción de las normas sobre la libre prestación de servicios, el Tribunal se preocupó de aclarar que, en aquel caso, no había ninguna prestación de servicios relevante a efectos del Tratado. Por consiguiente, el Tribunal concluyó que «el artículo 59 del Tratado no es aplicable a la situación de una sociedad que, habiéndose establecido en un Estado miembro para explotar en él residencias de ancianos, presta servicios a los residentes que, a tal efecto, se alojan con carácter permanente o por tiempo indefinido en dichas residencias». [28] No obstante, semejante argumentación demuestra, si fuere menester, que la materia de la Seguridad Social no está excluida, como tal, del ámbito de aplicación de las normas comunitarias.

25. En definitiva, el hecho de que, en el estado actual del Derecho comunitario, los Estados miembros conserven intacta su competencia en materia de Seguridad Social, así como en otras materias, [29] no basta, en modo alguno, para permitirles adoptar, en dichas materias, normativas que violen el Derecho comunitario. De ello se deduce que el carácter de norma de Seguridad Social de la normativa controvertida no basta, por sí solo, para excluir toda comprobación en relación con los artículos 30 y 59 del Tratado.

28 — Sentencia Sodemare y otros, citada en la nota 9 *supra*, apartados 36 a 40.

29 — Cabe deducir un planteamiento análogo, por ejemplo, en materia de fiscalidad directa. En efecto, la jurisprudencia en la materia ha afirmado reiteradamente que, «aunque, en el estado actual del Derecho comunitario, la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en la esfera de competencia de la Comunidad, no es menos cierto que los Estados miembros deben ejercer las competencias que conservan respetando el Derecho comunitario» (sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225, apartado 21; en el mismo sentido, véase, como más reciente, la sentencia de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer, C-250/95, Rec. p. I-2471, apartado 19).

— *El artículo 22 del Reglamento*

26. A estas alturas, procede preguntarse si la conclusión que acaba de exponerse puede ser cuestionada por el hecho de que exista una norma comunitaria, en el presente caso el artículo 22 del Reglamento, que regula precisamente el problema que nos ocupa. Diré de inmediato que la respuesta a semejante interrogante no puede ser sino negativa, no pudiéndose excluir, en todo caso, la invalidez de la referida norma comunitaria.

Pero procedamos por orden. Considero necesario, ante todo, determinar si dicha norma regula los casos de que se trata en los presentes asuntos; a continuación, comprobar si la medida nacional controvertida es conforme a la misma y, por último, en caso afirmativo, dilucidar si este hecho, por sí solo, puede considerarse suficiente para excluir cualquier ulterior comprobación con respecto a la observancia de las libertades fundamentales garantizadas a los particulares por el Tratado, entre las que sin duda alguna están la libre circulación de mercancías y de servicios.

27. Empezaré por observar que la letra c) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento, en

la medida en que consagra la posibilidad de obtener las prestaciones médico-sanitarias necesarias en otro Estado miembro —aunque sea previa autorización de la institución competente—, «forma parte de las medidas destinadas a permitir al trabajador nacional de uno de los Estados miembros de la Comunidad beneficiarse, independientemente de cuál sea la institución nacional a la que esté afiliado o su lugar de residencia, de las prestaciones en especie servidas en cualquier otro Estado miembro»; [30] y ello, por supuesto, sin tener que renunciar al reembolso de los gastos efectuados. Evidentemente, los Sres. Kohll y Decker solicitan que se les reconozca dicha posibilidad.

Huelga añadir, por otro lado, que éstos, pese a ser nacionales luxemburgueses que no han hecho uso de la libertad de circulación, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal del Reglamento. En efecto, como se sabe, este último no sólo se aplica a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias, sino también a los trabajadores (sedentarios) y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad por motivos distintos al ejercicio de una actividad laboral. [31]

28. En estas circunstancias, parecería, al menos a primera vista, que hechos como los que nos ocupan están efectivamente comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 22 del Reglamento y que, por tanto, están destinados a regirse por lo que en él se dispone. Ahora bien, semejante conclusión, sobre la cual las partes están de acuerdo en el caso de que las prestaciones solicitadas por el asegurado consistan, por ejemplo, en consultas o tratamientos especializados (y, por tanto, por lo que respecta al caso del Sr. Kohll), suscita controversia cuando las prestaciones solicitadas consisten, en cambio, en la adquisición de productos y accesorios médicos (y, por tanto, por lo que respecta al caso del Sr. Decker).

Más concretamente, la Comisión sostiene que el término «prestaciones» que figura en el artículo 22 comprende únicamente las prestaciones médicas en sentido estricto, y no los productos y accesorios médicos, como medicamentos o gafas. Por el contrario, los Estados que intervinieron en el procedimiento (asunto Decker) sostienen que dicho término comprende todas las prestaciones necesarias para el tratamiento de una patología determinada y, por ende, también todos los productos indispensables al efecto. Por otra parte, en opinión de éstos la aplicabilidad del artículo 22 también a los productos y accesorios médicos se ve confirmada por las disposiciones del artículo 19 del Reglamento (CEE) nº 574/72, [32] que establece, en particular, que los trabajadores fronterizos —a los cuales se permite acceder a la asistencia médica tanto en el Estado de residencia como en el Estado de empleo— únicamente pueden adquirir, entre otros, medicamentos

30 — Sentencia de 16 de marzo de 1978, Pierik I (117/77, Rec. p. 825), apartado 14.

31 — Véase, en este sentido, la sentencia de 31 de mayo de 1979, Pierik II (182/78, Rec. p. 1977), apartado 4, así como, la sentencia de 19 de marzo de 1964, Unger (75/63, Rec. pp. 347 y ss., especialmente p. 364). Añado que, debido a la inserción del artículo 22 *bis* en el Reglamento, ya no es necesario, bien entendido que para la aplicación del artículo 22, ni siquiera ser trabajador o miembro de la familia de un trabajador; por el contrario, basta con estar asegurado (véase la nota 3 *supra*).

32 — Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 (véase la versión codificada publicada en el DO 1997, L 28, p. 102).

y gafas en el territorio del Estado miembro donde dichos «productos» hayan sido prescritos. [33]

29. Ahora bien, no cabe duda de que las prestaciones de «enfermedad y maternidad» contempladas en el Capítulo I del Título III del Reglamento, en el que se insertó el artículo 22, comprenden asimismo las «prestaciones médicas o quirúrgicas». [34] Añado que no considero convincente la tesis de la Comisión según la cual el artículo 19 del Reglamento nº 574/72 carece de toda pertinencia para el caso que nos ocupa. En efecto, si bien es cierto que dicha norma se refiere únicamente a los trabajadores fronterizos, a quienes impone la adquisición de productos y accesorios médicos (y efectuar las pruebas de laboratorio) en el Estado de prescripción, ello se debe simplemente a que dichos trabajadores son los únicos que tienen acceso a tales «prestaciones», sin autorización previa, en dos Estados miembros distintos. No obstante, sería ilógico considerar que lo que no se permite a los trabajadores fronterizos, con el fin de evitar que adquieran los productos de que se trata en aquel de los dos Estados en el que sea más conveniente desde el punto de vista del reembolso de los mismos, se permite en cambio a los demás trabajadores en uno cualquiera de los otros catorce Estados miembros.

Dicho esto, no dudo en reconocer que, en el caso de que la prestación solicitada consista, como en el asunto Decker, en la adquisición de un par de gafas y, más en general, de medicamentos, resultará muy difícil considerar que el tratamiento de que se trate no puede garantizarse en un plazo que permita evitar el empeoramiento del estado del asegurado y que, por tanto, incurre en un supuesto en el que el artículo 22 prohíbe denegar la autorización. Con todo, esta circunstancia no puede considerarse decisiva, ya que implica simplemente que la autorización no se concederá prácticamente nunca para la adquisición de productos y accesorios médicos, [35] a no ser que se trate de productos (puedo imaginar, por ejemplo, el caso de una prótesis o un aparato concreto) que no puedan encontrarse en el territorio del Estado considerado.

30. En síntesis, considero que el artículo 22 está destinado a aplicarse no sólo a las prestaciones médicas propiamente dichas, como sostiene la Comisión, sino a todas las prestaciones relacionadas con un tratamiento o cuidado determinado cualquiera y, por ende, también a los medicamentos y, a los efectos que aquí importan, a la adquisición de un par de gafas. Esto me lleva a la conclusión de

33 — En efecto, en el artículo 19 del Reglamento nº 574/72 se establece que «cuando se trate de trabajadores fronterizos o de miembros de sus familias, los medicamentos, los vendajes, las gafas, las pequeñas prótesis, los análisis y las pruebas de laboratorio sólo podrán ser dispensados o efectuados en el territorio del Estado miembro donde hayan sido prescritos, y según las disposiciones de la legislación de dicho Estado, a menos que bien la legislación aplicada por la institución competente, o bien los acuerdos celebrados, ya sea entre los Estados miembros interesados, ya entre sus respectivas autoridades competentes, resulten más favorables».

34 — Sentencia de 10 de enero de 1980, Jordens-Vosters (69/79, Rec. p. 75), apartado 9. Preciso que semejante afirmación fue realizada en relación con un caso en el que el organismo de Seguridad Social competente, en aquel asunto neerlandés, denegó a una nacional belga el reembolso de los gastos en productos farmacéuticos y médicos efectuados por ésta en Bélgica.

35 — Sin perjuicio, bien entendido, del hecho de que la autorización previa concedida para recibir asistencia médica en otro Estado miembro no puede dejar de cubrir también los gastos ocasionados en ese mismo Estado por la adquisición de productos y accesorios médicos; ahora bien, esta circunstancia me parece indiscutible e indiscutida.

que los hechos que aquí nos ocupan están efectivamente comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la letra c) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento.

31. Paso ahora a comprobar si la normativa controvertida es conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento. Ahora bien, las partes están de acuerdo en que ambas normativas (la comunitaria y la nacional) supeditan el reembolso de los gastos médicos efectuados en otro Estado miembro a la posesión de una autorización previa. Por lo demás, ambas normativas exigen, para la concesión de dicha autorización, que las prestaciones solicitadas por el asegurado figuren entre las prestaciones admitidas al reembolso por la legislación del Estado miembro correspondiente. Por otra parte, recuerdo que el apartado 2 del artículo 22 únicamente obliga a los Estados miembros a conceder la autorización cuando la asistencia solicitada no pueda ser dispensada en un plazo que garantice su eficacia, dejando de este modo a dichos Estados la facultad de decidir en los restantes supuestos que puedan presentarse. A su vez, la normativa luxemburguesa, y más concretamente el artículo 25 de los Estatutos de la UCM, supedita la concesión de la autorización al requisito de que el tratamiento solicitado no esté disponible en el territorio nacional o que la calidad de la asistencia prestada resulte insuficiente en relación con la patología específica que padezca al asegurado.

En estas circunstancias, no puede albergarse ninguna duda sobre la conformidad de la normativa controvertida con el artículo 22 del Reglamento. En efecto, es de todo punto evidente que ésta, al menos tal como está formulada, no excede de los límites impuestos por la referida disposición comunitaria. [36]

32. No obstante, como queda indicado, en contraste con lo sostenido por algunos Gobiernos durante los presentes procedimientos, esta afirmación no puede llevarnos a concluir que no cabe, por tanto, plantear ninguna hipótesis de contradicción entre la normativa controvertida y los artículos 30 y 59 y que, en consecuencia, tampoco es necesario examinar dicha normativa a la luz de éstos. Añado que los argumentos formulados en apoyo de esta hipótesis carecen de fundamento incluso a simple vista.

En particular, no creo que merezca ningún comentario especial la afirmación según la cual la eventual incompatibilidad de la

36 — Sólo sería de otro modo si aún fuera válida, hoy en día, la interpretación que dio el Tribunal de Justicia a la expresión «la asistencia apropiada a su estado», que figura en la letra c) del apartado 1 del artículo 22. En efecto, el Tribunal tuvo ocasión de precisar que de dicha expresión se deduce que «las prestaciones en especie para las cuales el trabajador haya sido autorizado, con arreglo a dicha disposición, a desplazarse a otro Estado miembro, *se extienden a todos los cuidados necesarios para dispensar un tratamiento eficaz* de la enfermedad o de la afección que padezca el interesado» (sentencias Pierik I, citada en la nota 30 *supra*, apartado 15, y Pierik II, citada en la nota 31 *supra*, apartado 10 (el subrayado es mío). Lamentablemente, semejante interpretación debe considerarse superada: en efecto, precisamente como consecuencia de la sentencia Pierik se modificó el apartado 2 del artículo 22 en un sentido más restrictivo; en particular, estableciendo expresamente y sin ambigüedad el único supuesto en que no puede denegarse la autorización.

normativa controvertida con los artículos 30 y 59 del Tratado, en la medida en que supondría (también) la ilegalidad del artículo 22 del Reglamento, tendría por efecto consagrar la primacía de dichas disposiciones sobre el artículo 51, base jurídica del Reglamento, instaurando de este modo una jerarquía entre las normas del Tratado sin fundamento alguno en el propio Tratado. A este respecto, me limito a observar que la compatibilidad de una determinada normativa nacional con una norma del Tratado no puede en ningún caso constituir motivo suficiente para que dicha normativa escape a la aplicación de otras normas (pertinentes) del propio Tratado. [37] Del mismo modo, resulta difícil incluso plantear como hipótesis que un Reglamento pueda infringir impunemente normas del Tratado por el solo hecho (y en la medida) de estar comprendido dentro de los límites de la norma del propio Tratado que constituye su fundamento jurídico, en el presente caso, el artículo 51. [38]

33. A esto se añade que el Reglamento «no instituye un régimen común de Seguridad Social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos, y que el único objeto de este Reglamento es garantizar que entre estos regímenes nacionales exista un nivel de coordinación», [39] de modo que las «diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes [...] de cada Estado miembro —y por ello entre los derechos de las personas que en ellos trabajan— no se ven afectadas [...] por el artículo 51 del Tratado». [40] Por tanto, sería arbitrario, a falta de una normativa común en la materia, considerar que una medida nacional escapa a cualquier comprobación de compatibilidad con las normas del Tratado por el solo hecho de estar comprendida en el objeto de la normativa comunitaria de coordinación adoptada basándose en el artículo 51.

En este mismo sentido parece apuntar la jurisprudencia pertinente en la materia. Me refiero, en particular, a una sentencia en la que el Tribunal interpretó las disposiciones del Reglamento invocadas en el presente caso en el sentido de que el beneficio de las asignaciones familiares por hijos residentes en otro Estado miembro no puede concederse también a los trabajadores por cuenta propia afiliados a un régimen voluntario de Seguridad Social cuando, como en aquel asunto, el organismo nacional competente para el pago de las prestaciones sea una institución alemana. [41] No obstante, esta conclusión no impidió al Tribunal comprobar si la normativa nacional que supeditaba la concesión de tales prestaciones al requisito de que los trabajadores por cuenta propia estuvieran afiliados a un régimen legal de Seguridad Social

37 — En este sentido, véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de marzo de 1990, Du Pont de Nemours Italiana (C-21/88, Rec. p. I-889), apartados 20 y 21, en la que el Tribunal excluyó que el hecho de que una medida nacional pueda ser calificada en su caso de ayuda a efectos del artículo 92 sea razón suficiente para exceptuar a dicha medida de la prohibición del artículo 30.

38 — Recuerdo, por otra parte, que el Tribunal no ha dejado de subrayar que la potestad discrecional reconocida al legislador comunitario en el artículo 51 debe ejercitarse de acuerdo con modalidades objetivamente justificadas (sentencia de 13 de julio de 1976, Triches, 19/76, Rec. p. 1243, apartado 18). Añado que dicha afirmación no puede dejar de interpretarse en el sentido de que las medidas adoptadas basándose en el artículo 51 no pueden restringir injustificadamente el alcance de los derechos reconocidos por el Tratado a los ciudadanos comunitarios.

39 — Sentencias de 9 de julio de 1980, Gravina y otros (807/79, Rec. p. 2205), apartado 7; de 5 de julio de 1988, Borowitz (21/87, Rec. p. 3715), apartado 23, y de 7 de febrero de 1991, Rönfeldt (C-227/89, Rec. p. I-323), apartado 12.

40 — Sentencia de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 20.

41 — Sentencia Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 13 *supra*, apartados 32 a 34.

era compatible con el artículo 52 del Tratado. [42] Así es como, tras haber subrayado que dicha normativa establecía «una diferencia de trato entre los nacionales que no han hecho uso de su derecho a la libre circulación y los trabajadores migrantes en detrimento de estos últimos, puesto que son sobre todo los hijos de éstos quienes no residen en el territorio del Estado miembro que concede las prestaciones», el Tribunal señaló que dicho trato no estaba objetivamente justificado, concluyendo que la normativa de que se trataba «debe ser calificada de discriminatoria y, por consiguiente, considerada incompatible con el artículo 52 del Tratado». [43]

34. En definitiva, en aquella sentencia el Tribunal de Justicia declaró, por un lado, que los demandantes no tenían derecho, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Reglamento, a las prestaciones solicitadas, reconociendo además la legalidad de dicha exclusión; [44] por otro, que los mismos demandantes tenían derecho a dichas prestaciones con arreglo al artículo 52 del Tratado, al cual era por tanto contraria la normativa nacional referida. [45] Se trata, obviamente, de una solución que confirma, si fuere menester, la falta de fundamento de la tesis según la cual el Tribunal no puede examinar la compatibilidad de una normativa nacional con las normas del Tratado que tienen efecto directo, y ello por el solo hecho de que la normativa de referencia sea conforme al Reglamento, o al menos no esté prohibida por éste.

## II. Sobre los efectos restrictivos de las medidas controvertidas

35. Partiendo, por tanto, de la premisa de que los derechos fundamentales de libertad consagrados en el Tratado son pertinentes en el presente caso, paso a comprobar si la normativa nacional controvertida puede obstaculizar la circulación de mercancías y la prestación de servicios. Huelga añadir que el resultado de dicha comprobación será igualmente válido por lo que respecta al artículo

42 — Por lo demás, semejante planteamiento pone de manifiesto que la ya citada afirmación del Tribunal de Justicia según la cual la observancia de una norma que tiene efecto directo, como el artículo 52 del Tratado, se imponía a los Estados miembros «aun en el supuesto de que, al no existir una normativa comunitaria sobre el estatuto social de los trabajadores por cuenta propia, aquéllos siguieran siendo competentes para legislar sobre dicha materia» (sentencias Stanton y otros y Wolf y otros, citadas en la nota 26 *supra*, apartado 10 de ambas) no ha perdido en modo alguno su vigencia sólo porque, entretanto, el Reglamento se haya extendido también a los trabajadores por cuenta propia.

43 — Sentencia Stöber y Piosa Pereira, citada en la nota 13 *supra*, apartados 38 y 39.

44 — En efecto, a este respecto el Tribunal precisó, en la misma sentencia, que «nada impide a los Estados miembros limitar el disfrute de prestaciones familiares a las personas que pertenezcan a una comunidad solidaria constituida por un régimen de seguro de vejez» y que los propios Estados miembros «pueden determinar libremente los requisitos que dan derecho a prestaciones en materia de Seguridad Social[, ] puesto que el Reglamento nº 1408/71 sólo tiene una función de coordinación» (apartado 36).

45 — Añado, sobre este extremo, que no puede dejar de suscitar cierta perplejidad el hecho de que el Tribunal no considerara necesario cuestionar la validez de la norma del Reglamento que permitía la exclusión de los trabajadores no afiliados al régimen legal de Seguridad Social del disfrute de las prestaciones familiares. Y esto, sobre todo, si se considera que, con el fin precisamente de sostener la incompatibilidad de la normativa nacional con el artículo 52, el Tribunal subrayó que dicha exclusión perjudicaba en último término a los nacionales que habían hecho uso de su derecho a la libre circulación. Ahora bien, si esto es cierto, no puede dejar de deducirse de ello la invalidez de la norma del Reglamento que permite dicha exclusión. En efecto, huelga recordar que, en virtud de una reiterada jurisprudencia, «el objetivo de los artículos 48 a 51 no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder los beneficios de la Seguridad Social que les concede la legislación de un Estado miembro» (véanse, entre otras, la sentencia de 25 de febrero de 1986, Spruyt, 284/84, Rec. p. 685, apartado 19, así como la sentencia de 9 de diciembre de 1993, Lepore y Scamuffa, asuntos acumulados C-45/92 y C-46/92, Rec. p. I-6497, apartado 21). Es evidente que lo mismo vale también, necesariamente, para los trabajadores por cuenta propia — dado que ahora el Reglamento les es aplicable también a ellos— que hagan uso de su libertad de circulación.

22 del Reglamento, por cuanto consta la conformidad de la normativa nacional de referencia con dicha disposición. En otras palabras, los eventuales efectos restrictivos sobre la circulación de mercancías y/o la prestación de servicios podrán imputarse tanto a la norma nacional como a la comunitaria.

36. Recuerdo que la normativa controvertida supedita el reembolso de los gastos médicos efectuados por un asegurado en un Estado miembro distinto del Estado de residencia —ya se trate de gastos ocasionados por la adquisición de productos y accesorios médicos, ya de prestaciones médicas hospitalarias— al requisito de que el asegurado de que se trate cuente con una autorización previa del organismo de Seguridad Social competente. Se trata, por tanto, de determinar, como sostuvieron los demandantes en los procedimientos principales, si la exigencia de una autorización previa entra en contradicción, al menos en principio, con los artículos 30 y/o 59 del Tratado.

A este respecto, todos los Estados que presentaron observaciones en los presentes procedimientos se mostraron unánimes en excluir que exista algún obstáculo a los intercambios intracomunitarios. En efecto, en su opinión la normativa de referencia no tiene por objeto ni por efecto restringir los flujos comerciales, sino que se limita, por el contrario, a definir las modalidades que regulan el reembolso de los gastos médicos. Por tanto, dicha normativa se refiere únicamente a la relación entre el asegurado y el organismo de Seguridad Social al que está afiliado. Semejante argumentación, que presenta el problema que nos ocupa en unos términos cuando menos simplificadores, no puede acogerse ni en relación con la circulación de mercancías ni por lo que respecta a la prestación de servicios.

— *Sobre la circulación de mercancías*

37. Ya he recordado que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal en la materia, una normativa que limite de manera injustificada la posibilidad de que un particular importe medicamentos con fines personales es contraria al artículo 30. [46] Huelga añadir que lo mismo se aplica, necesariamente, en el caso de un par de gafas y, más en general, de todos los artículos médico quirúrgicos.

Dicho esto, es muy cierto que la normativa objeto de los presentes litigios no se traduce en modo alguno en una prohibición de importar los productos de que se trata, ni tampoco afecta directamente a la posibilidad de adquirirlos fuera del territorio nacional. En efecto, los asegurados siguen siendo muy libres de adquirir dichos productos donde

46 — Véase el punto 15 *supra*, especialmente la nota 6.

prefieran, incluso si se trata de un Estado miembro distinto del de residencia. [47] Con todo, dicha circunstancia no implica, al menos necesariamente, que la normativa de referencia no cree ningún obstáculo a la importación de los productos de que se trata.

38. En primer lugar, es de todo punto evidente que dicha normativa, que exige la autorización previa únicamente en el caso de las adquisiciones efectuadas fuera del territorio nacional, introduce una diferencia de trato basada en el lugar de adquisición de los productos. [48] Aun si consideramos que semejante diferencia de trato no es en sí misma relevante a los efectos de la aplicación del régimen comunitario de las mercancías, no es menos cierto que carezcan de dicha normativa, en la medida en que niega a los asegurados que no cuentan con autorización el reembolso de los gastos médicos efectuados fuera del territorio nacional, puede disuadir a los interesados de comprar medicamentos, o un par de gafas, en otro Estado miembro. En otras palabras, una normativa como ésta constituye un indudable elemento disuasor de la adquisición de los productos de que se trata en un Estado miembro diferente del de residencia, lo que se traduce, o en todo caso puede traducirse, en una limitación de las importaciones de dichos productos.

Añado que la referida autorización, dados los requisitos particularmente estrictos a que se supedita su concesión, es muy difícil que se conceda en el caso de que la prestación solicitada por el asegurado consista en la mera adquisición de un par de gafas y/o, más en general, de productos que hayan sido prescritos en el Estado de residencia. [49] Es evidente que semejante estado de cosas implica que la normativa de referencia regula las modalidades de reembolso de tal modo que sólo son reembolsables los productos adquiridos en el territorio nacional. [50] Habida cuenta de las observaciones ya expuestas en relación con el efecto disuasorio de la falta de reembolso, resulta por tanto innegable que una normativa como ésta obstaculiza, aunque

47 — Baste pensar que el Sr. Decker no tuvo ninguna dificultad para adquirir un par de gafas, las que se encuentran en el origen del litigio, en un Estado miembro distinto del de residencia. Las dificultades comenzaron cuando solicitó el reembolso al organismo de Seguridad Social competente, reembolso que le fue oportunamente denegado.

48 — A este respecto, debe subrayarse, no obstante, que la autorización de que se trata, si bien sólo se exige en el caso de la adquisición de productos «en el extranjero», no puede equipararse en modo alguno a otras autorizaciones previas «condenadas» por este Tribunal (véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de febrero de 1983, Comisión/Reino Unido, 124/81, Rec. p. 203, apartado 18). Ello se debe, fundamentalmente, a que, en el caso que nos ocupa, la importación, en cuanto tal, no depende de la autorización.

49 — En efecto, en ese caso parece evidente que el organismo de Seguridad Social competente denegará la concesión de la autorización, ya que hay que suponer, por un lado, que un par de gafas (aunque sean especiales) o un medicamento prescritos, respectivamente, por un oftalmólogo y por un médico establecidos en un determinado Estado miembro, pueden obtenerse en el territorio de dicho Estado y, por otro, que el estado de salud del asegurado no tiene por qué empeorar si no adquiere dichos productos fuera del territorio nacional (a este respecto, véase también el punto 29 *supra*). En todo caso, añado que el estado de salud del asegurado muy bien podría empeorar si, en lugar de comprar lo antes posible los productos que necesita, decide solicitar una autorización previa y esperar el resultado (casi con toda certeza negativo) de una serie de formalidades de índole médico administrativa.

50 — Sobre este extremo, no puedo dejar de recordar que de una lectura *a contrario* de la sentencia Duphar se desprende con gran claridad que una normativa nacional que regule las modalidades de reembolso de tal modo que sólo sean reembolsables los productos nacionales sería contraria al artículo 30 (sentencia citada en la nota 9 *supra*, apartados 18 a 22). El hecho de que, en el caso que nos ocupa, sólo sean reembolsables los productos adquiridos en el territorio nacional no puede conducir, en mi opinión, a una solución diferente.

sea indirectamente, las importaciones de productos y accesorios médicos de particulares con fines personales.

39. Opino que estas consideraciones bastan para concluir que la normativa nacional de referencia constituye un caso de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, en la medida en que, con arreglo a la conocida fórmula Dassonville, puede «obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, los intercambios intracomunitarios». [51] De ello se deduce que, sin perjuicio de sus posibles justificaciones, debe considerársela contraria al artículo 30 del Tratado. La misma conclusión se impone, apenas es preciso decirlo, con respecto al artículo 22 del Reglamento.

— *Sobre la prestación de servicios*

40. La normativa controvertida es la misma, el tipo de obstáculo también; son distintas, en cambio, las normas comunitarias pertinentes, esta vez los artículos 59 y 60 del Tratado, así como también la situación del protagonista principal, que en semejantes circunstancias es en última instancia el enfermo. En efecto, en el presente caso, el enfermo cobra protagonismo a escala comunitaria, no ya de manera indirecta, en función de los productos que importa, sino como destinatario de servicios, [52] circunstancia en modo alguno despreciable. Así pues, puesto que el enfermo se beneficia de las normas en materia de libre prestación de servicios cuando se desplaza para recibir una asistencia médica apropiada a su estado de salud, ¿qué decir de la normativa de referencia?

Diré, de entrada, que dicha normativa debe considerarse asimismo contraria a los artículos 59 y 60, en virtud de una argumentación en buena medida análoga a la empleada en la apreciación de la conformidad con el artículo 30. Ahora bien, antes incluso de examinar más de cerca las restricciones que dicha normativa impone a la libre prestación de servicios, considero oportuno despejar el campo de algunos equívocos surgidos durante el procedimiento.

51 — Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5.

52 — Véase la sentencia Luisi y Carbone, citada en la nota 8 *supra*, apartado 16. Desde esta perspectiva, no consigo disipar, con todo, la duda de si las normas relativas a la prestación de servicios son pertinentes también cuando se trata de la adquisición de productos (caso Decker). En efecto, habida cuenta de la particular naturaleza de los productos de que se trata y, por otra parte, de que el propio Tribunal ha reconocido que tanto para la venta de gafas y lentes de contacto como para la de medicamentos es necesaria la presencia de personal cualificado (véanse las sentencias de 21 de marzo de 1991, Delattre, C-369/88, Rec. p. I-1487, y Monteil y Samanni, C-60/89, Rec. p. I-1547, ambas relativas a los farmacéuticos, así como la sentencia de 25 de mayo de 1993, LPO, C-271/92, Rec. p. I-2899, relativa a los ópticos), muy bien podría sostenerse que también en esos casos la normativa de referencia está comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado. En suma, no considero que pueda excluirse, al menos de forma categórica, que el desplazamiento del Sr. Decker a otro Estado miembro para adquirir un par de gafas se rija por las normas en materia de prestación de servicios: ello se debe a que se trata, al fin y al cabo, de un desplazamiento que no tiene por objeto la adquisición de un producto, sino efectuado con el fin de aprovechar la profesionalidad de un óptico establecido en otro Estado miembro. Dicho esto, es evidente que, si se concluyera que también en el caso Decker son pertinentes las consideraciones relativas a la prestación de servicios, las observaciones formuladas en el texto en relación con el caso Kohll serían igualmente válidas con respecto al caso Decker.

41. En efecto, se ha sostenido que la normativa de referencia se limita a regular las modalidades de reembolso de los gastos médicos y que, por tanto, se refiere únicamente a la relación entre el asegurado y el organismo de Seguridad Social al que está afiliado, lo que tendría como consecuencia que los litigios relativos al reembolso de los gastos tendrían un alcance meramente interno. En suma, la prestación relevante en ese caso sería una prestación servida por el organismo de Seguridad Social al asegurado, y no, en cambio, una prestación de servicios a efectos de los artículos 59 y 60. En todo caso, por lo demás, debe reconocerse, desde este punto de vista, que una actividad financiada por el Estado con fondos públicos no constituye una prestación de servicios a efectos de dichas disposiciones.

Semejantes argumentos reflejan, en mi opinión, una cierta confusión sobre los términos del problema que nos ocupa. De hecho, lo que aquí se trata de determinar es si una normativa nacional que supedita el reembolso de gastos médicos efectuados en un Estado miembro diferente al Estado de residencia a una autorización previa puede hacer menos atractiva y, de este modo, restringir la libre prestación de servicios en el sector de actividad correspondiente. El hecho de que la normativa de referencia forme parte de la materia de la Seguridad Social y regule expresamente las modalidades de reembolso de los gastos médicos es, en cambio, de todo punto irrelevante. [53] Tampoco puede excluirse que estemos ante una prestación de servicios sólo porque el Estado intervenga en la financiación de las prestaciones de que se trata: en efecto, lo cierto es que la actividad médica se presta a cambio de una remuneración, [54] y que el asegurado participa de modo significativo en ella por medio de las cotizaciones que abona por el seguro de enfermedad. [55]

42. Una vez precisado esto, no cabe duda que la normativa de referencia no prohíbe a los asegurados (en el presente caso, destinatarios de servicios) la posibilidad de acudir a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro y, más en general, no condiciona, al menos directamente, el acceso a la asistencia médica en otros Estados miembros. Por otro lado, dado que la obligación de contar con una autorización previa afecta

53 — Por otra parte, la jurisprudencia en materia de servicios ofrece no pocos ejemplos de medidas nacionales que, pese a no referirse en sí mismas a la prestación de un servicio, se consideraron contrarias al artículo 59 en la medida en que podían afectar negativamente a la prestación de los servicios correspondientes. Baste pensar, por ejemplo, que el Tribunal de Justicia consideró incompatible con el artículo 59 una normativa nacional que supeditaba la concesión de una ayuda social a la vivienda al requisito de que los préstamos correspondientes se contrajeran con una entidad de crédito establecida en el Estado de que se trataba; y ello precisamente porque dicha normativa podía disuadir a los interesados de dirigirse a entidades de crédito establecidas en otros Estados miembros para contraer préstamos destinados a financiar la construcción, la adquisición o la mejora de la vivienda (sentencia de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson, C-484/93, Rec. p. I-3955). Huelga añadir que también en ese caso, como en el que nos ocupa, la normativa considerada no se refería directamente a la prestación de los respectivos servicios.

54 — A este respecto, el Tribunal de Justicia ha aclarado, por otra parte, que no es necesario que la contraprestación de que se trata la paguen directamente aquellos que disfrutan del servicio (véase, a este respecto, la sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders y otros, 352/85, Rec. p. 2085, apartado 16), de modo que los términos del problema no varían tampoco en el caso en que el órgano de Seguridad Social competente intervenga directamente en el pago de la prestación.

55 — Hay que excluir, por tanto, que la actividad médica pueda equipararse a la enseñanza pública (véase la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Humbel, 263/86, Rec. p. 5365, apartados 4 a 6, así como la sentencia de 7 de diciembre de 1993, Wirth, C-109/92, Rec. p. I-6447).

a todas las personas que residan en el Estado de que se trata que pretendan trasladarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia que necesitan, es igualmente indudable que dicha normativa no supone ninguna discriminación por razón de la nacionalidad entre los destinatarios de los servicios de que se trata.

Con todo, hay que reconocer que sólo hay que estar en posesión de la referida autorización para acudir a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, lo que implica, aunque sea de manera indirecta, una diferencia de trato entre los asegurados basada en el origen de la prestación. Además, sólo deniega el reembolso a los asegurados que han recibido una prestación médica en otro Estado miembro sin haber contado con la autorización preceptiva, lo que implica una diferencia de trato entre ellos en función de que hayan decidido hacer uso de las prestaciones de operadores establecidos en el territorio nacional o en otro Estado miembro.

43. En suma, es de todo punto evidente que la normativa de referencia, precisamente por cuanto supedita el reembolso de los gastos efectuados en otro Estado miembro a una autorización previa y niega a los asegurados que carezcan de ella el reembolso de los gastos de que se trate, constituye un factor sumamente disuasorio e introduce, de este modo, una restricción a la libre prestación de servicios. Por otra parte, es innegable que una situación como esa acaba inevitablemente repercutiendo de modo negativo sobre los prestadores de servicios que no están establecidos en el Estado de que se trata. [56] En efecto, estos últimos sólo podrán ofrecer, salvo en los contados casos en que se haya concedido la autorización, prestaciones no reembolsables.

En definitiva, la medida nacional impugnada y, por los mismos motivos, el artículo 22 del Reglamento, establece restricciones basadas, aunque sea de manera indirecta, en el lugar de establecimiento del prestador. [57] En efecto, dichas normas reducen a bien poca cosa la libertad de los beneficiarios de asistencia médica (destinatarios de servicios) de acudir (indistintamente) a prestadores establecidos en otros Estados miembros, y obstaculizan, por ello mismo, la actividad transfronteriza de estos últimos. Evidentemente, se trata de restricciones en manifiesta contradicción, al menos en principio, con el artículo 59 del Tratado. [58]

56 — Sobre este extremo, recuerdo que el artículo 59 exige «suprimir cualquier restricción [...] cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos» (sentencia de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12). Huelga añadir, por otro lado, que los términos del problema no varían tampoco en el caso de que la normativa de referencia no se aplique a todos los prestadores establecidos en el territorio, sino sólo a aquellos que estén concertados. En efecto, según una reiterada jurisprudencia, el hecho de que una normativa nacional no favorezca a la totalidad de los prestadores nacionales carece de relevancia a los efectos de la aplicación del artículo 59 (véase, por ejemplo, la sentencia de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos, C-353/89, Rec. p. I-4069, apartado 25).

57 — A este respecto, recuerdo que ya en el Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios (DO de 15 de enero de 1962, p. 32) se incluía, entre las restricciones que debían suprimirse, aquellas que afectaban al prestador de manera indirecta, por ejemplo, a través del destinatario del servicio.

58 — Esta conclusión, a saber, la incompatibilidad de principio *también* del artículo 22 del Reglamento con las normas del Tratado en materia de servicios, es ampliamente compartida por la doctrina. Véanse, entre otros, Bosscher: «La seguridad social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior», en *Los sistemas de seguridad social y el mercado único europeo*, Madrid, 1993, pp. 23 y ss., especialmente pp. 31 y ss., así como Cornelissen: «The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security», en *Common Market Law Review*, 1996, pp. 439 y ss., especialmente pp. 463 a 466.

## III. Sobre las razones alegadas para justificar la medida controvertida

44. Dado que se trata de una misma normativa que pone obstáculos del mismo tipo tanto a la libre circulación de mercancías como a la libre prestación de servicios, no es de extrañar, desde luego, que las razones invocadas para justificarla sean sustancialmente idénticos en relación con ambas libertades. Más concretamente, tanto el Gobierno luxemburgués como la mayor parte de los Gobiernos que presentaron observaciones en los dos procedimientos de referencia alegan que las restricciones derivadas de la normativa controvertida son necesarias por razones de protección de la salud y, más concretamente, para garantizar el mantenimiento de un servicio médico-hospitalario equilibrado y accesible a todos.

Como queda indicado, la apreciación de dichas justificaciones presupone necesariamente una definición de postura sobre la validez del artículo 22 del Reglamento. En efecto, una vez establecido que dicha norma, al imponer la obligación de autorización previa, produce los mismos efectos restrictivos que se derivan de la medida nacional objeto de litigio, es inevitable comprobar si la misma, al igual que la medida nacional, es o no compatible con los artículos 30 y 59 del Tratado. [59] Añado que sólo podría adoptarse una solución diferente en el caso de que las dos normativas de referencia (la nacional y la comunitaria), aun imponiendo un régimen sustancialmente análogo, persiguieran fines diferentes u obedecieran a una lógica diferente.

45. Dicho esto, procede determinar, en primer lugar, con el fin de pronunciarse sobre el tipo de justificaciones admisibles, si la medida controvertida debe calificarse como medida formalmente discriminatoria o, por el contrario, como medida indistintamente aplicable. En efecto, en el primer supuesto la medida sólo estará justificada y, por tanto, podrá declararse compatible con el Derecho comunitario, si está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 36 (mercancías) o del artículo 56, al que se remite al

59 — Recuerdo, en aras de la exhaustividad, que la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) se pronunció sobre la normativa luxemburguesa de referencia y sobre el artículo 22 del Reglamento en un caso en que la demandante — una nacional luxemburguesa a la que la Entidad Gestora del seguro de enfermedad le había denegado el reembolso de gastos médicos efectuados en otro Estado miembro (Bélgica) para los que no contaba con una autorización previa— alegaba una infracción del apartado 1 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en razón de la excesiva duración del procedimiento y del hecho de que la inadmisibilidad de su recurso por parte de la Cour de cassation, órgano jurisdiccional sometido a la obligación de remisión prejudicial con arreglo al artículo 177 del Tratado, le había privado de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 59 del Tratado, con el cual, en su opinión, la normativa nacional estaba en manifiesta contradicción. Ahora bien, la CEDH — tras recordar que la Entidad Gestora del seguro de enfermedad y los órganos jurisdiccionales luxemburgueses habían desestimado el recurso en razón de que la demandante no podía pretender razonablemente, basándose en el párrafo tercero del artículo 60 del code des assurances sociales y de los artículos 51 del Tratado y 22 del Reglamento, el reembolso de los gastos médicos efectuados en otro Estado miembro sin haber solicitado y obtenido previamente la autorización preceptiva— afirmó «que la legislación aplicable en el presente caso no reconocía a la demandante el derecho al reembolso de la asistencia que haya recibido en Bélgica». En sustancia, la CEDH, interpretando el artículo 22 del Reglamento en el sentido de que no reconocía el derecho al reembolso, llegó a la conclusión de que la demandante no era titular de un derecho a efectos del apartado 1 del artículo 6 del Convenio y, en consecuencia, declaró la inadmisibilidad del recurso (Decisión de 16 de abril de 1996, Marie-Anne München/Luxemburgo, nº 28895/95).

artículo 66 (servicios), es decir, de una de las excepciones expresamente contempladas en el Tratado; [60] lo que asimismo tiene como consecuencia que no podrán tomarse en consideración, en ningún caso, los eventuales objetivos de carácter económico de la medida restrictiva, [61] sino sólo, por lo que al presente caso respecta, la protección de la salud pública.

En cambio, en el segundo supuesto la medida podrá justificarse basándose en una variedad más amplia de exigencias relacionadas con el interés general. En efecto, según la jurisprudencia de este Tribunal, para ser compatible con el Derecho comunitario, «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo». [62] Esto significa, por un lado, que también medidas indistintamente aplicables pueden ser incompatibles con el Derecho comunitario, si son restrictivas y no están justificadas por exigencias imperiosas o razones de interés general; [63] por otro, tal y como se verá más en profundidad, que en este segundo supuesto pueden tomarse en consideración objetivos de la medida restrictiva que tengan *asimismo* carácter económico, como la salvaguardia del equilibrio financiero del sistema sanitario.

46. No obstante, las partes y los Gobiernos que intervinieron se refirieron indistintamente, para justificar la medida controvertida, tanto a la protección de la salud, es decir, a una excepción contemplada en los artículos 36 y 56, como a la salvaguardia del equilibrio financiero del sistema sanitario, es decir, a una razón de interés general. Por otro lado, según la Comisión la misma medida es discriminatoria por lo que respecta a las mercancías, ya que la autorización previa no se exige para adquirir los productos de referencia en el territorio nacional, pero indistintamente aplicable por lo que respecta

60 — En relación con las mercancías, véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de junio de 1981, Comisión/Irlanda (113/80, Rec. p. 1625), apartados 8 y 11, y, como más reciente, de 7 de mayo de 1997, Pistre y otros (asuntos acumulados C-321/94 a C-324/94, Rec. p. I-2343), apartado 52. Por lo que respecta a los servicios, sólo a partir de la sentencia Bond van Adverteerders y otros, citada en la nota 54 *supra*, el Tribunal ha afirmado con claridad que «las normativas nacionales [...] discriminatorias sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción» (apartado 32); en el mismo sentido, véase, como más reciente, la sentencia Svensson y Gustavsson, citada en la nota 53 *supra*, apartado 15.

61 — En relación con las mercancías, véase, en este sentido, la sentencia Duphar y otros, citada en la nota 9 *supra*, apartado 23, y ya la sentencia de 19 de diciembre de 1961, Comisión/Italia (7/61, Rec. p. 633, especialmente p. 657). Por lo que respecta a los servicios, véanse, entre otras, las sentencias Bond van Adverteerders y otros, citada en la nota 54 *supra*, apartado 34, y, como más reciente, de 4 de mayo de 1993, Fedicine (C-17/92, Rec. p. I-2239), apartados 16 y 21.

62 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. 4165), apartado 37, en la que, lo subrayo, el Tribunal se refirió indistintamente a todas las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, evidenciando con ello el carácter unitario, desde la faceta que aquí interesa, de los diferentes regímenes.

63 — Semejante planteamiento, inicialmente reconocido, con la sentencia «Cassis de Dijon», únicamente en materia de mercancías, fue empleado posteriormente también con respecto a las otras libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. En materia de servicios, el reconocimiento expreso de dicho planteamiento se produjo, en particular, en las sentencias de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennenvoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartados 11 a 15; Comisión/Países Bajos, citada en la nota 56 *supra*, apartados 15 a 19, y Säger, citada en la nota 56 *supra*, apartado 15. No obstante, si se tiene en cuenta que el Tribunal consideró justificadas por razones de interés general medidas restrictivas de la libre prestación de servicios ya desde sus primeras decisiones en la materia (véase, por ejemplo, la sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299), es de todo punto evidente que las sentencias Collectieve Antennenvoorziening Gouda, Comisión/Países Bajos y Säger, lejos de innovar, se limitaron a explicitar el planteamiento empleado y proporcionar un análisis sistemático y teórico más completo.

a los servicios, pues la obligación de obtener dicha autorización, aunque sólo se exige para recibir asistencia médica en el extranjero, afecta del mismo modo a nacionales y a extranjeros. Por tanto, la Comisión parece considerar que, en relación con el régimen establecido para las mercancías, son discriminatorias también aquellas medidas que, aun no exigiendo formalidades especiales para la importación como tal, pueden hacer menos atractivas las importaciones; mientras que, respecto de las normas sobre servicios, sólo son discriminatorias aquellas medidas que supongan una diferencia de trato basada en la nacionalidad. [64]

No creo que pueda compartir semejante postura. En realidad, la medida de referencia no obstaculiza directamente ni el intercambio de bienes ni el de servicios. No obstante, puede suponer su limitación en razón de las evidentes desventajas (no reembolso) vinculadas a la adquisición de productos o prestaciones médicas en el extranjero sin autorización. Se trata más bien, en consecuencia, de determinar si procede calificar de discriminatorias o de indistintamente aplicables restricciones a la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios basadas, aunque sea de manera indirecta, en el lugar de establecimiento del vendedor de la mercancía o el prestador del servicio de que se trate.

47. Por lo que respecta al régimen de las mercancías, observo, en primer lugar, que es la primera vez que se pide al Tribunal que se pronuncie sobre si es discriminatoria en el sentido y a los efectos del artículo 30 del Tratado una medida que impone una carga suplementaria (autorización previa) únicamente a quienes pretenden adquirir los productos de que se trate fuera del territorio nacional. Puesto que la autorización se exige únicamente a los efectos de la concesión de una ventaja (el reembolso, total o parcial, del coste de un determinado producto) y no, en cambio, de la importación, [65] hay que reconocer, con todo, que la medida de referencia no establece un régimen distinto para los productos importados, sino que supone una diferencia de trato entre personas (los asegurados) que residen en un mismo Estado miembro en función de que hayan optado por comprar un determinado producto en el Estado de residencia o en otro Estado miembro. Añado, por mi parte, que el hecho de que la diferencia de trato entre los asegurados dependa, aunque sea de manera indirecta, del lugar de establecimiento del óptico o el farmacéutico que ofrece los productos de que se trata no tiene relevancia alguna en relación con el régimen de las mercancías, ni siquiera si se la califica como una discriminación formal en función del lugar de establecimiento. [66]

La eventual restricción a la importación depende, en realidad, del efecto disuasorio sobre la decisión del asegurado que ejerza el no reembolso del coste de los productos adquiridos en otro Estado miembro. Considero, por tanto, que la medida de referencia,

64 — Por otra parte, esta postura ha quedado ya superada por la propia jurisprudencia. En efecto, el Tribunal también considera discriminatoria, y por tanto justificable sólo basándose en una de las excepciones del artículo 56, aquellas normativas nacionales que establezcan regímenes distintos en función del origen de la prestación (véanse, entre otras, las sentencias Bond van Adverteerders y otros, citada en la nota 54 *supra*, apartados 26 y 29; de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Bélgica, C-211/91, Rec. p. I-6757, apartados 9 a 11, y Fedicine, citada en la nota 61 *supra*, apartado 14).

65 — En efecto, la importación, como tal, sigue siendo completamente libre. A este respecto, véase el punto 37 *supra*, especialmente la nota 48.

66 — En cambio, sí habría que tener en cuenta dicha circunstancia si se considerase que también en el caso Decker son pertinentes las consideraciones relativas a la prestación de servicios. Sobre este extremo, véase la nota 52 *supra*.

aun pudiendo favorecer la adquisición de productos vendidos en el territorio nacional, no es formalmente discriminatoria. En efecto, si hacemos abstracción de todo lo demás, dicha medida no impone ninguna formalidad específica en el momento de la importación ni a los efectos de la misma, ni privilegia a los productos nacionales en detrimento de los importados.

48. Al entrar a examinar el alcance de la medida nacional controvertida en relación con las normas sobre servicios, recuerdo, en primer lugar, que la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado reiteradamente que sólo son formalmente discriminatorias las normativas que establecen un régimen distinto para los nacionales extranjeros [67] y/o para las prestaciones de servicios «originarias» de otros Estados miembros. [68] En cambio, se califican de indistintamente aplicables las medidas destinadas a aplicarse a todos aquellos que ejerzan la actividad de que se trate en el territorio de un determinado Estado miembro, aun cuando exijan expresamente el requisito de residencia [69] o de establecimiento, [70] es decir, requisitos que, en la práctica, hacen imposible el ejercicio de dicha actividad a los prestadores que estén establecidos en otro Estado miembro. [71]

La medida que nos ocupa en el presente caso, huelga recordarlo, no supone ninguna discriminación por razón de la nacionalidad ni establece, al menos directamente, un régimen distinto para los prestadores establecidos en otro Estado miembro. En efecto, la diferencia de trato afecta, al menos formalmente, a todos los asegurados afiliados al régimen de Seguridad Social de que se trata. No obstante, habida cuenta de que dicha diferencia de trato depende de la elección de médico o de estructura hospitalaria, es de todo punto evidente que la diferencia de trato entre los asegurados depende del lugar de establecimiento del prestador. ¿Basta esto para considerar que la medida de referencia debe calificarse en todo caso de discriminatoria, por cuanto *se traduce* en un régimen distinto para las prestaciones de servicios originarias de otro Estado miembro?

49. Una respuesta negativa a este interrogante podría desprenderse del hecho, anteriormente evocado, de que la jurisprudencia en materia de servicios admite que las normativas que imponen el requisito de establecimiento para el ejercicio de una determinada actividad pueden justificarse en virtud de

67 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de julio de 1993, Hubbard (C-20/92, Rec. p. I-3777), apartados 14 y 15, y de 15 de marzo de 1994, Comisión/España (C-45/93, Rec. p. I-911), apartados 9 y 10.

68 — Véase la nota 64 *supra*.

69 — Así, por ejemplo, véanse las sentencias Van Binsbergen, citada en la nota 63 *supra*, apartado 14, y de 26 de noviembre de 1975, Coenen y otros (39/75, Rec. p. 1547), apartados 7 a 10.

70 — Véanse, en particular, las sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, «Seguros» (205/84, Rec. p. 3755), apartados 52 a 57, y de 6 de junio de 1996, Comisión/Italia (C-101/94, Rec. p. I-2691), apartado 31.

71 — Véase, como más reciente, la sentencia de 9 de julio de 1997, Parodi (C-222/95, Rec. p. I-3899), en la que el Tribunal subrayó una vez más que el requisito de establecimiento «tiene como consecuencia privar de todo efecto útil al artículo 59 del Tratado, cuyo objeto es precisamente suprimir las restricciones a la libre prestación de servicios por parte de personas no establecidas en el Estado en cuyo territorio ha de realizarse la prestación». Con todo, el Tribunal añadió que «para que tal exigencia se pueda admitir, es preciso demostrar que constituye un requisito indispensable para alcanzar el objetivo perseguido» (apartado 31).

razones de interés general; y ello, por insatisfactorio que pueda considerarse dicho resultado, en la medida en que se trata de un requisito impuesto a todos aquellos que ejerzan una determinada actividad en el territorio de un Estado determinado, por lo cual no existe, claro está que *formalmente*, ninguna discriminación. Desde esta misma perspectiva, debe considerarse igualmente no discriminatoria una normativa que no establece, al menos formal y directamente, un régimen distinto para los prestadores establecidos en otro Estado miembro.

Ahora bien, la jurisprudencia relativa a medidas análogas a las que nos ocupan, es decir, que supeditan la concesión de una determinada ventaja al requisito de que se acuda a un prestador establecido en el territorio nacional, presenta no pocas incertidumbres y contradicciones precisamente sobre el extremo que aquí se debate. Por ejemplo, en la sentencia Bachmann el Tribunal de Justicia consideró que la medida controvertida, que supeditaba el carácter deducible de determinadas contribuciones al requisito de que hubieran sido abonadas en el mismo Estado, podía justificarse en aras de la coherencia del sistema fiscal nacional, reconociendo así su carácter de medida indistintamente aplicable. [72] En cambio, posteriormente, en la sentencia Svensson y Gustavsson, el Tribunal consideró no discriminatoria por razón del establecimiento y, por tanto, justificable únicamente en virtud de las excepciones expresamente contempladas en el Tratado, una medida que supeditaba una ayuda social a la vivienda al requisito de que el préstamo correspondiente se contrajera con una entidad de crédito establecida en el territorio nacional. [73] Tampoco ha contribuido a aportar claridad en la materia el que el Tribunal estimara además, en esa misma sentencia, que debía refutar la tesis según la cual la medida de referencia era necesaria para mantener la coherencia del régimen tributario: [74] en efecto, con ello, el Tribunal comprobó asimismo si dicha medida podía justificarse con base en exigencias que sólo podían tomarse en consideración en relación con medidas indistintamente aplicables.

50. Ahora bien, no me parece que la compatibilidad de una medida nacional con el Derecho comunitario pueda comprobarse indistinta y/o acumulativamente en relación con las excepciones expresamente contempladas en el Tratado y con razones de interés general; [75] y esto, en particular, teniendo en cuenta que se trata de justificaciones relativas a casos diferentes y que establecen un régimen parcialmente diferente. Aun reconociendo que tal vez no sea fácil determinar si

72 — Sentencia de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249). A este respecto, merece la pena subrayar que el Tribunal se limitó a recordar que «el requisito de establecimiento es compatible [...] con el artículo 59 del Tratado si constituye una condición indispensable para alcanzar el objetivo de interés general perseguido» (apartado 32). Parecería, sobre la base de dicha afirmación, que, puesto que puede justificarse, en nombre del interés general, incluso la prohibición, impuesta a través del requisito de establecimiento, de ejercer una determinada actividad en el territorio del Estado considerado, con mayor razón aún deberían poder justificarse normativas que suponen determinadas desventajas, o en todo caso no reconocen determinadas ventajas, a quienes optan por acudir a prestadores no establecidos en el Estado de que se trata.

73 — Sentencia Svensson y Gustavsson, citada en la nota 53 *supra*, apartado 15. Más concretamente, el Tribunal afirmó que «la normativa de que se trata implica una discriminación por razón del establecimiento» y que, por tanto, «sólo puede estar justificada por las razones de interés general mencionadas en el apartado 1 del artículo 56 del Tratado, al que se remite el artículo 66, entre las que no figuran los objetivos de carácter económico».

74 — *Idem*, apartados 16 a 18.

75 — En relación con esta cuestión, hay que subrayar que la sentencia Svensson y Gustavsson no constituye el único caso, ni el primero, en que el Tribunal de Justicia tomó en consideración, con el fin de pronunciarse sobre la compatibilidad con el artículo 56 de una medida nacional restrictiva de la prestación de servicios, tanto las exigencias contempladas en el artículo 56 como las relacionadas con las razones de interés general (véase, por ejemplo, la sentencia Comisión/Italia, citada en la nota 70 *supra*, apartados 31 y 32).

una medida concreta es o no discriminatoria —ya sea porque el efecto discriminatorio es (de hecho) absolutamente evidente, ya porque las particularidades de un determinado sector obligan a una mayor prudencia—, no por ello deja de ser indispensable proceder a su correcta calificación.

En definitiva, opino que, con objeto de poner fin a la ambigüedad de la jurisprudencia que se ha evocado anteriormente, el Tribunal debe, en el caso que nos ocupa, o bien declarar, como se desprende de la sentencia Svensson y Gustavsson, que las medidas que *introducen de manera indirecta* una diferencia de trato entre los prestadores establecidos y los no establecidos también están comprendidas entre las medidas discriminatorias, o bien confirmar, como parece desprenderse en cambio de la sentencia Bachmann, que las medidas que *no establecen formalmente* un régimen distinto para los prestadores no establecidos son en última instancia medidas indistintamente aplicables. Me limito a añadir que este segundo supuesto parece armonizar mejor, por el momento, con la jurisprudencia en la materia considerada en su conjunto. Esto no impide, por supuesto, que sea oportuno proceder a su revisión.

51. Partiendo de la premisa de que la medida nacional debatida en los presentes asuntos deba considerarse *indistintamente aplicable*, al margen de que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del régimen comunitario de las mercancías o de los servicios, paso a examinar ahora, por tanto, las exigencias invocadas para justificarla, es decir, la protección de la salud pública y el mantenimiento de un sistema médico-hospitalario equilibrado y accesible a todos en una determinada región. Recuerdo que esta última exigencia aparece expresamente mencionada en la segunda cuestión que plantea el órgano jurisdiccional de remisión en la sentencia Kohll (C-158/96), mientras que los Estados intervinientes se refirieron más bien a la salvaguardia del equilibrio financiero del sistema. Se trata, en realidad, de dos objetivos estrechamente ligados entre sí, en el sentido de que el segundo de ellos, más inmediato, constituye, según afirman los propios Estados, un instrumento para garantizar la realización del primero.

En mi opinión, se impone una precisión adicional. Las consideraciones formuladas y el resultado al que se llegue respecto de la posibilidad de justificar la medida controvertida por razones de protección de la salud pública serían igualmente válidos, por cuanto se trata de una exigencia expresamente contemplada en los artículos 36 y 56 del Tratado, si partiéramos del supuesto de que la medida controvertida es *discriminatoria*. [76] En cambio, procede excluir que lo mismo suceda con respecto a la exigencia de mantener un servicio médico-hospitalario equilibrado y accesible a todos en una región determinada. En efecto, incluso si se considera que dicho objetivo está comprendido en el concepto de

76 — Sobre este extremo, véase la sentencia de 25 de julio de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivía (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151), apartado 13.

salud pública en sentido amplio, [77] hay que reconocer que depende por entero del equilibrio financiero del sistema y, por ende, de un objetivo de carácter económico que, como tal, no puede justificar en ningún caso una medida discriminatoria. [78]

52. Una vez precisado esto, diré de inmediato que la tesis sostenida por el Gobierno luxemburgués, según la cual la normativa controvertida es necesaria para garantizar la calidad de los productos y las prestaciones médicas —que sólo puede controlarse, en el caso de quienes se desplazan al extranjero, en el momento en que se solicita la autorización— y carece de todo fundamento. En efecto, las condiciones de acceso a las actividades consideradas en los presentes asuntos (y de ejercicio de las mismas) son objeto de Directivas comunitarias de coordinación y armonización. [79] Por otra parte, el Tribunal ya tuvo ocasión de afirmar, no sin hacer puntual referencia a dichas Directivas, que la prescripción de un medicamento por un médico de otro Estado miembro y la compra del mismo en dicho Estado ofrecen una garantía equivalente a la que resultaría de la prescripción por un médico del Estado de importación o de la venta del medicamento por una farmacia del Estado miembro en el que el medicamento es importado por un particular. [80] Estos pronunciamientos, que necesariamente se aplican también a la compra de todos los artículos médico-quirúrgicos, comprendido un par de gafas, presuponen que deben reconocerse garantías equivalentes a las ofrecidas por los médicos, los farmacéuticos o los ópticos establecidos en el territorio nacional a los médicos, los farmacéuticos o los ópticos establecidos en otros Estados miembros.

En estas circunstancias, no creo que pueda sostenerse razonablemente que la salud de los asegurados no está suficientemente protegida cuando éstos reciben asistencia médica en otro Estado miembro. [81] De ello se deduce, evidentemente, que la medida de referencia no puede considerarse necesaria para la protección de la salud.

77 — Señalo, no obstante, que, hasta ahora, la jurisprudencia en la materia ha considerado el concepto de «salud pública» en un sentido restrictivo, de modo que sólo ha justificado, en virtud de dicha exigencia, aquellas medidas tendentes a evitar riesgos para la salud de las personas o los animales.

78 — Véase la sentencia citada en la nota 61 *supra*. Me limito a recordar aquí que, en la sentencia Duphar, el Tribunal de Justicia afirmó de manera inequívoca que el artículo 36, en la medida en que contempla medidas de carácter no económico, no puede justificar en ningún caso una medida nacional destinada a «reducir los gastos de funcionamiento de un sistema de seguro de enfermedad» (sentencia citada en la nota 9 *supra*, apartado 23).

79 — Recuerdo, en particular, la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el mutuo reconocimiento de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165, p. 1), así como, entre las más específicas, las Directivas 78/686/CEE y 78/687/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre reconocimiento recíproco de diplomas y coordinación de las disposiciones nacionales relativas a los odontólogos (DO L 233, pp. 1 y 10; EE 06/02, pp. 32 y 40). Recuerdo asimismo las Directivas 85/432/CEE y 85/433/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativas a la coordinación de las disposiciones nacionales y al reconocimiento mutuo de diplomas para ciertas actividades farmacéuticas (DO L 253, pp. 34 y 37; EE 06/03, pp. 25 y 28). Por último, recuerdo que la libre circulación de productos farmacéuticos está asegurada a escala comunitaria, teniendo debidamente en cuenta la protección de la salud, por la Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965 (DO 1965, 22, p. 369; EE 13/01, p. 18).

80 — Véanse las sentencias Schumacher, citada en la nota 6 *supra*, apartado 20, y Comisión/Alemania, citada en la nota 6 *supra*, apartado 18.

81 — Dado que el propio Gobierno luxemburgués afirmó que los asegurados tienen al fin y al cabo plena libertad para recibir asistencia médica en otro Estado miembro, cabe preguntarse, por otra parte, por qué dicha preocupación de protección de la salud se desvanece cuando no se solicita reembolso alguno.

53. Por lo que respecta a la salvaguardia del equilibrio financiero del sistema, comenzaré afirmando que ciertamente constituye, en mi opinión, una exigencia digna de ser protegida por el Derecho comunitario. En efecto, si bien es cierto que la jurisprudencia ha sido en ocasiones tajante al negar que puedan estar justificados los objetivos de carácter económico (también) de las medidas indistintamente aplicables, [82] no lo es menos que de un examen más atento de esa misma jurisprudencia se desprende que pueden justificarse, con todo, objetivos de carácter económico que, lejos de ser fines en sí mismos, se inscriben en el funcionamiento del sistema de que se trata [83] o afectan a intereses vitales de extremada importancia para los Estados. [84]

Desde la perspectiva que acaba de señalarse, considero innegable que la salvaguardia del equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, que constituye asimismo el objetivo esencial de la medida de referencia, no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que (al menos) contribuye a garantizar a los asegurados prestaciones cuantitativas y cualitativas de un cierto nivel. En efecto, la quiebra del equilibrio financiero del sistema podría provocar una reducción de la protección sanitaria, con evidentes e inevitables consecuencias negativas, sobre todo, para los asegurados pertenecientes a las clases más débiles. A esto se añade que el Tribunal ya ha reconocido, por ejemplo en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, [85] así como en el marco de la interpretación de las normas pertinentes del Estatuto de los Funcionarios, [86] que el equilibrio financiero de los regímenes de Seguridad Social constituye un objetivo legítimo y, por ende, que merece de protección.

54. Paso a comprobar, por consiguiente, si la medida controvertida es necesaria y adecuada para preservar el equilibrio financiero y, de este modo, el mantenimiento de un servicio médico-hospitalario accesible a todos. Todos los Gobiernos que presentaron observaciones sostuvieron, sobre este extremo, que la autorización previa es indispensable para evitar que los organismos de Seguridad Social se vean obligados a reembolsar las prestaciones de que se trate con arreglo a la legislación del Estado en el que cada asegurado haya decidido recibir asistencia médica y/o adquirir los productos correspondientes. Los mismos Estados añadieron que el Estado elegido será

82 — En este sentido, véase la sentencia Collectieve Antennenvoorziening Gouda, citada en la nota 63 *supra*, apartado 11. Véase, por otra parte, como más reciente, la sentencia de 5 de junio de 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 23, en la que el Tribunal afirmó que «el mantenimiento de la paz laboral, como medio para poner término a un conflicto colectivo y evitar así que un sector económico, y por consiguiente la economía de un país, sufra las consecuencias negativas de tal conflicto, debe ser considerado un objetivo de naturaleza económica que no puede constituir una razón de interés general que justifique una restricción de una libertad fundamental garantizada por el Tratado».

83 — Desde esta óptica, recuerdo, por ejemplo, que, en la sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039), el Tribunal afirmó que «*sin que esta razón pueda considerarse en sí misma una justificación objetiva*, cabe destacar que las loterías pueden participar significativamente en la financiación de actividades filantrópicas o de interés general como obras sociales, obras benéficas, el deporte o la cultura» (apartado 60, el subrayado es mío). Asimismo, recuerdo que, en la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 106 y 107, el Tribunal calificó de objetivo legítimo el consistente en garantizar el mantenimiento de un equilibrio financiero y deportivo entre los clubes de fútbol, en la medida en que estaba dirigido a preservar cierta igualdad de oportunidades y la incertidumbre de los resultados.

84 — En este sentido, por ejemplo, puede interpretarse el reconocimiento de la coherencia del régimen tributario, objetivo de indudable valor económico, como razón de interés general (sentencia Bachmann, citada en la nota 72 *supra*, apartados 21 a 28).

85 — Véase, como más reciente, la sentencia de 19 de octubre de 1995, Richardson (C-137/94, Rec. p. I-3407), apartados 18 a 29.

86 — Véase, como más reciente, la sentencia de 25 de febrero de 1992, Barassi/Comisión (T-41/90, Rec. p. II-159), apartados 32 a 35.

normalmente aquel en el que la prestación de que se trate se tenga por más avanzada y, por ello, la más costosa.

Ahora bien, hay que reconocer sin ambages que una eventual obligación de reembolsar, con arreglo a las diversas legislaciones de los diferentes Estados miembros, las prestaciones de que los asegurados hayan decidido beneficiarse fuera del territorio nacional podría llevar, efectivamente, a la quiebra del equilibrio financiero, con consecuencias negativas para el mantenimiento de un servicio médico-hospitalario equilibrado y accesible a todos. A este respecto, baste observar que, en el estado actual, los costes sanitarios y las normas de financiación de los regímenes de asistencia médica difieren considerablemente de unos Estados a otros. [87] En consecuencia, la libre circulación sin cortapisas de los enfermos conduciría a situaciones de desequilibrio y decididamente negativas para aquellos Estados en los que el coste de las prestaciones es netamente inferior al que los organismos de Seguridad Social deberían reembolsar en el caso de los asegurados que optaran por beneficiarse de ellas en otros Estados miembros.

55. En estas circunstancias, la medida controvertida debe considerarse necesaria y proporcionada para alcanzar el objetivo perseguido. En efecto, la obligación de autorización previa constituye el único medio que permite a los organismos de Seguridad Social asumir la carga de los gastos efectuados por los asegurados en otro Estado miembro, en las condiciones previstas en dicho Estado, exclusivamente en los casos en que se considere necesario en razón del estado de salud de los mismos, y limitar, por este medio, desembolsos excesivos que provocarían la quiebra del equilibrio financiero del sistema.

La Comisión, partiendo de la premisa de que el artículo 22 del Reglamento impone la obligación de no denegar la autorización en un caso determinado, pero nada dice sobre los demás supuestos que pueden producirse, sostiene, no obstante, que sería necesario comprobar caso por caso si la concesión de la autorización para una determinada prestación, y por tanto la carga financiera correspondiente, puede provocar la quiebra del equilibrio financiero. [88] Por sugerente que resulte, esta tesis no parece muy rigurosa. Es de todo punto evidente, además de deseable, que los Estados podrían (y desde luego pueden) ser más generosos de lo exigido por el artículo 22 del Reglamento; sin embargo, me pregunto basándose en qué criterios una normativa nacional que autoriza la transferencia

87 — Para un panorama de las diferencias que existen actualmente, véase Le Grand: «La asistencia sanitaria y la construcción del mercado único: perspectiva y problemática», en *Los sistemas de seguridad social y el mercado único europeo*, *op. cit.*, pp. 321 y ss. Véase, por otra parte, en relación con los problemas relativos, más en general, a la financiación de la protección social, Euzeby, «Le financement de la protection sociale dans les pays de la CEE: problèmes et perspectives», en *Quel avenir pour l'Europe sociale: 1992 et après?*, Bruselas, 1990, pp. 133 y ss.; así como, del mismo autor, «Financement de la protection sociale, efficacité économique et justice sociale», en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1997, pp. 253 y ss.

88 — Preciso que semejante solución sólo se aplicaría en materia de servicios. En efecto, al haber sostenido que la medida controvertida es discriminatoria cuando se considera en relación con las normas sobre mercancías, la Comisión consideró, consecuentemente, que la medida de referencia no podía justificarse por las razones de protección de la salud del artículo 36 del Tratado.

de los asegurados a otros Estados miembros para que reciban asistencia médica, al menos en los casos en que lo exige el artículo 22 del Reglamento, puede considerarse conforme a dicha disposición, cuya validez afirma la propia Comisión, pero contraria a las normas del Tratado en materia de servicios. [89]

56. Antes bien, es muy cierto que el artículo 22 del Reglamento no exige en modo alguno, ni implica, que, en los casos en que no se conceda la autorización por no concurrir los requisitos en él establecidos, los asegurados deban soportar la totalidad de los costes de las correspondientes prestaciones o no tengan derecho a ningún tipo de reembolso. En realidad, el objetivo de dicha disposición consiste en permitir que el derecho del asegurado a beneficiarse de determinadas prestaciones pueda, como excepción al principio de unicidad de la legislación aplicable en que se basa la coordinación efectuada por el Reglamento, satisfacerse también en otro Estado miembro (al menos) en los casos en que la transferencia resulte necesaria en razón de las condiciones de salud en que se encuentre el interesado. En otras palabras, la disposición de que se trata pretende garantizar a los asegurados el derecho a recibir asistencia adecuada en otro Estado miembro sin sufrir por ello desventajas económicas y sin que ello pueda distorsionar los sistemas existentes en los diferentes Estados miembros.

57. Pero, si esto es cierto, de ello se deduce, por un lado, que las restricciones derivadas de las disposiciones pertinentes del artículo 22, precisamente por estar dirigidas a garantizar que los asegurados puedan beneficiarse de prestaciones médicas en otro Estado miembro en las condiciones previstas en la normativa de dicho Estado, están objetivamente justificadas y, en consecuencia, son compatibles con los artículos 30 y 59 del Tratado; por otro, que la salvaguardia del equilibrio financiero, objetivo perseguido por la medida nacional, sólo reviste importancia en la medida en que se parta del supuesto de que el organismo de Seguridad Social competente debe efectuar el reembolso de las prestaciones de que los asegurados decidan beneficiarse en otro Estado miembro basándose en los criterios y modalidades aplicados en el Estado en el que se efectúen dichas prestaciones.

Desde esta perspectiva, procede comprobar, por tanto, si el riesgo de quiebra del equilibrio financiero y, por tanto, la necesidad de una autorización previa, subsiste incluso en el caso de que el organismo de Seguridad Social competente no esté obligado a un reembolso íntegro con arreglo a la legislación del Estado en el que el asegurado haya recibido la asistencia de que se trata, sino con arreglo a la legislación y a las tarifas del Estado en el que el beneficiario de la asistencia médica esté asegurado. Para entendernos,

89 — Aun sin compartirla (véase el punto 31 y la nota 36 *supra*), considero más correcta la tesis sostenida por Mavridis: «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», en *Droit social*, 1996, pp. 1086 y ss., según la cual, por el contrario, es el propio artículo 22, tal como fue interpretado por el Tribunal en las sentencias Pierik I y II (citadas, respectivamente en las notas 30 y 31 *supra*), el que exige que se conceda la autorización para todos los cuidados que puedan asegurar un tratamiento eficaz de la enfermedad que padezca el interesado.

se trata de comprobar si el reembolso solicitado por el Sr. Decker en las mismas condiciones a las que hubiera tenido derecho si hubiese comprado las gafas a un óptico establecido en Luxemburgo, así como el eventual reembolso al Sr. Kohll aplicando las tarifas nacionales, pueden poner realmente en peligro el equilibrio financiero del sistema.

58. Si se plantea el problema en estos términos, es de todo punto evidente que, si el organismo de Seguridad Social competente no está obligado a reembolsar las prestaciones de que se hayan beneficiado los asegurados en otro Estado con arreglo a la legislación aplicable en dicho Estado, las diversas modalidades de financiación y los diferentes costes sanitarios de cada sistema no tendrán ninguna relevancia. En efecto, no puede por menos que reconocerse que un reembolso de 1.600 LFR al Sr. Decker, al que éste hubiera tenido derecho de haber adquirido las gafas a un óptico establecido en Luxemburgo, no tiene ninguna incidencia sobre el equilibrio financiero del sistema, al igual que tampoco es posible detectarla de procederse al reembolso de tratamientos ortodentales efectuados en Alemania a una persona afiliada a la Entidad Gestora del seguro de enfermedad de Luxemburgo con arreglo al coste «luxemburgués» de dichos tratamientos. [90]

90 — De hecho, la única incidencia que acierto a vislumbrar consiste en que un óptico establecido en Luxemburgo habrá vendido un par de gafas menos y el único técnico ortodoncista establecido en ese mismo Estado tendrá un paciente menos. Por tanto, los profesionales son los únicos que sufren un efecto negativo, y no el sistema como tal.

De ello se deduce que debe excluirse asimismo que haya repercusiones negativas por lo que respecta al mantenimiento de un *servicio médico* accesible a todos en una determinada región. En efecto, si bien es cierto que en las regiones fronterizas puede que se produzca con mayor frecuencia el paso de la frontera, incluso para recibir asistencia médica, no lo es menos que este paso no es, en principio, de sentido único y que, sobre todo, las prestaciones consideradas hasta ahora no inciden sobre el equilibrio financiero en mayor medida que si se efectuasen en el Estado de residencia de los interesados.

59. No obstante, considero que la situación es muy diferente y requiere una respuesta diferente por lo que respecta a las *estructuras hospitalarias*. En efecto, a diferencia de lo que sucede con las prestaciones efectuadas por profesionales liberales, hay que reconocer, por un lado, que la localización y el número de dichas estructuras depende de una planificación de las necesidades y, por otro, que el coste de la estancia de una sola persona en una estructura hospitalaria no puede disociarse del coste de la estructura en su conjunto. En efecto, es evidente que, si muchos asegurados decidieran hacer uso de las estructuras existentes en el territorio de otros Estados miembros, las nacionales quedarían parcialmente sin utilizar, pero

seguirían soportando los costes de personal y equipamientos en la misma medida que si su utilización fuera óptima. [91]

En otras palabras, el reembolso, por parte del organismo de Seguridad Social competente, de las prestaciones médicas que los asegurados hayan recibido en hospitales de otros Estados miembros, aunque se efectúe sobre la base de un importe a tanto alzado correspondiente al coste «luxemburgués» de las prestaciones de que se trate, se traduciría en todo caso en una carga financiera adicional para el sistema interesado. Por tanto, por lo que respecta a este sector procede admitir que sigue siendo indispensable, con el fin de no alterar el equilibrio financiero del sistema y garantizar el mantenimiento de un servicio que sea accesible a todos desde el punto de vista financiero y logístico, y por tanto también a aquellos que no desean desplazarse sino recibir la asistencia que necesitan en el lugar que les sea más próximo, solicitar y obtener una autorización previa. [92]

60. En definitiva, considero que la medida controvertida está justificada en relación con todas las prestaciones que deben proporcionarse al asegurado en estructuras hospitalarias y, más en general, en relación con todas las prestaciones respecto de las cuales el asegurado pretende beneficiarse de la asunción a cargo o del reembolso íntegro por parte del organismo de Seguridad Social competente. En cambio, la misma medida no puede justificarse en relación con la adquisición de productos o prestaciones médicas consistentes en consultas y visitas a especialistas que se efectúen en consultas privadas y respecto de las cuales se solicite un reembolso a tanto alzado con base en las tarifas vigentes en el Estado en que se esté asegurado.

Agrego que sería ciertamente deseable una intervención del legislador comunitario dirigida a armonizar la materia de que se trata, de tal modo que se permitiera una verdadera y efectiva libre circulación de los enfermos, algo que tiene su importancia para la construcción de un mercado único integrado. Aunque soy consciente de que se trata de un objetivo ambicioso, de muy difícil realización por el momento, considero que el legislador comunitario debe proceder, cuando menos y sin tardanza, a ampliar los supuestos en que no está permitido denegar la concesión de la autorización. En efecto, nadie duda de que sería oportuno, desde diversos puntos de vista, concederla en todos aquellos casos en que el asegurado pueda recibir en todo caso un tratamiento más eficaz en otro Estado miembro, así como, al igual que sucede en el caso Kohll, tal como se explicó en la vista, cuando en el Estado de residencia haya un único especialista calificado para efectuar la prestación requerida.

91 — Entiéndase bien que con esto no pretendo, en modo alguno, adherirme a la tesis de algunos Estados miembros según la cual, si se admitiese la libre elección de médico y hospital, se produciría un flujo incontrolado e incontrolable de enfermos entre unos Estados miembros y otros. En efecto, lo cierto es que un desplazamiento a un Estado distinto al de residencia entraña no pocas incomodidades, a menudo incluso desde un punto de vista lingüístico, así como costes suplementarios, aunque sólo sea para las personas que acompañan al enfermo.

92 — Sobre este punto, observo, sin embargo, que habría que preguntarse si la situación es diferente a los efectos del mantenimiento de un servicio hospitalario accesible a todos, y en qué medida, en el caso de aquellos Estados miembros en que el organismo de Seguridad Social competente procede a un reembolso, aunque sea a tanto alzado y parcial, de las prestaciones que los asegurados deciden recibir en clínicas privadas.

## Conclusión

61. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas, respectivamente, en los dos asuntos considerados, por el Conseil arbitral des assurances sociales y por la Cour de cassation del Gran Ducado de Luxemburgo:

a) en el asunto C-120/95:

«Los artículos 30 y 36 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual un organismo de Seguridad Social niega a un asegurado, aduciendo que cualquier tratamiento en el extranjero debe ser autorizado previamente, el reembolso de las gafas con lentes correctoras prescritas por un médico establecido en el Estado de residencia del propio asegurado pero adquiridas a un óptico establecido en otro Estado miembro, con arreglo a la legislación aplicable en el primer Estado.»

b) en el asunto C-158/96:

«Los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que supedita la asunción a cargo de prestaciones reembolsables a una autorización del organismo de Seguridad Social del asegurado si las prestaciones se efectúan en un Estado miembro distinto del Estado de residencia del asegurado, siempre y en la medida en que se trate de prestaciones efectuadas fuera de las estructuras hospitalarias y que sean reembolsadas de acuerdo con los parámetros no del Estado en que se efectúan, sino del Estado de afiliación; por el contrario, los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa como ésa en la medida en que pretenda garantizar el equilibrio financiero y, con él, el mantenimiento de un servicio hospitalario accesible a todos en una determinada región, cuando se trate de prestaciones que deben efectuarse en estructuras hospitalarias y, más en general, en relación con todas las prestaciones que deban reembolsarse con arreglo a la normativa del Estado miembro, distinto del Estado de residencia del asegurado, en que se hayan efectuado.»